

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1196

(Ano XVI)

(06/04/2024)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA** (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

**MARCELO FERNANDO BORSIO** (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

**RODRIGO LARIZZATTI** (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA** (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

**KIYOSHI HARADA** (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO** (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

**CAMILA ALENCAR COIMBRA**: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)

[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

QR Code do Volume 1196



**Nossa Missão:** disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1196 (ano XVI) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2024. 301 *f/s*.

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

## SUMÁRIO

### COLUNA



**As lesões corporais em sede de violência doméstica e a problemática da comprovação por meio de fotografias**

*Joaquim Leitão Júnior, 08.*

### ARTIGOS

**Um Brasil que se torna pior em matéria jurídico-criminal**

*Sidio Rosa de Mesquita Júnior, 16.*

**O abandono afetivo dos idosos pelos filhos: um estudo à luz do princípio da afetividade no Direito de Família**

*Maria de Nazaré Maciel Conegundes, 20.*

**A atuação dos notários e registradores na prevenção dos crimes de lavagem de capitais e do financiamento do terrorismo**

*Martineli Adriana Chimendes Limeira Silva, 40.*

**Uma análise jurídica acerca da criação de hospital público veterinário como instrumento de política socioambiental**

*Milton Oliveira da Silva Júnior, 67.*

**A responsabilidade civil no abandono digital sob a perspectiva das decisões do Superior Tribunal de Justiça**

*Ramila Rayara Vital Borges, 85.*

**Equipes conjuntas de investigação: instrumentalização probatória e macrocriminalidade organizada**

*Junior D. S. Garcez, 111.*

**Bullying no ambiente de trabalho uma omissão normativa**

*Iara Lima Aguiar, 148.*

**Stalking: a eficácia da medida protetiva após o advento da Lei nº 14.132/21**

*Carina Kelly Sales Lima, 161.*

**A judicialização da saúde como um novo mecanismo de efetivação de direitos sociais no Brasil**

*Ana Maria Carolina Okamura Fernandes, 179.*

**Usucapião entre herdeiro sobre bens imóveis do acervo hereditário**

*Glenda Isabelle Souza da Cunha, 195.*

**A legitimidade do ministério público estadual para a propositura de reclamações constitucionais por descumprimento de súmulas vinculantes**

*Gudson Barbalho do Nascimento Leão, 211.*

**Algumas conexões entre o direito urbanístico e a teoria da complexidade**

*João Carlos Parcianello, 233.*

**A importância da capacitação técnica do candidato que almeja uma vaga para exercer o cargo político de vereador**

*Simonilson Fernandes de Araujo, 245.*

**O hiperpresidencialismo presente na história constitucional latino-americana**

*Poliane Carvalho Almeida, 260.*

**A jurisprudência do STF nos conflitos de competência entre a Justiça Comum e a Justiça do Trabalho**

*Rafaela Neiva Fernandes, 280.*

**Gratuidade da justiça como instrumento de acesso a justiça**

*Lucas Rocha Andrade, 291.*

## AS LESÕES CORPORAIS EM SEDE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A PROBLEMÁTICA DA COMPROVAÇÃO POR MEIO DE FOTOGRAFIAS

**JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR:** Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil<sup>1</sup>.

**Resumo:** Necessidade de fixação de *standards*[1] probatórios para demonstrar a violência doméstica de lesão, em sede de prisão flagrancial ou no curso das investigações policiais e apontamentos para superações, balizadas pelos diplomas constitucionais-legais e entendimentos dos Tribunais Superiores

**Palavras chaves:** Fotografia. Lesão Corporal no âmbito doméstico. Prova admitida licitamente e legítima que não viola a ordem pública, os costumes e a moral, devendo ser sopesada. Eventual indício ou alegação de fraude ou edição caberá o ônus de provar àquele quem a alega. Princípio do livre convencimento motivado. Perícia Direta ou Perícia Indireta.

Questão complexa que tem se apresentado no âmbito das Delegacias de Polícia, na doutrina e jurisprudência, é se a fotografia do rosto lesionado ou de qualquer outra parte do corpo da vítima basta para provar violência doméstica ou não?

Em recente julgamento, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça posicionou no sentido de que a simples fotografia do rosto machucado da vítima, não periciada, não constituiria prova suficiente de materialidade para condenação por crime de violência doméstica, sendo o exame de corpo de delito uma exigência legal.

No caso concreto julgado, a vítima não foi submetida ao exame de corpo de delito e levou aos autos fotografia do próprio rosto lesionado.

---

1 Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos. E-mail: juniorleitoadv@hotmail.com

Na ocasião como já dito, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu uma ordem em Habeas Corpus para absolver um homem que foi condenado a cumprir 03 (três) meses e 15 (quinze) dias em regime semiaberto pelo crime de lesão corporal em âmbito de violência doméstica.

Em juízo de 1º grau, o réu negou a agressão, relatando que tentou se desvencilhar da companheira ao ser agredido com uma panela, unhas e empurrões. A vítima não apresentou laudo de exame de corpo de delito, mas incluiu como prova uma foto de seu rosto machucado.

Conforme informações extraídas do Conjur, o juízo de primeira instância considerou que essa prova, aliada à palavra da vítima, era suficiente para a condenação. Na mesma direção, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal confirmou a decisão, destacando que as lesões constatadas nas fotografias seriam compatíveis com o depoimento da vítima de que o réu lhe desferiu soco no rosto.

Contudo, o relator do recurso no STJ, o desembargador convocado Olindo Menezes, observou que o exame de corpo de delito é indispensável nas infrações que deixam vestígios, conforme prevê o artigo 158 do Código de Processo Penal.

Vale realçar que, o artigo 158 do Código de Processo Penal preconiza que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. Nesse ponto ainda, a lei processual penal prevê a prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva violência doméstica e familiar contra mulher.

O desembargador ainda invocou o parágrafo 3º do mesmo artigo a indicar que “serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde”, contudo nada disso consta no caso julgado, em desfavor do réu. O desembargador assinalou que “no caso, onde nada disso ocorreu, uma simples fotografia do rosto da vítima, não periciada, não constitui prova suficiente de materialidade, senão um indicio leve, sendo a absolvição de rigor, portanto”, concluiu o relator, sendo a votação unânime.

Esses foram os eixos centrais que formou o precedente em estudo.

A propósito, vejamos a redação do art. 158, do CPP:

“Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Parágrafo único. Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva: (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018)

I - violência doméstica e familiar contra mulher; (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018)

II - violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência. (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018)''

Diante dessas análises do julgado e da realidade vivenciada, a grande preocupação que permeia a discussão são que fotografias podem ser manipuladas digitalmente, inclusive com emprego de técnicas de maquiagem, forjar hematomas, autolesões, etc.

Devemos partir do pressuposto de que, a fotografia é meio de prova admitido legitimamente e lícitamente que não viola a ordem pública, os costumes e a moral. Eventual indício ou alegação de fraude ou edição caberá o ônus de provar àquele quem a alega, podendo ser empregada pelo princípio do livre convencimento motivado.

Por outro lado, se cogitássemos quanto a eventual vídeo de lesão apresentado pela vítima, testemunhas, terceiros (ambientes privados) e até mesmo de vídeo das lesões obtidas em captação de câmeras de vigilância em ambiente público, entendemos que a análise encamparia outro entendimento, mormente se comprovado a fidedignidade do seu teor, embora não seja a discussão central (até para realização de perícia indireta).

Não podemos ignorar a situação de vulnerabilidade da vítima no âmbito doméstico, mas também ao mesmo tempo, não podemos deixar de observar as exigências constitucionais e legais no campo da persecução penal-constitucional e criar um procedimento investigatório e um processo penal apartado de toda legislação e preceitos constitucionais.

### **Pois bem!**

**É cediço que há possibilidade da realização de exame indireto de corpo de delito, como sublinhado no julgamento, com base em prontuários médicos da vítima. Essa possibilidade advém diretamente da redação do artigo 12, §3º, da Lei Maria da Penha (são admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde). Nesse ponto, poderíamos ter esse caminho, a fim de atender o art. 158, do CPP.**

Outro caminho interessante a ser trilhado para superarmos estas problemáticas no campo probatório, seria a criação pelo Conselho Nacional de Chefes de Polícia Civil do Brasil - *CONCPC* ou por cada instituição de Polícia Judiciária de um protocolo ou padrão

de procedimento para que as delegacias de todo o país passem a adotar, como padrão de atendimento no âmbito de violência doméstica, com a realização de auto de constatação de lesões corporais nos casos de violência física contra as mulheres, inclusive com tomada de fotografias sob vários ângulos, caso autorizado pela vítima de forma expressa, sem prejuízo de o legislador ordinário positivar e tornar a obrigatoriedade desse procedimento na própria Lei Maria da Penha.

A propositura deste protocolo ou padrão de procedimento estaria em consonância com o artigo 159 do Código de Processo Penal ao fixar o exame de corpo de delito a ser realizado por perito oficial ou, na falta deste (parágrafo primeiro), estabelece a possibilidade de sua feitura por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. Destaca-se que regra geral, não há profissionais médicos nas delegacias de polícia, motivo pelo qual, a rigor, o auto não poderia substituir a perícia técnica.

Obviamente, como dito, o auto de constatação não substituiria a prova pericial, todavia, seria empregado como complemento de corroboração da palavra da vítima a ilustrar a materialidade delitiva e trazer maior segurança na coleta de elementos informativos e/ou probatórios para a situação.

Nesse sentir, as delegadas de polícia Fernanda Moretzsohn e Patricia Burin apontam interessante ponto de vista de solução nessa direção:

“Seria então possível que, dentro da própria delegacia de polícia, no momento da confecção do boletim de ocorrência ou do pedido de medida protetiva de urgência, dois policiais fossem indicados pela autoridade policial para que realizassem um "exame provisório" e constatassem as lesões aparentes apresentadas pela vítima. Após essa análise, tomadas fotografias, as lesões aparentes seriam descritas em um auto de constatação de lesões corporais” (MORETZSOHN; BURIN, 2022, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-11/questao-genero-lesoes-violencia-domestica-podem-comprovadas-fotos>).

Em pesquisas pela rede mundial de computadores, pudemos constatar que esse procedimento já é realidade em algumas unidades de polícia judiciária no estado do Paraná, onde é confeccionado um "auto de constatação provisória de lesões corporais", contendo a assinatura da mulher vítima de violência doméstica, da autoridade policial e de duas testemunhas, além da descrição sumária das lesões e fotografias da lesão, quando autorizada sua tomada pela vítima.

Aliás, citando novamente as delegadas Fernanda Moretzsohn e Patricia Burin em brilhante artigo sobre a temática, as mesmas pontuaram que:

“Um caminho viável é a determinação de exame indireto de corpo de delito com fundamento nos prontuários médicos da vítima. Essa possibilidade decorre expressamente do disposto no artigo 12, §3º, da Lei Maria da Penha (são admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde). Mas, de novo, nem sempre a mulher se submete a atendimento médico. Continua-se sem prova da materialidade.

Diante desses casos, é comum que autoridades policiais façam juntar aos autos dos inquéritos fotos das lesões, sejam fotos colhidas na própria delegacia, quando do registro do caso, sejam fotos fornecidas pela própria vítima. Ocorre que, em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a utilização de fotografia da vítima não é o bastante para comprovar a violência sofrida.

[...]

A ideia de proteção das mulheres em situação de vulnerabilidade familiar não escusa o sistema de persecução penal de fazer provas adequadas e de respeitar o devido processo legal. A propósito, vale lembrar que os precedentes do STJ que determinam a especial valoração da palavra da vítima em casos de violência doméstica e familiar não determinam que a narrativa da vítima seja bastante para justificar condenações. Exige-se sempre que elementos outros corroborem as suas declarações.

Como, então, compatibilizar as exigências do devido processo legal e a realidade de que inúmeros são os casos em que a mulher não se submete a exame de corpo de delito nem a atendimento médico?

Nossa sugestão é que as delegacias de todo o país passem a adotar, como protocolo de atendimento, a realização de auto de constatação de lesões corporais nos casos de violência física contra as mulheres. A obrigatoriedade desse proceder poderia ser incorporada na própria Lei Maria da Penha.

Não que o auto de constatação pudesse substituir a prova pericial. Ele serviria como elemento corroborador da palavra da vítima.

Essa afirmação decorre do fato de o artigo 159 do Código de Processo Penal prever que o exame de corpo de delito será realizado por perito oficial ou, na falta deste (parágrafo primeiro), por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. Por certo não há profissionais médicos nas delegacias de polícia, de modo que o auto não poderia substituir a necessidade de perícia.

Seria então possível que, dentro da própria delegacia de polícia, no momento da confecção do boletim de ocorrência ou do pedido de medida protetiva de urgência, dois policiais fossem indicados pela autoridade policial para que realizassem um "exame provisório" e constatassem as lesões aparentes apresentadas pela vítima. Após essa análise, tomadas fotografias, as lesões aparentes seriam descritas em um auto de constatação de lesões corporais.

Tal procedimento já é adotado em algumas unidades de polícia judiciária no estado do Paraná, em que é confeccionado um "auto de constatação provisória de lesões corporais" contendo a assinatura da mulher, da autoridade policial e de duas testemunhas, além da descrição sumária das lesões e fotografias, quando autorizada sua tomada pela vítima.

Cremos que, ao assim proceder, estar-se ia compatibilizando as exigências do devido processo legal com a necessária proteção das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, promovendo-se a adequada persecução penal das pessoas agressoras." (MORETZSOHN; BURIN, 2022, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-11/questao-genero-lesoes-violencia-domestica-podem-comprovadas-fotos>).

Não podemos olvidar que a atualmente, as fotografias possuem metadados que são dados que apontam algumas informações importantes como localização geográfica, dia, horário etc.

O emprego da fotografia como prova é permitido em nosso sistema processual penal e uma fotografia aliada aos demais elementos, inclusive vídeos sem indícios que qualquer manipulação, juntamente com testemunhos podem convergir para uma possível condenação, dentro do princípio do livre convencimento motivado, mormente se

presente o exame de corpo de delito, direto ou indireto, que é reputado como indispensável quando a infração deixar vestígios.

Devemos alertar que, qualquer elemento de prova, a grosso modo, é passível de manipulação em maior ou menor escala, por isso o legislador positivou a cadeia de custódia, colimando evitar isso ou ao menos dificultar essa possibilidade de manipulação.

Acrescido a isto, entendemos que não basta apenas o argumento simplista de que a fotografia seja possível de editar ou forjar para se recusar sua utilização, sendo imperioso a comprovação e o ônus daquele que alega essa situação.

Conjugado a premissa supra, pelo princípio do livre convencimento motivado, é conferido ao intérprete se vale de qualquer meio de prova admitido em direito, desde que não violem a ordem pública, os costumes e a moral, lembrando que em caso de infrações que deixem vestígios, a regra deve ser a realização de perícia direta ou indireta. Não podemos perder de mente que essa regra ao longo do tempo, já sofreu temperamentos e flexibilizações na forma de interpretar, tanto pela doutrina quanto pelos Tribunais pátrios, devendo tal imperativo não ser ignorado em âmbito de violência doméstica.

Mais do que nunca é preciso repensarmos em *standards* probatórios para demonstrar a violência doméstica de lesão, em sede de prisão flagrancial ou no curso das investigações policiais e apontamentos para superações, balizadas pelos diplomas constitucionais-legais e entendimentos dos Tribunais Superiores.

Por todo o condensado, não descartamos que haja necessidade de nova análise mais aprofundada por parte da doutrina e dos próprios Tribunais Superiores sobre o (im)possibilidade do emprego da fotografia nessas circunstâncias.

### **Das considerações finais**

Ante o exposto, para superar a problemática da comprovação da lesão por meio de fotografias, acreditamos que as possibilidades aventadas seriam de extrema importância, a fim de evitar injustiças em face da vítima e também em face de agressores aos quais pesam às imputações iniciais, podendo ser alvos de simulações da suposta vítima – embora isso seja exceção à regra.

Por outro lado, se cogitássemos quanto a eventual vídeo de lesão apresentado pela vítima, testemunhas, terceiros (ambientes privados) e até mesmo em captação de câmeras de vigilância em ambiente público, entendemos que a análise encamparia outro entendimento, mormente se comprovado a fidedignidade do seu teor, embora não seja a discussão central (com a possibilidade de realização de perícia indireta).

Notadamente, devemos repensar em *standards* probatórios para demonstrar a violência doméstica de lesão, em sede de prisão flagrancial ou no curso das investigações policiais e apontamentos para superações, balizadas pelos diplomas constitucionais-legais e entendimentos dos Tribunais Superiores.

Por derradeiro, como já sublinhado, não descartamos que haja necessidade de nova revisitação e análise mais aprofundada sobre o tema, por parte da doutrina e dos próprios Tribunais Superiores sobre a (im)possibilidade do emprego da fotografia nessas circunstâncias.

### **Referências bibliográficas:**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. AgRg no HC 691.221/DF, relator: ministro Olindo Menezes — desembargador convocado do TRF 1ª Região, julgado em 26/4/2022.

**MORETZOHN, Fernanda; e BURIN, Patricia. QUESTÃO DE GÊNERO: Lesões em sede de violência doméstica podem ser comprovadas com fotos? CONJUR. Publicado em 11 de novembro de 2022. Disponível em: «<https://www.conjur.com.br/2022-nov-11/questao-genero-lesoes-violencia-domestica-podem-comprovadas-fotos>».**

**VITAL, Danilo. EXAME OBRIGATÓRIO: Foto do rosto machucado da vítima não basta para provar violência doméstica. CONJUR. Publicado em 13 de julho de 2022. Disponível em: «<https://www.conjur.com.br/2022-jul-13/foto-rosto-vitima-nao-basta-provar-violencia-domestica>».**

NOTA:

[1] Significado: padrão, tipo, modelo, norma.

## UM BRASIL QUE SE TORNA PIOR EM MATÉRIA JURÍDICO-CRIMINAL

### SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR:

Procurador Federal e Professor Universitário. Concluiu o Curso de Formação de Oficiais na Academia Policial Militar do Guatupê (1989) e graduou-se em Direito (1994). É especialista Direito Penal e Criminologia (1996) e Metodologia do Ensino Superior (1999). Também, é Mestre e Doutor em Direito (2002 e 2015).<sup>2</sup>

Desenvolvo o presente texto com prazer porque penso estar correto ao criticar a expansão do Direito Criminal. Durkheim me ensinou que que uma sociedade, quanto mais atrasada, mais tende ao Direito Criminal, o qual predomina em relação aos demais ramos do Direito, isso com o apoio popular.<sup>3</sup> Então, fico apreensivo quanto à possibilidade de estarmos involuindo, razão de estarmos recrudescendo o tratamento jurídico-criminal.

Escrevi um texto intitulado "O rigor jurídico-criminal crescente nos trinta anos de vigência da Constituição da República Federativa do Brasil".<sup>4</sup> Nele, demonstrei que a nossa Constituição Cidadã não era tão boa assim.<sup>5</sup> Ao contrário, ela é má, tem sangue de vulneráveis nas suas entranhas.

---

2 Sidio Rosa de Mesquita Júnior é autor dos livros Prescrição Penal (4. ed.); Execução Criminal: Teoria e Prática (7. ed.); e Comentários à Lei Antidrogas: Lei n. 11.343, de 23.8.2006; todos publicados pela Editora Atlas, e de diversos artigos jurídicos.

3 DURKHEIM, Emile. *Da divisão do trabalho social*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 46. Para não deturpar o seu pensamento, transcrevo:

Nas sociedades primitivas, em que, como veremos, o direito é inteiramente penal, é a assembleia do povo quem administra a justiça.

4 MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. O rigor jurídico-criminal crescente nos 30 anos de vigência da Constituição da República Federativa do Brasil. In SANTANA, Paulo Campanha; LEMOS, Maria Cecília de Almeida Monteiro. *30 anos da Constituição: análises contemporâneas e necessárias: uma homenagem dos 50 anos do curso de Direito do UDF*. Brasília: Praeceptor, 2018. p. 263-278.

5 Não estou isolado. Ao contrário, estou muito bem acompanhado, visto Alberto Silva Franco afirmar:

Na própria Constituição Federal, de 1988, o modelo garantístico e o princípio da intervenção penal mínima, que são, sem dúvida, dados caracterizadores do Estado Democrático de Direito, não o foram colhidos em sua inteireza, admitindo nocivas interferências. (FRANCO, Alberto Silva. Prefácio à 1ª edição. In ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023. p. 15).

Já vi, ouvi e li muitas pessoas que elogiam as intervenções jurídico-criminais dos últimos anos, em nosso País, polarizando o ambiente político e o transferindo para o nosso meio científico (vejo o Direito como ciência) toda solução dos imbróglis gerados especialmente pelos (sub)sistemas cultural (não temos cultura democrática, preferimos ditaduras – isso a nossa história demonstra), político (polarização extrema), econômico (não há boa perspectiva econômica para o mundo consumista – capitalista – em 2024), religioso (cristãos defendem o genocídio que judeus estão praticando genocídio na faixa de gaza, como se cristianismo e judaísmo fossem aliados) etc. Em meio a essa comunicação sistêmica complexa, predominam os ruídos, as *alopoiésis* na comunicação.

Luhmann me ensinou que a comunicação autopoietica, dada pela tradição, é a desejável.<sup>6</sup> O mesmo posso dizer de Habermas e sua ação comunicativa.<sup>7</sup> Quando há excesso de intromissão de um (sub)sistema social em outro, há corrupção na comunicação (*alopoiése*), o que não é desejável. É o que estamos vivendo, ante a politização do (sub)sistema jurídico-criminal.

Estamos emendando a Constituição para criminalizar condutas. Em oposição ao sistema jurídico, o político diz que o porte de qualquer quantidade de substância psicotrópica ilícita será crime.<sup>8</sup> A iniciativa é Senador da República Rodrigo Pacheco, o qual propõe a seguinte emenda à Constituição:

---

Esclareço que esse prefácio foi atualizado, uma vez que cita a Lei n. 12.850, de 2.8.2013, quando tive um exemplar da 1ª edição, publicada em 1997. Aliás, Pierangeli morreu 10.4.2012, antes da edição da referida lei.

6 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. v. 1 e 2.

7 HABERMAS, Jürgen. *Fatigado y validez. sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2000.

8 SENADO FEDERAL. CCJ aprova PEC sobre as drogas que criminaliza porte e posse em qualquer quantidade. Brasília: TV Senado, 13.3.2024. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/tv/programas/noticias-1/2024/03/ccj-aprova-pec-sobre-as-drogas-que-criminaliza-porte-e-posse-em-qualquer-quantidade#:~:text=A%20Comiss%C3%A3o%20de%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20e,qualquer%20quantidade%2C%20na%20Carta%20Maior.>>. Acesso em: 23.3.2024, às 14h15. O Senado Federal afirma:

A Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) aprovou nesta quarta-feira (13) a Proposta de Emenda à Constituição (PEC 45/2023), que inclui a criminalização da posse e do porte de drogas, em qualquer quantidade, na Carta Maior. Na visão do relator da PEC Senador Efraim Filho (União-PB), o texto mantém a interpretação da Constituição que considera tráfico de drogas como crime hediondo. É inquestionável, que liberar as drogas leva ao aumento do consumo”, destacou ele. A proposta segue para o Plenário do Senado.

Art. 1º O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal passa a vigor acrescido do seguinte inciso LXXX:

Art. 5º .....

LXXX – a lei considerará crime a posse e o porte independentemente da quantidade, de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.

Vê-se um crime de perigo abstrato cujo risco de dano é presumido de forma absoluta. Isso é um equívoco. Logo que a Lei n. 11.343, de 23.8.2006, foi editada, desenvolvi um livro no qual critiquei a jurisprudência do momento, no sentido de não admitir a incidência do *princípio da insignificância* para deixar de punir a conduta do seu art. 28 (anterior art. 16 da Lei n. 6.368, de 21.10.1976).<sup>9</sup>

Há quem defenda essa iniciativa parlamentar,<sup>10</sup> a qual é evidente tentativa de barrar a posição que o STF vem tendendo a adotar no julgamento Recurso Extraordinário (RE) n. 635659 (Tema 506 do STF), no qual há indicativo de descriminalização de pequeno porte de maconha para uso pessoal.<sup>11</sup>

A Constituição ter mandado de criminalização já é estranho. Mais estranho é ela se tornar uma espécie de Código Criminal. Porém, tudo passa pela predominância de discursos religiosos e econômicos sobre os de outros sistemas.

---

9 MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Comentários à lei antidrogas*. Lei n. 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Atlas, 2007. p. 32.

10 SILVA, César Dario Mariano da. Criminalização da posse e do porte de drogas como direito fundamental. *Consultor Jurídico, Opinião*, 30.11.2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-nov-30/criminalizacao-da-posse-e-do-porte-de-drogas-como-direito-fundamental/>>. Acesso em: 24.3.2024, às 10h06.

11 Esse é um recurso que se arrasta no tempo perante o STF. O relator votou dando provimento a ele, em 20.8.2015. A repercussão geral foi reconhecida em julgamento de 9.12.2011 (STF. Tribunal Pleno. RE 635.659-SP. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>>. Acesso em: 24.3.2024, às 11h19).

Ao lado dos que criticam a expansão do Direito Criminal, havida nos últimos anos,<sup>12</sup> eu tenho lutado por um Direito Criminal de intervenção mínima.<sup>13</sup> Ao visitar o livro Zaffaroni e Pierangeli, recentemente publicado em nova edição (após a morte de Pierangeli – veja-se a nota de rodapé n. 4),<sup>14</sup> deixo esse pequeno alerta contra a expansão exagerada da repressão jurídico-criminal.

---

12 ROSA, Wndell Luís; LUCCHESI, Érika Rubião; GUEDES, Márcio Bulgarelli. A expansão do direito penal e a perigosa mitigação do princípio da taxatividade: breves considerações sobre o crime de gestão temerária (parágrafo único, do art. 4º da Lei n. 7.492/1986. Ribeirão Preto: Revista Reflexão e Crítica do Direito, ano I, n. 1, p. 2-12, Jan-Dez2013. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/rcd/article/download/349/pdf/1312#:~:text=A%20expans%C3%A3o%20do%20Direito%20Penal,lucro%2C%20inventas%20novas%20formas%20de>>. Acesso em: 24.3.2024, às 10h30.

13 Essa é uma luta acadêmica que tem pequeno eco porque o (sub)sistema jurídico-criminal, enquanto expande em repressão, é reduzido às falácias de outros (sub)sistemas da sociedade complexa, os quais impõem as suas idiossincrasias a ele.

14 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

## O ABANDONO AFETIVO DOS IDOSOS PELOS FILHOS: UM ESTUDO À LUZ DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

**MARIA DE NAZARÉ MACIEL CONEGUNDES:**

Graduada no Curso de Direito pelo Centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO<sup>15</sup>.

**RESUMO:** A instituição familiar, dentro da concepção jurídica e social, tornou-se um aspecto de debate predominante no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente nas doutrinas. O conceito de abandono afetivo envolve uma amplitude de relações e indivíduos, sendo bastante presente no Direito de Família, principalmente na relação entre os pais e filhos, o denominado -- *abandono afetivo inverso*. O presente trabalho tem como objetivo discutir, à luz dos princípios do Direito de Família no ordenamento jurídico brasileiro, o abandono afetivo de pais idosos e a responsabilidade civil dos filhos. O enquadramento metodológico da pesquisa foi definido em dois tipos: a pesquisa dedutiva e os procedimentos técnicos com base na coleta bibliográfica. A discussão sobre o abandono afetivo inverso é ampla dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em sua conjuntura de análise uma série de aspectos de debate, desde a questão social e o fator econômico até a necessidade de compreender a questão da responsabilidade civil no caso de abandono. Concluiu-se então que a responsabilização civil, dentro dos aspectos jurídicos e de proteção constitucional e das legislações que versam sobre o direito do idoso, não apresenta uma materialidade mais objetiva sobre o reconhecimento da lesão moral. O estudo também observou a diferença entre os dois tipos de abandono: o abandono afetivo tradicional (de pais com filhos) e o abandono afetivo inverso (de filhos com pais idosos) apresentando as suas implicações e diferenciações.

**Palavras-chave:** Direito do Idoso. Direito de Família. Abandono Afetivo Inverso. Responsabilidade Civil.

**ABSTRACT:** The family institution, within the legal and social conception, has become an aspect of debate prevalent in the Brazilian legal system, mainly in doctrines. The concept of affective abandonment involves a wide range of relationships and individuals, being very present in Family Law, mainly in the relationship between parents and children, the so-called *reverse affective abandonment*. This paper aims to discuss, in the light of the principles of Family Law in the Brazilian legal system, the emotional abandonment of elderly parents and the civil liability of their children. The research methodological framework was defined in two types: deductive research and technical procedures based on bibliographic collection. The discussion about inverse affective abandonment is broad within the Brazilian

---

<sup>15</sup> E-mail: karoline\_conegundes@hotmail.com

legal system, having in its conjuncture of analysis a series of aspects of debate, from the social issue and the economic factor to the need to understand the issue of civil liability in the case of abandonment. It was concluded, then, that civil liability, within the legal and constitutional protection aspects and the laws that deal with the right of the elderly, does not present a more objective materiality about the recognition of moral injury. The study also noted the difference between the two types of abandonment: traditional affective abandonment (of parents with children) and reverse affective abandonment (of children with elderly parents) presenting their implications and differentiations.

**Keywords:** Elderly Law. Family Right. Reverse Affective Abandonment. Civil Responsibility.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. DIREITO DE FAMÍLIA. 1.1. ORIGEM DO CONCEITO DE FAMÍLIA. 1.2. NOÇÕES SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA. 2. ABANDONO AFETIVO: CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICA. 2.1. ABANDONO AFETIVO: CONCEITO. 2.2. O ABANDONO AFETIVO DE PAIS IDOSOS (O ABANDONO AFETIVO INVERSO). 2.3. A RESPONSABILIDADE CIVIL E O IDOSO. 3. DISCUSSÃO SOBRE ABANDONO AFETIVO INVERSO À LUZ DAS DOCTRINAS JURÍDICAS DO DIREITO DE FAMÍLIA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

O processo de envelhecimento da população vem crescendo em uma constante nas últimas décadas, apesar da evolução da ciência e da medicina e a relação direta com o aumento da expectativa de vida, essa tendência de aumento no processo de envelhecimento da sociedade é uma característica natural da humanidade. O Brasil é um país com uma população elevada de idosos, que de acordo com os últimos levantamentos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no censo de 2010 foi de 34% em relação ao ano de 2000.

O ordenamento jurídico brasileiro, tendo por base a Constituição Federal, promulgada em 1988, estabeleceu princípios fundamentados em valores e eixos sociais com o propósito de amparar a sociedade através de pilares de sustentação legal. Eixos como: família, preservação da vida, dignidade da pessoa humana e a defesa dos direitos humanos, são previstos na CF/1988 em seu artigo 1º. Desse modo, a Constituição Federal garante em seus dispositivos o estabelecimento de princípios que sustentam a defesa da família, dentro do âmbito de defesa dos direitos humanos e da garantia à vida, princípios esses considerados básicos na Carta Magna.

O desenvolvimento dos conceitos sociais e jurídicos com o tempo em torno do aspecto familiar trouxe para o debate público inúmeras modificações nas concepções de família e das relações familiares dentro do trato relacional: vínculo social, vínculo afetivo,

vínculo econômico e relacionamento intra e extrajudicial. A instituição familiar, dentro da concepção jurídica e social, tornou-se um aspecto de debate predominante no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente nas doutrinas.

O direito do indivíduo, dentro do debate jurídico, tem sido um tema abordado em diversas vertentes do direito, aproximando cada vez mais a necessidade de analisar, à luz da doutrina e da legislação, o seu posicionamento nas relações jurídicas. Assim sendo, observa-se o abandono afetivo – tema esse muito debatido dentro da concepção do direito do indivíduo – sendo discutido de maneira demasiadamente ampla na doutrina e pelo judiciário. O conceito de abandono afetivo envolve uma amplitude de relações e indivíduos, sendo presente no Direito de Família, principalmente na relação entre os pais e filhos, o denominado -- *abandono afetivo inverso*.

A afetividade também é um tema de relevante destaque para os estudos jurídicos e a formação da doutrina que tange a criação de legislações específicas de proteção dos idosos. O abandono é um tema sensível, que envolve uma série de nuances de discussão: aspecto familiar, aspecto social, aspecto comportamental, aspecto psicológico (saúde mental). De tal forma, é de suma importância observar que a pessoa idosa, assim como qualquer outro indivíduo, carece de atenção básica dentro da estrutura de ordenamento jurídico, tendo em vista as suas especificidades diante da sociedade e do trato da lei.

O enquadramento metodológico da pesquisa foi definido em dois tipos: a pesquisa dedutiva e os procedimentos técnicos com base na coleta bibliográfica. O modelo adotado para o estudo foi o da pesquisa qualitativa, cuja característica, de acordo com Gil (2017, p.45), corresponde a um tipo de método baseado na investigação linguística-semiótica, com enfoque na análise dos contextos do objeto de pesquisa. O método do estudo foi definido como o dedutivo, que segundo Gil (2017, p.14) denota do uso do raciocínio de análise partindo de uma perspectiva mais geral para um contexto mais particular, ou seja, uma investigação mais compartimentada.

Zanella (2013, p.12) argumenta que o procedimento técnico de um estudo deve ser alinhado com a proposta da pesquisa, tendo a finalidade de definir as estratégias de coleta dos dados – bibliográficos ou não bibliográficos. Os procedimentos técnicos de coleta e análise dos dados do estudo foram baseados na técnica bibliográfica e documental de levantamento do material de análise da pesquisa: artigos científicos, livros, doutrinas, legislações, sites especializados na área do Direito, jurisprudências e teses.

Posto isto, o artigo busca discutir, à luz dos princípios do Direito de Família no ordenamento jurídico brasileiro, o abandono afetivo de pais idosos e a responsabilidade civil dos filhos, a fim de compreender os princípios do Direito de Família e a relação com o com o Direito dos Idosos, observar o princípio da afetividade no contexto do abandono afetivo de idosos pelos seus filhos; analisar a responsabilidade civil dos filhos em caso de

abandono afetivo de pais idosos e debater a relação entre o abandono afetivo tradicional e o abandono afetivo inverso.

## **1 DIREITO DE FAMÍLIA**

Os assuntos tratados quanto ao âmbito familiar dentro do aspecto jurídico precisam ser observados dentro dos princípios constitucionais e da formação da sociedade, principalmente sob o conceito de família. É de fundamental importância analisar que o conceito de família pode ser observado de forma ampla, tendo a sua origem relacionada a historicidade da sociedade e a representatividade como instituição. Ademais, como será apresentado ao decorrer desse capítulo, as abordagens sobre família e as relações entre os filhos e os pais idosos apresentaram uma estrutura de discussão envolta do tema apresentado, a fim de possibilitar uma melhor compreensão (LOBO, 2017, p.32).

### **1.1 Origem do Conceito de Família**

A origem do conceito de “família” é histórica e aborda uma relação de contextos sociais que vão além da representação da instituição familiar que observamos nos dias de hoje. Dias (2017, p.23) apresenta o conceito jurídico de família como um conjunto de pessoas que estão vinculadas por um grau de parentesco e forma um lar, residindo na mesma casa e estabelecendo vínculos: união matrimonial ou união de fato, pais e filhos e outras características peculiares de formação de família.

De acordo com Farias (2011, p.23) a origem do conceito de família está diretamente ligada a evolução da civilização humana. Observa-se que, historicamente, o núcleo de composição familiar eclodiu da necessidade do ser humano em estabelecer vínculos e relações afetivas de forma estável. Leite (1991, p.48) argumenta que a estrutura familiar que conhecemos hoje veio da raiz Greco-romana em um modelo criado a partir da ideia do *pater famílias*, ou seja, do conceito de família patriarcal.

Para Pereira Junior (2014, p.14), no que tange a constituição da família sobre a perspectiva legal:

Perante a filosofia social, a família é uma sociedade natural, primeira e principal entidade responsável pela formação da pessoa humana. Para o presente estudo, interessa analisar, perfunctoriamente, o conceito jurídico de família, bem como sua atual compreensão no direito constitucional brasileiro. Com essa breve análise, podem-se identificar alguns fundamentos da intervenção dos círculos sociais maiores - sociedade civil e Estado - nas relações familiares. O valor social da família foi assimilado no dispositivo constitucional que é

fundamento para a intervenção do Estado no âmbito familiar. Trata-se do art. 226 da CF, que afirma que “a família, base da sociedade civil, terá especial proteção do Estado”. Em face dessa afirmação, convém perguntar-se sobre o que se pode entender por família, neste caso, e que categoria de família constitui base da sociedade civil.

Dentro do aspecto jurídico, observa-se o conceito de família tradicional e a formação da entidade familiar dentro da origem de modelo de família monoparental e da família anaparental, perpassando pela união estável (WALD, 2004, p.45). De acordo com Lobo (2004, p.22) a ressignificação social e jurídica da entidade familiar foi construída, ao longo do tempo, pelo conceito de pluralidade, observada hoje nas novas doutrinas e na jurisprudência do direito.

No Brasil, o conceito de família pode ser observado no art. 226 da Constituição Federal de 1988: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Para Madaleno e Madaleno (2015, p.11) o conceito de família na Carta Magna apresenta explícita as entidades familiares e os modelos adotados e amparados pelo Estado: união estável, família monoparental e o casamento. Todos os modelos, de acordo com os autores, trazem uma visão jurídico-social do conceito de instituição familiar no Brasil.

Lima (2018, p.22) analisa, no bojo da CF/1988, à luz da jurisprudência e da doutrina jurídica, que o conceito de família no campo jurídico brasileiro sofreu forte influência da igreja e dos princípios sociais de igualdade e defesa dos direitos do indivíduo. Com o passar dos anos, o vínculo familiar passou a ser representado de diversos modos, e no âmbito jurídico, a representação foi alicerçada em sua Carta Magna e por meio de dispositivos jurídicos e institucionais.

## **1.2 Noções Sobre o Direito de Família**

A construção do Direito de Família, segundo Dias (2017, p.43) deu-se, ao longo da história da humanidade, pela formação parental e estabelecimento do vínculo afetivo. De acordo com Beviláqua (2003, p.67) a codificação civil e direito de família brasileiro foi construído a partir do estabelecimento de bases alicerçadas na família tradicional. O primeiro Código Civil Brasileiro, de 1916, seguia uma tradição jurídica com base no código alemão e nos princípios do direito romano, tratando a relação de família de modo conservador e tradicional, seguindo diretrizes de característica mais elitista (BEVILÁQUA, 2003; BRASIL, 2004)

Com o Código Civil de 2002 observou-se uma grande mudança no aspecto das relações de família, tratando o vínculo familiar de modo mais flexível e com um caráter menos conservador (DIAS, 201, p.18). Já a partir do estabelecimento da CF/1988 e com o

Código Civil de 2002, a família como instituição passou a apresentar uma amplitude de relações reconhecidas pelo Estado, como a união estável e os grupos monoparentais, além do fortalecimento da igualdade das relações entre e mulher no modelo familiar ALVES, 2007, p.123).

A materialização do direito de família é a relação familiar e a instituição da lei perante a família. Segundo Farias (2011, p.34) o direito de família estabelece uma complexidade de normas que tem por objetivo a regulação dos efeitos e das relações de vínculo familiar: casamentos, uniões afetivas, relações pessoais e econômicas dentro do âmbito conjugal, vínculo familiar e de parentesco, tutela e quaisquer outras relações inerentes ao âmbito jurídico da família.

Para Madaleno (2018, p.41) o Direito de Família:

Tendo como marco inicial a Carta Federal de 1988, o Direito de Família passou a ser balizado pela ótica exclusiva dos valores maiores da dignidade e da realização da pessoa humana, sem desconsiderar os notáveis avanços da ciência, permitindo a pesquisa certa da identidade genética para investigação da paternidade ou da maternidade. À vista de tantas alterações sociais, legais e científicas, Caio Mário da Silva Pereira disse ter o legislador perdido a oportunidade de tratar de temas da maior importância, como ocorreu no campo da fertilização assistida.

Segundo Cunha Pereira (2005, p.43) os princípios basilares do Direito de Família versam sobre a família como um conjunto complexo de pessoas que possuem um vínculo efetivo e relacional e são direcionados a nortear as relações e as apreciações jurídicas no âmbito do ramo familiar.

## **2 ABANDONO AFETIVO: CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICA**

A contextualização jurídica sobre o abandono afetivo parte de uma análise mais generalizada sobre o conceito da palavra “abandono” especificando a relação conceitual do termo com o aspecto de afetividade. De acordo com o Dicionário On-line Português (2011, sem paginação) a definição da palavra “abandono” significa: “Ação de deixar uma coisa, uma pessoa, uma função, um lugar: abandono da família; abandono do posto; abandono do lar. Esquecimento, renúncia: abandono de si mesmo”.

Em uma percepção geral, o ato de abandonar está diretamente relacionado ao aspecto de esquecimento e renúncia, de modo que exista em uma determinada relação um processo de rompimento afetivo. Conforme Braga (2011, p.33) o abandono é originário

de um processo que desvincula do ser humano a capacidade de afeição ou desprendimento de um sentimento por outro. Dentro do aspecto jurídico, ainda de acordo com Braga (2011, p.29), o abandono pode ser caracterizado pela ausência, descumprimento de obrigatoriedade ou interrupção de uma relação, sem que haja um consenso legal.

Para fins de contextualização do tema, cabe então observar o princípio da afetividade à luz do entendimento sobre abandono. De acordo com o abandono, dentro do princípio da afetividade, representa uma ação de ordem mora, decorrente da ausência de um representante ou responsável, caracterizado como uma negligência quanto a companhia e guarda. No que concerne o abandono afetivo de filhos com os pais, o princípio da afetividade denota de uma expressão clara de expressão da família e de cumprimento da afetuosidade como relação (ANGELUCI, 2006, p.98).

O princípio afetivo no direito brasileiro trata o abandono afetivo como uma ação que produz dano moral e é configurado como ato ilícito. A afetividade, por ser um princípio do Direito de Família, está implícita na CF/1988, deixando claro a relação de responsabilidade civil e moral no que tange a condição de valor afetivo (BRAGA, 2011). Para entender e compreender o abandono afetivo sob a ótica do princípio da afetividade é salutar observar para a “teoria do desamor” no âmbito jurídico – é trazido para o ordenamento jurídico a compreensão de que o sentimento protetor e natureza da dedicação tutorial permeia esse princípio (LOBO, 2017, p.111).

Desse modo, o princípio da afetividade, de modo geral, caracteriza uma relação expressa no direito no sistema jurídico codificado para garantir, do Estado, uma relação protecionista para o responsável com o seu tutelado (ANGELUCI, 2006, p.73).

## **2.1 Abandono Afetivo: Conceito**

O ato de abandonar denota de um processo de rompimento de afeição, logo, é uma ação originária da afetividade. Lobo (2017, p.15) observa que o abandono afetivo diz respeito a omissão de cuidados, de assistência social, assistência psíquica e assistência financeira, de modo que as consequências geradas ensejem no rompimento de relação por parte do que abandona, na qual o abandonado é prejudicado socialmente e emocionalmente. Dentro do âmbito jurídico é importante os dois tipos de abandono afetivo: o abandono afetivo dos pais com os filhos e o abandono efetivo do filho com os pais (denominado de abandono afetivo inverso).

A afetividade é um sentimento que está diretamente relacionado com o laço familiar. Maluf (2016, p.99) observa que o abandono afetivo, independentemente do tipo e da relação, imbrica em um rompimento de vínculo de emoções e sentimentos entre pessoas. Esse vínculo observado por Maluf (2016, p.121) se trata de uma relação

estabelecida pela afetuosidade ou afetividade que, como em uma relação entre pais e filhos, é formada desde os primeiros contatos, até mesmo do contato físico.

Ademais, Lobo (2017, p.32) comenta que o abandono afetivo vai além do aspecto emocional e se trata de um rompimento judicial, ou seja, de obrigatoriedade civil e de descumprimento de deveres jurídicos e legais estabelecidos nas legislações vigentes. Também é de suma importância observar que a caracterização do abandono afetivo, nesse caso, não se trata de mero caráter subjetivista, como aponta Maluf (2016, p.89) ao afirmar que é necessário que o abandono afetivo deva ser tratado de forma específica e objetivo, sendo ele de caráter normal ou inverso, de acordo com legislação específica.

## **2.2 O Abandono Afetivo de Pais Idosos (O Abandono Afetivo Inverso)**

A relação entre pais e filhos é observada pelo ordenamento jurídico em diversos dispositivos jurídicos. Segundo Lobo (2017, p.144) ao tratar do abandono afetivo de pais idosos, o art. 3º do Estatuto dos Idosos apresenta uma obrigatoriedade quanto a responsabilização do filho em relação ao pai idoso, assegurando a efetividade e o direito do idoso ao gozo da vida. Todavia, ainda de acordo com a Lei nº 10.741/2003, compreende-se que a princípio, não deva ter uma regulamentação específica para caracterizar a relação dos filhos com os pais idosos, entretanto, a obrigatoriedade na tutela jurídica pode ser observada como uma garantia cumprimento mínimo para não haver qualquer tipo de abandono.

O abandono afetivo de pais, também apresentado *como abandono inverso*, é definido Rosenvald (2015, p.67) como a ausência de cuidados dos filhos em relação ao pai idoso, de tal forma que haja um descumprimento de obrigatoriedades previstas em lei, na qual os pais em estado de velhice estejam sendo marginalizados nesse processo de relação. De acordo com Braga (2011, p.38) o abandono afetivo inverso se trata de um descumprimento legal e jurídico dos filhos com os pais idosos por meio de ações que vão de encontro ao art. 3º do Estatuto do Idoso e aos princípios constitucionais de garantia da dignidade humana e direito à vida, privando o idoso do gozo pleno de seus direitos como cidadão.

O descumprimento legal no âmbito jurídico por parte dos filhos em relação às obrigações com os pais idosos incide em um processo de responsabilização civil, que pode vir a tratar de dano moral na relação familiar. Conforme argumenta Maluf (2016, p.81) o dever dos filhos em relação aos pais idosos, mesmo que dispostos na CF/1998 e no Estatuto dos Idosos decorrem da obrigação apresentada em lei, independente da relação de afetividade. Observa-se que a regulação nesses casos surge para lidar com casos atípicos, na qual prevaleça o destrato na relação dos filhos para os pais, como aponta Rosenvald (2015, p.55).

Apesar da ampla discussão sobre a obrigação dos filhos com os pais idosos, o Estatuto dos Idosos não apresenta, de forma clara, a materialidade da responsabilidade dentro da relação de abandono. Lobo (2017, p.31) observa que o art. 3º apenas apresenta as obrigações, sem mencionar o eixo de responsabilidade e as medidas e sanções apresentadas em caso de descumprimento. Bertoni e Viecili (2014, p.12) analisam que essa denominada “lacuna” no Estatuto do Idoso dificultou uma especificação e uma objetividade na materialização das sanções em casos de abandono inverso, sendo que dentro do Direito de Família, os casos específicos de abandono de idosos passaram a ser tratados diretamente dentro do âmbito jurídico da responsabilidade civil.

### **2.3 A Responsabilidade Civil e o Idoso**

O abandono inverso, como exposto por Rosenvald (2015, p.34) e Maluf (2016, p.88) é a falta de cuidado e a ausência da afetividade dos filhos para com os seus pais idosos, tendo por característica um rompimento dos valores sociais e jurídicos. Mediante isso, é de suma importância observar a responsabilidade como um instrumento jurídico de adequação ao cumprimento de direitos, como afirma Bevilaqua (2003, p.14).

Para Bittar (1994, p.23) a responsabilidade advém da palavra *respondere* – do latim – e trata da necessidade de se responsabilizar por algo ou a necessidade de cumprir uma determinada regra ou ordenança, de modo que haja uma sanção ou dano caso não seja cumprido. Ainda Bittar (1994, p.67) observa que a responsabilidade civil, dentro do fundamento básico da esfera jurídica, diz respeito a reparação de danos – onde há a necessidade de reparação por danos provocados – que pode ser originário de uma materialidade patrimonial, social, econômica, moral ou de outro fator que acarrete em rompimento.

As relações dentro do Direito de Família são representadas e garantidas pelos princípios constitucionais e estabelecidas em legislações específicas, cuja finalidade precípua é de sustentar o vínculo familiar no ordenamento jurídico (GOMES, 2000, p.136). Entretanto, como observa Gonçalves (2016, p.59), para aplicar a responsabilidade civil dentro da materialidade perante o âmbito jurídico é necessário que ações e medidas sejam estabelecidas para caracterizar tal ação.

Dentro do contexto da responsabilidade civil, o dano moral incide como uma das ações mais recorrentes e representativas no caso de agravo em relação a uma determinada conduta que venha a infringir ou violar um direito, seja ele material ou moral (GOMES, 2000, p.21). Nesse caso, há de se definir esses dois tipos de dano dentro do contexto da responsabilidade civil. Segundo Gonçalves (2016, p.114) o dano material tem por definição a ação que fere a materialidade patrimonial de uma pessoa, tendo a ação praticada pelo agressor um prejuízo de ordem material, logo, quantificada no ponto de vista patrimonial.

Já o dano moral, de acordo com Iglesias (2002, p.24), pode ser definido como aquela ação ou menção que fere uma pessoa dentro da sua esfera extrapatrimonial, ou seja, que não tem materialidade patrimonial (física), logo, é caracterizado por não ter um agravo mensurável ou quantificável dentro de um sentido patrimonial. Há uma distinção clara dentro do ponto de vista da ação de materialidade no contexto da responsabilidade civil ao observar os dois tipos de danos: Gomes (2000) observa que o dano moral, por ser de origem subjetiva, diluiu-se na observância do bem jurídico e do objeto que sofreu a lesão do seu agressor.

No âmbito do abandono afetivo inverso é possível que haja os dois tipos de danos: moral e material. No entanto, o dano moral tem sido mais aprofundado no ordenamento jurídico para os casos de abandono dos filhos para os pais, tendo em vista que o ente que foi lesionado teve suas condições e garantias, estabelecidos em lei específica, infringidas (IGLESIAS, 2002; MALUF, 201, p.34). Os direitos institucionalizados de proteção ao idoso são constitucionalmente estabelecidos desde 1988, além de dispostos em legislações específicas, entretanto, a questão social e a ineficiência no cumprimento das políticas públicas no Brasil tem sido um grande desafio para lidar com a materialidade na responsabilização civil em casos de abandono (GONÇALVES, 2016; GOMES, 2000, p.113).

A reparação civil tem sido objeto de profundo debate em relação ao abandono afetivo inverso. Maluf (2016, p.115) observa que há uma necessidade cada vez mais urgente de compreender o idoso abandonado como alguém que foi desamparado e passou por um processo de vexame e sofrimento, logo, ele precisa ser indenizado e a natureza da ação de lesão deve ser reparada juridicamente. Peres (2008, p.22) argumenta que, em caso de dano moral, a materialidade da prova é muito difícil de avaliar, tendo em vista que há uma característica de subjetividade bastante presente nesse tipo de lesão, que pode ser ainda mais dificultado a depender do caso.

Dentro desse contexto, a responsabilidade civil pode ser observada, para esses casos, a luz do Código Civil nos seus artigos 186 e 927, ao tratar da indenização compensatória. Speiss (2017, p.12) afirma que o reparo ao dano moral do idoso precisa ser observado dentro das características que o torna um lesado em relação ao abandono familiar sofrido. O ressarcimento em caso de dano moral pode ser em função protetiva e punitiva, tendo com base o fator ofensivo e o grau de repercussão da ofensa na vida socioeconômica do lesado, no caso, o idoso (SPEISS, 2017; PERES, 2008, p.156).

Iglesias (2012, p.46) observa que o dano é uma ação que caracteriza uma determinada infração e um cometimento de um ato ilícito que tem por resultado imbuir um determinado dolo no lesado. No caso da pessoa idosa, Peres (2008, p.34) argumenta que o dano moral na relação familiar, por ser imaterial e está diretamente ligado com laços de

afetividade, pode acarretar em um agravo bem maior que um dano material. Maluf (2016, p.81) menciona o nexu causal como pressuposto da responsabilidade civil, que tem como base a Teoria da Responsabilidade Civil, cuja relação da presença do dano com a causa se faz necessário para que haja uma responsabilização de um determinado ato.

Todavia, a relação de abandono afetivo de filhos para genitores idosos advém da caracterização subjetiva pela presença da afetividade como vínculo imaterial. De acordo com Gomes (2000, p.14) o vínculo de afetividade no abandono afetivo inverso traz à luz do debate jurídico a necessidade de responsabilizar o agente infrator e o lesado, de modo que haja presunção de culpa, e que a caracterização do dano seja materializada com provas. A reparação pecuniária é possível em casos de abandono afetivo inverso, entretanto, conforme Iglesias (2012, p.32), o remédio jurídico para esses casos requer uma compreensão mais clara e objetiva no ordenamento jurídico, de modo que o lesado seja devidamente indenizado.

### **3 DISCUSSÃO SOBRE ABANDONO AFETIVO INVERSO À LUZ DAS DOUTRINAS JURÍDICAS DO DIREITO DE FAMÍLIA**

A discussão sobre o abandono afetivo inverso é ampla dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em sua conjuntura de análise uma série de aspectos de debate, desde a questão social e o fator econômico até a necessidade de compreender a questão da responsabilidade civil no caso de abandono.

A doutrina jurídica brasileira apresenta miscelânea de estudos e observâncias quanto a tutela jurídica do idoso e a responsabilização civil dos filhos em relação aos pais idosos. Observa-se que não há um consenso de análises sobre o tema, visto que até mesmo a legislação vigente atual não possui uma determinação objetiva em casos de responsabilização, principalmente pela caracterização da subjetividade dos casos referentes aos danos morais e patrimoniais.

A questão da responsabilização civil vem sendo objeto de discussão dentro do Direito Civil envolvendo o Direito de Família há bastante tempo, tendo em vista que os casos de violação de direitos e abandono estão relacionados com o princípio de afetividade e aos princípios de garantia do direito à vida e ao gozo pleno dos direitos básicos do idoso. Observa-se que o campo de debate para essa discussão perpassa por uma análise que envolve o Direito de Família e o Direito dos Idosos como áreas de correlação, ambos tratando da relação parental e dos processos de afetividade que denota a própria relação do pai com o filho.

Quando há uma observância da doutrina brasileira é apresentada uma série de percepções jurídico-sociais acerca de definições sobre o conceito de família e as relações parentais, principalmente ao que diz respeito a nova formação familiar multiparental.

Nesse aspecto, o debate sobre o abandono afetivo inverso tem sido discutido dentro da concepção jurídica com o objeto de buscar compreender como pode se dá o fortalecimento da lei quanto ao amparo dos genitores idosos e como o mecanismo jurídico ampara esse tipo de situação.

Dentro da doutrina jurídica do Direito de Família há um amplo debate sobre o abandono afetivo inverso e suas implicações sociais e jurídicas, além das análises e percepções com base em jurisprudências e no entendimento das leis, principalmente sob a ótica do Estatuto do Idoso, da Política Nacional do Idoso e da CF/1988. Tratou-se nesse estudo de analisar algumas doutrinas sobre o assunto e compreender o abandono afetivo inverso dentro do Direito de Família, de modo a observar as discussões e pontos de vista sobre o assunto. A análise foi realizada a partir das obras de Boas (2012), Madaleno (2018), Gonçalves (2016) e na Peres (2008) – além da análise de outras obras de apoio nesse estudo.

Madaleno (2018, p.43) faz em sua obra uma análise bem ampla do Direito de Família em todos os seus eixos, dando uma definição bem específica para cada tipo de abordagem dentro da família no âmbito jurídico, principalmente pela proteção do Estado. Afirma que:

De acordo com a Constituição Federal, a entidade familiar protegida pelo Estado é a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, podendo originar do casamento civil, da união estável e da monoparentalidade. Mas nem sempre teve toda essa extensão, pois durante muito tempo o sistema jurídico brasileiro reconhecia apenas a legitimidade da família unida pelo casamento civil, e os filhos originados dessa união por concepção genética ou através da adoção (MADALENO, 2018, p.82).

Observa Madaleno (2018, p.111) que a proteção constitucional para a entidade familiar, presente na CF/1988, denota de uma ação do Estado para reconhecer a legitimidade da família dentro do sistema jurídico, independente do seu tipo de formação conjugal. Na relação entre os filhos e os pais idosos há um debate bem acentuado sobre a responsabilização dos filhos dentro da relação com os pais, vice versa, porém o abandono afetivo inverso ainda apresenta alguns entraves jurídicos quanto a percepção do objeto e da natureza da tipificação do dano.

Nesse contexto, Madaleno (2018, p.111) analisa em sua doutrina que a relação familiar, dentro da concepção de tutela jurídica, parte da compreensão de subjetividade e da objetividade quanto a responsabilização em casos de abandono. A responsabilização civil é apresentada como uma ação que visa proteger o lesado, nesse caso, um ente familiar abandonado. Madaleno (2018, p.115) observa que o abandono pode gerar danos

psicológicos e materiais, de modo que as observâncias para definir o modo de mensuração do dano recaem uma análise subjetiva no campo jurídico, dificultando a definição do tipo e da forma de indenização.

A análise subjetiva sobre os danos morais e patrimoniais tem sido observada como os principais entraves jurídicos para um processo de reconhecimento de supressão da causa tutelar jurídica no Brasil. Gonçalves (2016, p.48) observa que essa percepção de materialização subjetiva para as análises de jurisprudência em casos de abandono afetivo inverso não tem sido observada de uma forma padrão em alguns casos. A questão da subjetividade no ato de responsabilizar o filho pode ser analisada por fatores que influencia, de forma não objetiva, na decisão de um juiz ao decidir sobre o caso, na qual muitas vezes a observância na decisão não favorece o idoso.

Uma consideração importante sobre o abandono afetivo precisa ser observada quanto ao aspecto da omissão de cuidado. De acordo com Madaleno (2018, p.86) a família é o núcleo composto por membros que estão juridicamente e afetuosamente aliançados, tanto no aspecto social quanto no aspecto de responsabilidade mútua. Nesse sentido, o abandono afetivo estende a discussão para uma compreensão do dano de afetividade e do psicológico do ente abandonado. Quando o abandono afetivo inverso é abordado existe uma discussão mais amena quando em comparação ao abandono afetivo tradicional (do filho para o pai), o que pode vir a gerar uma exigência e uma possível relevância em menor grau para a sociedade e para a própria estrutura jurídica brasileira.

A questão da responsabilidade civil do filho para com o pai idoso vai além do pagamento de uma pensão. De acordo com Boas (2012, p.99) a pensão, seja ela da natureza originária designada, não deve ser observada como uma mera ação de responsabilização que atende ao aspecto de afetividade. De acordo com jurisprudências observadas em casos, como no processo nº9375/2010 no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no caso de pagamento de indenização por danos morais, o mero pagamento da pensão alimentícia não substitui a afetividade e o tratamento dado ao pai idoso, onde nesse caso específico o sentido da ação foi tratado como sendo "a afetividade um sentimento, não um mero negócio".

Boas (2012, p.100) faz uma apresentação comentada do Estatuto do Idoso por meio de uma análise mais específica, ponto a ponto, da lei e de suas implicações jurídicas. Quanto a responsabilização civil, Boas (2012, p.100) observa em sua doutrina que, ao analisar o vínculo e a afetividade, o abandono afetivo inverso pode ser caracterizado como um tipo de dano moral e, em alguns casos, material. O autor argumenta que o Estatuto do Idoso traz em seu art.3º uma especificação importante quanto ao trato de responsabilização dos entes na relação com o idoso, definindo a família como um núcleo responsável.

É de suma importância analisar que o idoso, apesar de ter a garantia constitucional de sua proteção e do gozo do seu direito à vida, ele é objeto de abandono no próprio núcleo familiar. Boas (2012, p.97) argumenta que, apesar do cuidado com o idoso ser regulamentado dentro do ordenamento jurídico brasileiro, os casos de abandono têm sido cada vez mais frequentes, tendo então o poder público buscado mecanismos jurídicos e ações legais para coibir esse tipo de caso.

Gonçalves (2016, p.66) analisa que a garantia constitucional em casos de abandono familiar de cunho afetivo não pode ser considerada como um fator único e definitivo de proteção ao abandonado – ou lesado – sendo importante que a proteção seja alicerçada também em outros ramos jurídicos. O autor observa que dentro do Direito Civil a proteção em casos de danos morais tem crescido nas últimas décadas, principalmente em relação ao crescimento de casos advindos da família, que saem do objeto do Direito de Família. Boas (2012, p.98) pontua que para auxiliar juridicamente a proteção do idoso é fundamental que o poder público cumpra com suas obrigações constitucionais, dando apoio e garantindo com que a Teoria da Responsabilização seja plenamente efetivada.

Sobre a Teoria da Responsabilização, ainda de acordo com as observações apresentadas por Boas (2012, p.99) se faz importante analisar que ela tem por finalidade garantir o cumprimento de obrigações, entretanto, o auxílio jurídico garantido por ela deve ser amparado no que versa a própria Constituição. No art. 230 da CF/1988 a garantia da responsabilidade é apresentada como sendo precípua para a família ao pontuar que é dever da família, da sociedade e próprio Estado ampararem o idoso, garantindo com que ele tenha participação efetiva na sociedade.

A responsabilidade sobre o idoso, dentro do contexto social-jurídico, precisa ser compreendida como um processo compartilhado, na qual o poder público e a família devem coadunar para garantir que não haja qualquer supressão ou interferência na garantia constitucional. Ademais, como observa Peres (2008, p.34), o idoso não pode ser tratado como um indivíduo isolado, ou seja, sem que haja uma análise mais ampla das relações que o cercam. Nesse caso, a compreensão do idoso e dos seus direitos traz à luz do debate a necessidade de protegê-lo, fisicamente e psicologicamente, para que não haja nenhuma transgressão, tanto por parte da sociedade como um todo, quanto pela família.

Peres (2008, p.21) trata em sua obra “Proteção aos idosos” que pessoa idosa deve ser amparada em todos os núcleos que envolvem a sua participação social: família, sociedade e poder público. A autora observa em sua doutrina que o trato jurídico para com o idoso em casos de abandono afetivo inverso deve ser efetivado pelo Estado, tendo esse um papel vital na efetivação dos direitos constitucionais do idoso. Peres (2008, p.32) faz menção ao dever de indenizar os pais idosos abandonados, tendo em vista que a

materialidade na tutela jurídica é de responsabilidade precípua do Estado, garantido na Constituição e respaldado nas legislações específicas.

A dificuldade, porém, advém da própria ausência de unilateralidade de decisão com base na materialidade jurídica sobre os casos de danos morais, principalmente. Boas (2012, p.87) observa que os danos morais em casos de abuso e abandono de pessoas idosas são recorrentes, entretanto, há uma grande dissociação da realidade dos fatos com a decisão jurídica, tendo em vista, principalmente, que o hiato entre a dificuldade de materializar a decisão sobre o objeto jurídico e os fatos, geralmente, tendem a prejudicar os pais idosos em casos de abandono afetivo inverso.

As transgressões ocasionadas pelo abandono afetivo inverso possuem, na observância de Gonçalves (2016, p.68), um grave impacto na vida social, econômico e afetiva do idoso. Observa-se que em casos dessa natureza é importante analisar a perspectiva do idoso, cuja realidade, em muitos casos, principalmente em situação de abandono, carece da atenção imediata do poder público. De acordo com Peres (2008, p.35) o poder público tem o dever de garantir que haja uma mitigação dos danos ocasionados pelo processo de abandono, sendo inclusive responsabilizado por omissão, juntamente com a família.

Não obstante, de acordo com Peres (2008, p.112), a representação dos filhos como protetores dos pais advém do conceito de convivência familiar e da formação do núcleo afetivo, que surge antes de qualquer designação pragmática apresentada em lei. Essa abordagem faz compreender que a velhice é um estado natural da vida e que os filhos precisam cumprir (obrigação) com o seu papel de protetor. Para isso, Boas (2012, p.99) complementa a ideia de Peres (2008, p.15) ao argumentar que, de acordo com o Estatuto do Idoso, o progenitor abandonado durante a sua velhice pode vir a adquirir sequelas, seja ela emocionais ou financeiras, que podem ser até irreparáveis.

A partir do entendimento das consequências jurídicas em relação ao abandono afetivo inverso também pode ser discutida a consequência moral no pai abandonado. Nesse sentido, Peres (2008, p.24) analisa que o dano moral, apesar de circunstancialmente ser subjetivo para uma análise mais aprofundada, não pode ser apenas observado no ponto de vista comum ou simplório do caso. Faz-se necessário compreender que o idoso abandonado é um indivíduo que carece não somente de uma pensão, mas sim de afetuosidade. O aspecto da afetuosidade é outro contraponto para o entendimento de ressarcimento em casos de dano moral e material, cuja jurisprudência na legislação brasileira ainda se encontra em dubialidade nessas decisões.

A subjetividade na análise do dano moral no abandono afetivo inverso trata de uma ausência de unilateralidade na percepção da lei em decorrência de fatos mais palpáveis para determinação e uniformidade nas decisões. O estudo observou que as doutrinas em

relação aos processos de abandono afetivo de filhos para com os pais idosos recaem em um entendimento um pouco mais difuso quando se trata de uma percepção mais clara sobre a ausência da responsabilidade do filho. Gonçalves (2016, p.44) observa que a responsabilidade civil em casos de abandono deve ser observada dentro de uma percepção que enquadre o abandonado e o agente abandonador em um mesmo foco de percepção, logo, não deve haver qualquer sentido de diferença para analisar os fatos. Em suma, essa situação ocorre por dois aspectos, de acordo com Boas (2012, p.101): ausência de uniformidade no entendimento da lei e legislações específicas limitadas quanto ao idoso no Brasil.

A partir do ponto de vista apresentado por Boas (2012, p.101) é de suma importância analisar que a relação de abandono afetivo em casos de pais idosos, em tese, não decorre apenas de um processo de transgressão da afetividade, ou seja, ele não se limita apenas ao sentido de abandono em termo de carinho e amorosidade. O autor analisa que o processo que decorre em transgressão e infração dos princípios constitucionais de garantia à vida e a dignidade humana vão além do princípio afetivo, pois ultrapassam o limite da moralidade e podem agir com maior impacto na moralidade do indivíduo.

Essa perspectiva apresentada por Boas (2012, p.101) é acompanhada por Peres (2008, p.25) ao observar que o abandono afetivo inverso, apesar de não apresentar um apelo maior tanto quanto o abandono afetivo tradicional (de pai para com os filhos) decorre de um processo que afeta um tipo de público considerado vulnerável, como os idosos. O autor lembra que o idoso é considerado, perante a legislação específica e na Constituição, como um tipo de indivíduo que precisa de amparo do Estado, da sociedade e da família, de modo que qualquer transgressão aos princípios e garantias sejam considerados crime de gravidade alta e complexa dentro da perspectiva legal brasileira, a depender do grau e da intensidade da lesão, seja ela moral ou material.

## **CONCLUSÃO**

O estudo sobre o Direito do Idoso no ordenamento jurídico brasileiro é fundamental para compreender como ele está diretamente inserida no âmbito jurídico, dentro no Direito de Família, e suas implicações legais a partir da compreensão do abandono afetivo inverso como sendo uma infração moral que precisa ser discutida amplamente na doutrina jurídica.

Para esse estudo foi realizada uma ampla discussão sobre as legislações específicas que tratam da proteção e da garantia de direitos ao idoso (Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003 e a Política Nacional do Idoso – Lei nº 8.842/1994), uma análise do conceito de família dentro do direito de família e uma abordagem mais específica para a responsabilização civil em casos de abandono afetivo inverso. A partir desse apanhado de

análise, foi possível observar a relação do direito de família com o direito dos idosos dentro do ponto de vista da afetividade e do abandono afetivo inverso, de modo que houvesse a percepção dos diferentes tipos de dano que afeta o idoso: dano moral e dano material.

O estudo sobre os direitos dos idosos no Brasil perpassa por uma historicidade de acontecimentos que permeou o desenvolvimento de ações da sociedade civil e do poder público para garantir proteção ao idoso. O estudo apresentou, dentre outros aspectos, a relação do idoso com o âmbito jurídico-social brasileiro, com base nas relações de afetividade com os filhos. O idoso é um indivíduo que possui uma série de características peculiares, tanto do ponto de vista do poder público, quanto no aspecto da sociedade e o trato jurídico – por isso, é de suma importância analisar, como o estudo observou, as suas relações sociais e os seus direitos e garantias constitucionais.

No entanto, como foi observado nas doutrinas discutidas no estudo, se faz necessário ampliar as discussões no âmbito jurídico sobre mecanismos e ações que tornem mais possíveis a proteção do idoso em casos de abandono afetivo. Apesar de ainda existir controvérsias e dualidades quanto a materialidade das ações de responsabilização em caso de abandono, é salutar aprimorarem o debate para tratar o reconhecimento do abandono afetivo como um caso digno de aplicação de indenização e reparo pecuniário, de modo que o idoso seja amparado em todos os seus direitos que, em algum momento, sejam tolhidos.

Recomenda-se para pesquisas futuras na área jurídica do direito de família o aprofundamento nas pesquisas sobre o abandono afetivo inverso e a relação com os pais idosos, tendo em vista a concepção de observância dos danos materiais e dos danos morais nesse processo. De todo modo, é de suma importância analisar que a sociedade e o processo de envelhecimento da população são fatores que estão diretamente interligados com os desdobramentos jurídicos, tanto na formação da doutrina quanto na efetivação de legislações específicas que precisam, cada vez mais, garantir que o idoso seja amplamente protegido e amparado pela lei.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A função social da Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 39. dez-jan, 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. Observações para esclarecimento do Código Civil Brasileiro, in: **Códigos Civis do Brasil: do Império à República: uma retrospectiva histórica**. Brasília, DF: Senado Federal, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BOAS, Marco Antonio Vilas et al. **Estatuto do Idoso Comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Constituição Federal **Código Civil Brasileiro**. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. **Estatuto do Idoso**. Lei n.º 10.741/2003. 1. ed., 2ª reimpressão. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DICIONÁRIO ON-LINE PORTUGUÊS. **Conceito de abandono**. 2011. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/abandono/>. Acesso em: 30 set. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GOMES, Luiz Roldao de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

IGLESIAS, Sergio. **Responsabilidade Civil: por Danos a personalidade**. São Paulo: Manole, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

LIMA, Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva. Entidades familiares: uma análise da evolução do conceito de família no Brasil na doutrina e na jurisprudência. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 23, n. 5383, 28 mar. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64933>. Acesso em: 14 set. 2021.

LOBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. **Repensando o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada: física e Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2015.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores do direito de família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. A Co-regulação da família pelos círculos sociais (Sociedade Civil e Estado): um diálogo com a Constituição Federal do Brasil. In: MEZZARROBA, Orides et al (Org.). **Direito da Família**. Curitiba, PR: Clássica, 2014.

PERES, Ana Paula ArtistonBarion. **Proteção aos Idosos**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 24.

ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade civil por omissão de cuidado inverso. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). **A responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 311- 331.

SPEISS, Larissa. A responsabilidade civil dos filhos pelo abandono afetivo de pais idosos em asilos e a possibilidade de reparação. **Revista dos Tribunais**. Rio de Janeiro, v. 975, p. 155-171, Jan. 2017.

ZANELLA, Liane Carly Hermes. **Metodologia de Pesquisa**. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos do Humanos**. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 12 de jun. de 2021.

ORTEGA, Flávia Texeira. **As velocidades do direito penal**. Jusbrasil. Disponível em <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/344640749/as-velocidades-do-direito-penal>>. Acesso em 01 de jun. de 2021.

REDLER, Ivana. **Conheça os principais princípios do direito penal**. Master juris. Disponível em <<https://masterjuris.com.br/conheca-os-principais-principios-do-direito-penal/>>. Acesso em 12 de jun. de 2021.

RUBIS, Israel Lima Braga; SOUTO, Marcos Virginio; MACÊDO, Wendel Alves Sales. Análise da teoria do direito penal do inimigo. **Revista Direito e Dialogicidade**, Ceará, volume 07, Jan/Jul, 2016, p. 30 – 44.

SÁNCHEZ Jésus-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Luiz Otavio de Oliveira Rocha (trad.). 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

## **A ATUAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES NA PREVENÇÃO DOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS E DO FINANCIAMENTO DO TERRORISMO**

**MARTINELI ADRIANA CHIMENDES LIMEIRA SILVA:**  
Graduada em Direito pelo Centro Universitário São  
Lucas - Ji-Paraná<sup>16</sup>.

RENATA MIRANDA DE LIMA<sup>[1]</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** O presente trabalho visa analisar a atividade notarial como mecanismo de combate ao crime de lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo no regime jurídico pátrio. Um dos motivos para a abordagem deste tema é a polêmica que o Brasil viveu em relação a este assunto e as medidas que foram tomadas que levaram a criação do Provimento 88/19 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, bem como serão analisados os impactos da criação do referido provimento. Ademais esse trabalho pretende analisar a importância que notários e registradores possuem, visto que são atores/agentes essenciais na repressão às atividades ilícitas que tentam burlar o sistema financeiro, cooperando no combate a atividade delituosa de lavagem de dinheiro. O processo metodológico adotado foi o de natureza básica exploratória e descritiva, com procedimento de análise bibliográfica. Deste modo, será feito um estudo fundamentado nas leis 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), 13.260/16 (Lei Antiterrorismo) e o Provimento do CNJ 88/19. Para obter os resultados e respostas acerca da problematização apresentada neste trabalho será feito um estudo fundamentado nas leis 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), 13.260/16 (Lei Antiterrorismo) e o Provimento do CNJ 88/19.

**Palavras-Chave:** Notários e Registradores. Integração. Lavagem de Dinheiro. Provimento nº 88/2019.

**ABSTRACT:** The present work aims to analyze the notarial activity as a mechanism to combat the crime of money laundering and the financing of terrorism in the Brazilian legal system. One of the reasons for addressing this issue is the controversy that Brazil has experienced in relation to this matter and the measures that were taken that led to the creation of Provision 88/19 of the CNJ - National Council of Justice, as well as the impacts of creation of the referred provision. Furthermore, this work intends to analyze the importance that notaries and registrars have, as they are essential actors/agents in the repression of illicit activities that try to circumvent the financial system, cooperating in combating the criminal activity of money laundering. The methodological process adopted was of a basic exploratory and descriptive nature, with a bibliographic analysis procedure.

---

<sup>16</sup> E-mail: nellymeira@hotmail.com

Thus, a study will be carried out based on laws 9.613/98 (Money Laundering Law), 13.260/16 (Anti-terrorism Law) and the Provision of CNJ 88/19. In order to obtain the results and answers about the problematization presented in this work, a study will be carried out based on Laws 9613/98 (Money Laundering Law), 13.260/16 (Anti-terrorism Law) and the Provision of CNJ 88/19.

**KEYWORDS:** Notaries and Registrars. Integration. Money laundry. Provision nº 88/20

**Sumário:** Introdução; 1. Lavagem de dinheiro - Conceito de Lavagem de dinheiro e/ou Capitais; 1.2 Fases do Crime de Lavagem de Dinheiro; 1.2.1 Ocultação ou Colocação; 1.2.2 Mascaramento; 1.2.3. Integração; 2. Bem Jurídico; 2.1 Aquisição de Imóveis para Desvio de Recursos Públicos; 2.2 Aquisição de Imóveis para Desvio de Recursos Públicos; 2.1.1 Compra de Imóveis Com Dinheiro Em Espécie Originado Por Tráfico Internacional de Drogas Por Meio de Fraude Cambial; 2.2.2 Terrorismo: conceito e definição - (Lei 13.260/16); 2.2.3. O COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras; 2.2.4 Provimento 88/2019 do CNJ - Conselho Nacional de Justiça; 3. Os notários e Registradores Como Agentes Colaboradores de Fiscalização; 3.1. Função Notarial e Registral; 3.2. Notários e Registradores na Prevenção da Lavagem de Capitais e Financiamento do Terrorismo; 3.2.3. Comunicações à UIF e Elementos de Análise pelo notário e pelo Registrador; 4. Conclusão; 5. Referências

## Introdução

Já há algum tempo, não só Brasil, mas também o mundo vem buscando formas de combater a corrupção, que se alastra e tem seus tentáculos nos mais variados setores, tendo como seu maior aliado o crime de lavagem de dinheiro, fator esse que vem destruindo e passando por cima de leis e normas, causando desconforto e insegurança à sociedade. Dessa forma, assim como a lavagem de dinheiro, conseqüentemente há uma preocupação em relação ao crime do financiamento ao terrorismo, sendo que eles estão diretamente conectados através dos métodos utilizados para a sua prevenção.

Sabendo disso, no Brasil por meio da Lei 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro), e considerando a ligação dos fatos com a Lei 13.260/16 (Lei Antiterrorismo), a UIF – Unidade de Inteligência Financeira, antigo COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, a fim de melhorar sua forma de atuação em fiscalização, em razão disso foi criado o Provimento 88/19 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, determinando que Notários e Registradores, profissionais da esfera extrajudicial, se unam no combate aos referidos crimes se adaptando e criando medidas que atendam a este provimento. Assim, com esse conjunto de regras estabelecidas pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, através do Provimento 88/2019, ele passa a regulamentar a Lei 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro) e em complemento a Lei 13.260/16 (Lei Antiterrorismo), articulando esforços de órgãos dos três

poderes nas esferas: federal, estadual e municipal, com vistas a combater essas atividades criminosas.

O processo metodológico adotado foi o de natureza básica exploratória e descritiva, com procedimento de análise bibliográfica. Tendo como objetivos identificar a competência e a fé pública do Notário e Registrador e de qual forma poderá explorar dessa competência através de seus atos praticados de maneira a contribuir para a prevenção ou até mesmo a constatação de crimes de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, bem como identificar as punições que podem sofrer os delegatários que não cumprirem as normas e obrigações dispostas no Provimento 88/19 do CNJ, assim como as formas em que deverão atuar esses profissionais do âmbito extrajudicial. Além de verificar como as Serventias Extrajudiciais são um setor em que há muita procura por seus usuários, com isso, vale lembrar ser um meio oportuno para a realização de possíveis fraudes ou negócios fictícios como, por exemplo, a doação de um bem móvel ou imóvel para um terceiro que não seja do seu meio familiar.

Dessa forma, por meio deste trabalho de pesquisa será feito uma análise nas leis acima mencionadas com objetivo de descrever como se dá a atuação dos notários e registradores na prevenção dos crimes de lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo trazem-se fatos e fundamentos sobre o tema.

## **1. Lavagem de dinheiro - Conceito de Lavagem de dinheiro e/ou Capitais**

O termo “lavagem de dinheiro” originou-se por volta do início do Século XX nos Estados Unidos, a partir de ações de organizações mafiosas norte-americanas que facilitavam a circulação de capital oriundo de atividades ilícitas, dando-lhe aparência de lícito, por meio de lavanderias.

Ainda, em relação à origem, o autor Conserino (2011, p. 02) salienta:

Já no século, XX, a origem da expressão lavagem de dinheiro ou money laundering, conforme consta, é proveniente do lendário Al Capone, que com o dinheiro auferido com o contrabando de bebidas e cigarros, adquiriu no final da década de 1920, na cidade americana de Chicago, uma rede de lavanderias para lhe permitir a realização de depósitos bancários de pequenos valores monetários compatíveis com a venda nas lavanderias, no entanto, tais depósitos resultavam de suas atividades ilícitas do comércio de bebidas, exploração do jogo e prostituição.

A Lei nº 9.613/98 nos traz que o crime de lavagem ou ocultação de bens, também conhecido como lavagem de dinheiro e/ou capitais, consiste no ato de ocultar ou dissimular a origem ilícita de bens ou valores que sejam frutos adquiridos através de crimes. Sendo assim, a utilização da denominação de lavagem de dinheiro surgiu de como era adquirido o dinheiro ou o bem objeto do ato, ou seja, quando da aquisição de forma ilícita sendo o dinheiro sujo, era necessário ter uma aparência de legalidade, precisava-se de uma lavagem, de uma forma de aquisição fictícia para parecer um dinheiro limpo. Temos como exemplo deste tipo de crime, a compra de produtos com alto valor, e com a revenda destes produtos dá-se uma comercialização legal.

Temos como fundamentação a referida Lei nº 9.613/98, com nova Redação dada pela Lei 12.638/12, que nos traz:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

I - Os converte em ativos lícitos;

II - Os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012);

II - Participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

§ 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal.

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

§ 6º Para a apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). Lei 9.613, de 03 de março de 1998 (Brasil, 1998).

Neste sentido, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, (BRASIL, 2012), conceitua o crime de lavagem de dinheiro:

[...] um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita e que se desenvolvem por meio de um processo dinâmico que envolve, teoricamente, três fases independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente.

Já, segundo BALTAZAR JÚNIOR (2009: pág.562), lavagem de dinheiro é "atividade que consiste na desvinculação ou afastamento do dinheiro de sua origem ilícita para que possa ser aproveitado".

A lavagem de dinheiro é considerada um processo que se divide em três etapas, sendo elas: a colocação, ocultação e a integração.

Na primeira etapa chamada colocação, temos o dinheiro sendo inserido no sistema econômico, que tem como objetivo ocultar e distanciar sua origem, desassociando-o com o crime que deu origem a ele.

O autor Mendroni (2006, p. 58) articula que:

Nesta etapa, utilizam-se as atividades comerciais e as instituições financeiras, tanto bancárias, como não bancárias, para introduzir montantes em espécie, geralmente divididos em pequenas somas, no circuito financeiro legal. Na maioria das vezes, o agente criminoso movimenta o dinheiro em países com regras mais permissivas e naqueles que possuem um sistema financeiro liberal [...].

Já a segunda fase é conhecida por *layering*, ou seja, ocultação ou camuflagem, iniciando o mascaramento, tendo está a finalidade de encobrir a origem do dinheiro ilícito, por meio de uma série de transações e conversões complexas, sendo que quanto maior o número de operações, mais difícil será para rastrear a procedência do fato delituoso.

De acordo com o COAF (1999, p. 4), essa segunda fase da lavagem de dinheiro se dará da seguinte maneira:

Ocultação – a segunda etapa do processo consiste em dificultar o rastreamento contábil dos recursos ilícitos. O objetivo é quebrar a cadeia de evidências ante a possibilidade da realização de investigações sobre a origem do dinheiro. Os criminosos buscam movimentá-lo de forma eletrônica, transferindo os ativos para contas anônimas – preferencialmente, em países amparados por lei de sigilo bancário – ou realizando depósitos em contas “fantasmas”.

Por fim temos a terceira etapa, a integração, onde o dinheiro é formalmente reincorporado ao sistema econômico de forma lícita, onde as organizações criminosas investem em empreendimentos que facilitam suas atividades.

Aqui, trazem-se as considerações de Gabriel Habib<sup>20</sup> sobre esta etapa:

Por fim, na integração (integration), agora, com a aparência de lícitos, os valores são formalmente incorporados ao sistema econômico, por meio da criação, aquisição ou do investimento em negócios lícitos, ou compra e bens. Utilizam-se instituições financeiras que movimentam grande volume de dinheiro.

Desta forma, podemos verificar que as etapas supracitadas integram as principais fases que a doutrina entende como partes do processo de lavagem de dinheiro

## **1.2 Fases do Crime de Lavagem de Dinheiro**

No que se refere ao crime de lavagem de dinheiro há três fases, sendo elas: a ocultação, o mascaramento e a fase da integração.

### **1.2.1 Ocultação ou Colocação**

Nessa fase, o intuito é dificultar o rastreio da origem das atividades ilícitas, algo que acontece tendo como instrumento o uso de fraudes contábeis.

Conforme disciplina Rizzo (2016, p. 25), o principal objetivo desta fase é romper as evidências com a origem, impossibilitando as investigações de encontrar a fonte do dinheiro.

Nesse contexto, Loureiro (2020, p.58), leciona que:

A fase de dissimulação visa apagar as origens do bem, tem por objetivo desvincular a coisa da sua proveniência ou fonte. Em regra, isso se dá mediante um complexo de sistema de operações jurídicas e financeiras sucessivas, que permitem o deslocamento ou transferência dos ativos (Ex. depósito do dinheiro e sua transferência para contas do estrangeiro, aquisição de novo bem e retorno dos lucros obtidos).

A ocultação é uma forma de mascarar elevadas quantias em espécie, camuflando a identidade de seus titulares, para não chamarem atenção para grandes somas de dinheiro. Essa ocultação acontece através do fracionamento destas somas, que em suma são separadas em pequenas quantias, com a finalidade de ludibriar o sistema financeiro. Uma vez fracionadas, esse dinheiro é aplicado em atividades como jogos de azar, máquinas de caça-níqueis, bares, hotéis, casas de prostituição etc. Essas aplicações servem para dar cobertura a ilicitude da atividade, fazendo com que o dinheiro circule e aparente um aspecto lícito financeiramente, ademais, outra forma de ocultar é adquirindo bens de consumo, geralmente com dinheiro em espécie, como carros, jatos, casas etc.

### **1.2.2 Mascaramento**

A fase da dissimulação ou mascaramento, consiste na lavagem propriamente dita, que é aquela na qual são realizados diversos negócios, transações ou movimentações financeiras para mascarar a origem ilícita dos capitais e, assim, contribuir ainda mais para

afastar os valores de sua origem espúria e dificultar de sobremaneira o rastreamento dos valores, inviabilizando a trilha do dinheiro.

O ato de esconder bens ou dinheiro de fontes ilícitas ou movimentá-las de forma que seja capaz de enganar a fiscalização é considerado ato de lavagem de capitais, mesmo que o mascaramento venha a se concretizar por meios simples ou complexos, não se exigindo fórmulas rebuscadas na ocultação e/ou dissimulação.

### **1.2.3. Integração**

A fase da integração acontece quando os bens, aparentemente lícitos, são formalmente inseridos ao sistema econômico ou financeiro por meio de negócios lícitos ou na compra de bens, com a falsa aparência de terem procedência lícita e idônea.

Todavia, para que a consumação do delito de lavagem de dinheiro não é necessária que o agente pratique todos os atos do modelo trifásico, bastando que a conduta externada seja voltada à finalidade de conferir aparência lícita a bens, direitos ou valores provenientes da infração penal antecedente.

## **2 Bem Jurídico**

O conceito de bem jurídico, por versar sobre bens que merecem a mais relevante proteção do ordenamento pátrio, não possuir uma definição, precisa acarreta diversas dúvidas como bem apontam Souza (2006, p. 231):

Necessário faz-se deixar de logo fixado que não há, como bem se sabe, um conceito unívoco de bem jurídico. Dada a miríade de formulações definitórias, fixamo-nos, força de sua precisão e capacidade operativa, aquela elaborada por Jescheck: "É tarefa do direito penal proteger bens jurídicos ... estes cifram-se em bens vitais imprescindíveis para a convivência humana em sociedade, por isso devem ser protegidos pelo poder coativo do estado representado pela pena pública.

Conceituar o bem jurídico é essencial para o Direito Penal e conseqüentemente para que se possa efetivar a aplicação da pena, uma vez que esta exerce a função de tutela imprescindível para que os valores não estejam expostos ao dano.

No que concerne ao bem jurídico nos crimes de lavagem de dinheiro, a doutrina não é unânime ao definir qual seria o bem jurídico tutelado, essa controvérsia não é somente no Brasil, mas também entre os estudiosos internacionais.

Segundo Sanchez, esta indefinição se baseia no fato da lavagem de dinheiro estar inserida em um contexto de internacionalização e expansão do Direito Penal.

O crime de lavagem de dinheiro se encontra no rol dos delitos econômicos que lesionam a economia de uma determinada nação, por essa razão seu conceito deve ser definido, determinando assim, qual bem se deve tutelar, para que haja a normalização do sistema financeiro.

Dessa forma, disciplina Rocha Neto:

Uma ordem econômica hígida não é medida apenas por sua capacidade de gerar renda ou emprego, mas, sobretudo, por sua habilidade de reduzir desigualdades sociais e de garantir que os fluxos econômico-financeiros ocorram e se processem de forma efetivamente transparente (ROCHA NETO, 2016, p. 121).

Alguns autores têm o posicionamento de que a dificuldade para a para definir qual seria o bem jurídico da lavagem de dinheiro se dá pelo fato do crime estar tipificado na Lei Especial e não no Código Penal, onde é possível verificar que a maioria dos capítulos, os quais encontram-se divididos em proteção aos bem jurídicos, tendo como exemplo: dos crimes contra a administração da justiça e os crimes contra a administração pública, dentre outros.

Diante o exposto, ressalta-se a importância do debate quanto ao bem jurídico possuir aplicabilidade seja na teoria como na prática penal. Cabendo, como bem pontua o Jurista Rios, onde ressalta que: a análise do bem jurídico possibilita uma melhor definição do "merecimento da pena", onde quanto mais expressivo é o bem jurídico, maior será o merecimento da penal.

Há inúmeras maneiras de praticar os crimes de lavagem de capitais, das quais podemos destacar alguns casos reais:

## **2.1 Aquisição de Imóveis para Desvio de Recursos Públicos**

Para este caso, por exemplo, foram utilizados alguns meios de atividades econômicas como: uma Instituição Pública de Ensino Superior; uma Organização Não Governamental – ONG; o Setor Imobiliário e o Sistema Financeiro Nacional.

Foram realizadas operações tais como transações imobiliárias com aparente aumento ou diminuição injustificada do valor do imóvel; transação imobiliária incompatível com o patrimônio, atividade principal desenvolvida ou capacidade financeira presumida das partes; movimentação incompatível com patrimônio, atividade econômica ou capacidade financeira presumida, como sinais de suspeita da operação, a qual a Instituição

pública de ensino superior cria uma organização não governamental sem fins lucrativos – ONG para apoio universitário, com objetivo de desenvolver estudos e pesquisas.

No caso exemplo, a fundação recebia recursos públicos para seus projetos, recursos esses efetuados pela Instituição de ensino que a criou. Em uma referida data a fundação recebe os recursos da instituição, noutra data próxima, compra imóveis e transfere os recursos para as empresas que venderam os imóveis.

Logo após a Fundação vende os referidos imóveis para a Instituição de Ensino que a criou, por valores muito maiores do que os da compra anterior.

Dessa forma, em uma análise aos registros imobiliários e as características da movimentação financeira, verifica-se que essa negociação foi utilizada como artifício para desvio de recursos públicos recebidos pela Instituição de Ensino.

### **2.1.1. Compra de Imóveis Com Dinheiro Em Espécie Originado Por Tráfico Internacional de Drogas Por Meio de Fraude Cambial**

Aqui os meios de atividades econômicas utilizadas foram: o Setor imobiliário e Escritórios de advocacia.

Neste caso temos um estrangeiro que é preso ao tentar comprar um imóvel avaliado em USD 350.000, sendo feito o pagamento à vista em espécie. Na realidade esse indivíduo é um traficante de drogas que pertencia a uma organização criminosa que foi extinta, e que esse dinheiro seria oriundo do narcotráfico.

O plano era que esse valor em dinheiro deveria ser investido urgente em outros países para dar uma aparência de lícito. Ou seja, o dinheiro estrangeiro sai para o Brasil transportado num barco camuflado de peixes. Havendo muitos envolvidos como cúmplices recebendo cada qual sua comissão para que esse transporte fosse feito com sucesso, até chegar ilegalmente ao Brasil.

Chegando ao Brasil, onde é feita uma solicitação de transferência internacional de uma conta de banco estrangeiro para uma conta de agência bancária brasileira, essa transferência é devidamente comunicada ao Banco Central do Brasil, (de forma fictícia), sendo estornada. Assim o receptor que está com o dinheiro, deposita-o em contas bancárias, e justifica a licitude do dinheiro (alto valor) através da transferência realizada anteriormente, inclusive registra pelo Banco Central (ato fictício).

Assim, o traficante consegue legalizar o dinheiro por meio deste esquema, onde ele é aplicado em compras de bens imóveis que são devidamente registrados em nome de brasileiros envolvidos, utilizando-se para estas negociações, escritórios de advocacias.

Os casos acima relatados trazem exemplos de operações imobiliárias, envolvendo o Cartório de Tabelionato de Notas e Registro de Imóveis, onde são realizados as Vendas e os Registros dos bens imóveis, mostrando assim a relação dos Notários e Registradores com esses tipos de operações e a importância de serem colaboradores no combate ao crime de lavagem de capitais.

### **2.2.1 Terrorismo: conceito e definição - (Lei 13.260/16)**

O terrorismo é um fenômeno que já vem acontecendo ao longo dos anos, nele é utilizada a imposição do medo para se atingir um propósito. Podemos afirmar que o terrorismo é a forma de estratégia empregada por indivíduos com objetivos de cunho econômico, ideológico, político e/ou religioso, que através de atos violentos, aterrorizam a população (SOUZA; MORAES, 2014, p. 15). Nesse sentido, a humanidade conta com ações brutais, sendo assassinatos, explosões e torturas físicas, e outros, praticados em nome de uma causa, representando um flagelo assolando toda a sociedade.

A origem etimológica, anterior ao vocábulo "terrorismo", surgia primeiramente o vocábulo "terror", que provém do francês *terreur*, derivando do latim *terrere*, e que significa assustar (NETO, 2008, p. 16).

De acordo com o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, terrorismo pode ser compreendido como "modo de coagir, ameaçar ou influenciar outras pessoas, ou de impor-lhes a vontade pelo uso sistemático do terror" (FERREIRA, 2010, p. 2032).

Para Gonçalves e Reis (2017, p. 15), o terrorismo é considerado "um método de ação, uma tática ou um estratagema planejado e perpetrado por organizações estruturadas ou por elementos simpáticos à causa e guiados ideologicamente, com o efetivo uso ou a ameaça de uso da violência contra pessoas e bens, em suas maiorias civis, no sentido de coagir sociedades e Estados a cederem a determinados objetivos políticos (ideológicos, religiosos, sociais, corporativos, entre outros)".

O Terrorismo é um fenômeno que, após os atentados de 11 de setembro de 2001, atraiu a atenção mundial, fazendo com que aumentasse o esforço teórico e político para o tratamento internacional do terrorismo. Nesse sentido, cresceu o interesse mundial em regulamentar e reforçar as medidas de prevenção. Ainda não há uma definição exata para o conceito de terrorismo, apesar de inúmeras convenções realizadas acerca do tema. Porém, podem defini-lo de acordo com o Estado ou Instituição Internacional. Brasil (BRANT, 2003, p. 15).

No Brasil, é definido legalmente através da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, que trata em seu artigo 2º o terrorismo como “prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública”. De acordo com o § 1º seriam considerados atos de terrorismo:

I - Usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - Atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa. Lei 13.260, de 16 de março de 2016 (Brasil, 2016).

Conforme informações extraídas do artigo publicado por Manuel Bermejo Fletes sobre o financiamento do terrorismo e a lavagem de dinheiro, entende que:

O financiamento do terrorismo tem como objetivo fornecer fundos para atividades terroristas. Essa arrecadação de capital pode acontecer de diversas formas, entre elas fontes lícitas, tais como doações pessoais e lucros de empresas e organizações de caridade. Também é proveniente de fontes criminosas, como o tráfico de drogas, o contrabando de armas, bens e serviços tomados indevidamente à base da força, fraude, sequestro e extorsão.

A luta contra o financiamento do terrorismo está intimamente ligada com o combate à lavagem de dinheiro já que as técnicas utilizadas para lavar o dinheiro são essencialmente as mesmas utilizadas para ocultar a origem e o destino final do financiamento

terrorista. O objetivo é que as fontes continuem a enviar dinheiro sem serem identificadas.

Portanto, estando à lavagem de dinheiro ligada tecnicamente ao financiamento do terrorismo, compreendemos o motivo pelo qual foram estabelecidas normas para tratá-las em conjunto, através do Provimento 88/2019 do CNJ, indicando os Notários e Registradores, profissionais de serventias extrajudiciais para colaboração ao combate destes crimes.

### **2.2.2. O COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras**

No Brasil o órgão competente para tratamento de informações relevantes à prevenção e fiscalização dos crimes de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo é a UIF – Unidade de Inteligência Financeira, que é o antigo COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Em 2019, a medida provisória nº 893 transferiu o COAF para o BC - Banco Central, que após a mudança administrativa o conselho passou a chamar-se UIF – Unidade de Inteligência Financeira.

O COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras foi criado pelo artigo 14 da Lei 9.613/98 com a finalidade de prevenir e combater a lavagem de dinheiro, podendo, para tanto, receber e examinar comunicações expedidas por instituições financeiras e outras empresas e profissionais sobre os quais pesem o dever de colaboração, com o fim de identificar as ocorrências suspeitas de atividades de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo.

No âmbito do Ministério da Economia, nos termos do artigo 14 da Lei 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro), o COAF (que em razão da medida provisória 893/2019, atualmente atua por UIF - Unidade de Inteligência Financeira) criado com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas que são previstas na referida lei. Nestes termos, em conformidade com os §§ 2º e 3º do artigo 14 desta lei:

§ 2º O COAF deverá, ainda, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores.

§ 3º O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas. Lei 9.613, de 03 de março de 1998 (Brasil, 1998).

A UIF - Unidade de Inteligência Financeira do Brasil, antigo Conselho Nacional de Atividades Financeiras – COAF é composto pelos seguintes representantes: do Banco Central do Brasil - BCB, da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), da Receita Federal do Brasil (RFB), da Agência Brasileira de Inteligência - Abin, do Departamento de Polícia Federal - DPF, do Ministério das Relações Exteriores - MRE, da Controladoria Geral da União - CGU, do Ministério da Previdência Social - MPS e do Ministério da Justiça através do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional - DRCI.

As resoluções expedidas pelo COAF e demais órgãos reguladores tiveram como objetivo, obrigar as diversas instituições a adotarem uma série de medidas na prevenção e combate à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, dentre elas a criação do Provimento 88/2019 pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, o qual será apresentado no tópico seguinte, indicando as serventias extrajudiciais do país, para o auxílio das informações das pessoas envolvidas em atividades suspeitas.

Cabe ao COAF, ainda, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à suspeitas de práticas dos crimes supracitados às autoridades competentes para a persecução criminal.

### **2.2.3. Provimento 88/2019 do CNJ - Conselho Nacional de Justiça**

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em oito (8) de outubro de 2019 publicou a criação do Provimento 88 que dispõe sobre as medidas e procedimentos e institui os Notários e Registradores com mecanismos de controle para atuarem no combate aos crimes de lavagem de dinheiro previsto na Lei 9.613/98 e do financiamento do terrorismo previsto na Lei 13.260/16. O Provimento entrou em vigor no dia 03/02/2020.

A Resolução nº 31 do COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras, e o Provimento 88/2019 do CNJ regulamentam os artigos 9º e 10 da referida Lei 9.613/98, inclusive quando relacionadas ao patrocínio de atividades terroristas.

Em conformidade com o artigo 9º da Lei 9.613/98:

“sujeitam-se às obrigações relativas ao dever de colaboração as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, atividades como serviços de assessoria, consultoria, aconselhamento em operações como compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros. Como

se vê, estas são atividades típicas do notário que, portanto, qualifica-se como "sujeito obrigado".

De acordo com o Provimento 88/2019 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, em seu artigo 2º, a fiscalização será feita pelos seguintes "agentes colaboradores de fiscalização" (denominação dada por Blasco, Tabelião de Notas de São Paulo, pag. 24):

*I - Tabeliães de notas;*

*II - Tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos;*

*III - Tabeliães de protesto de títulos;*

*IV - Oficiais de registro de imóveis;*

*V - Oficiais de registro de títulos e documentos e civis de pessoas jurídicas; § 1º Ficam sujeitos a este Provimento os titulares, interventores e interinos dos serviços notariais e registrais.*

*§ 2º Para os fins deste Provimento, qualquer referência aos notários e registradores considera-se estendida às autoridades consulares com atribuição notarial e registral. (Provimento 88 do CNJ, de 8 de outubro de 2019).*

E ainda em observância as espécies de registros públicos que estão previstas na Lei 8.935 de 18 de novembro de 1994, não são considerados como agentes de fiscalização: o Registrador das Pessoas Naturais e o Registrador de Distribuição. Tendo em vista que "os Registradores de Pessoas Naturais tem função de anotar, centralizar informações de nascimento, casamento e óbito, o que não tem repercussão patrimonial direta, exceto na hipótese de acumulação legal de um serviço notarial ao de registrador civil". (BLASCO, 2019, p. 25).

Já os registradores de Distribuição, "teriam a função de distribuir serviço, função esta que a programação de softwares já absorveu, há algumas décadas (não havendo registradores de distribuição na maior parte dos Estados do País)". (BLASCO, 2019, p. 25).

Conforme informações extraídas do artigo publicado por Yara Costa Torquato e Letícia A. Faria sobre a atuação dos notários e registradores como agentes colaboradores na prevenção aos crimes de PLD/FT, a criação do Provimento 88/2019 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça.

Objetiva claramente a articulação das instituições no combate à criminalidade, a partir da valorização do conhecimento jurídico e

prático do registrador e tabelião, tendo em vista que diversas operações comumente utilizadas para dar aparência de legalidade a recursos obtidos com a prática de infrações penais pelas serventias extrajudiciais.

A inclusão de novos profissionais como os notários e registradores no grupo de pessoas obrigadas a comunicar determinadas operações de seus clientes à UIF- Unidade de Inteligência Financeira (antigo COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras) tem como o objetivo principal aumentar a fiscalização para que os indivíduos envolvidos em esquemas criminosos não encontrem possibilidades de movimentar o dinheiro adquirido de forma ilegal.

Dessa forma, de acordo com o Provimento 88/19 – CNJ, os notários e registradores analisarão mais detalhadamente as ocorrências que se acharem suspeitas, e que estas deverão ser comunicadas ao órgão de prevenção competente o qual irá reavaliar de forma mais aprofundada. Ou seja, o provimento tem a função primordial de fazer com que os notários e registradores enviem essas comunicações, a qual será mais bem definida logo abaixo, para que sejam avaliadas por agentes especializados e tomadas às medidas necessárias.

### **3 Os notários e Registradores Como Agentes Colaboradores de Fiscalização- Função Notarial e Registral**

Os principais regimes jurídicos da atividade Notarial e Registral são a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, o Código de Processo Civil de 2015, a Lei 6.015/1973 – Lei de Registros Públicos, a Lei 8.935/1994 – Lei dos notários e registradores, as Resoluções do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, e os Códigos de Normas da Corregedoria Geral da Justiça de cada Estado.

A Constituição Federal de 1988 nos traz como natureza jurídica das serventias extrajudiciais: são delegatários do Poder Público Estadual, vinculados e subordinados ao controle do Poder Judiciário, ainda que exercendo a atividade em caráter privado.

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. (Constituição Federal, 05 de outubro de 1988).

A estrutura das serventias extrajudiciais no Brasil nos termos da do artigo 5º da Lei 8.935/94 é composta por:

Art. 5º Os titulares de serviços notariais e de registro são os:

I - Tabeliães de notas;

II - Tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos;

III - tabeliães de protesto de títulos;

IV - Oficiais de registro de imóveis;

V - Oficiais de registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas;

VI - Oficiais de registro civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas;

VII - oficiais de registro de distribuição.

Considerando que, dentre estes, conforme determina o artigo 2º do Provimento 88/2019 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ realizarão as fiscalizações em contribuição ao combate dos crimes de lavagem de capitais e financiamento do terrorismo, os seguintes profissionais:

I - Tabeliães de notas;

II - Tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos;

III - Tabeliães de protesto de títulos;

IV - Oficiais de registro de imóveis;

V - Oficiais de registro de títulos e documentos e civis de pessoas jurídicas; § 1º Ficam sujeitos a este Provimento os titulares, interventores e interinos dos serviços notariais e registrais.

§ 2º Para os fins deste Provimento, qualquer referência aos notários e registradores considera-se estendida às autoridades consulares com atribuição notarial e registral. (Provimento 88 do CNJ, de 8 de outubro de 2019).

O Notário visa garantir a autenticidade, a publicidade e a segurança jurídica dos atos que lhes são apresentados, colaborando assim com o desafogamento do poder judiciário a fim de restabelecer a ordem jurídica do Brasil.

Em conformidade com o artigo 6º e 7º da Lei 8.935/94, é atribuição dos notários:

Art. 6º Aos notários compete:

I - Formalizar juridicamente a vontade das partes;

II - Intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;

III - autenticar fatos.

Art. 7º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade:

I - Lavrar escrituras e procurações, públicas;

II - Lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados;

III - lavrar atas notariais;

IV - Reconhecer firmas;

V - Autenticar cópias. (Lei 8.935 de 18 de novembro de 1994).

Na mesma linha, em conformidade com o artigo 12 e 13 da Lei 8.935/94, é atribuição dos registradores:

Art. 12. Aos oficiais de registro de imóveis, de títulos, documentos e civis das pessoas jurídicas, civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas compete a prática dos atos relacionados na legislação pertinente aos registros públicos, de que são incumbidos, independentemente de prévia distribuição, mas sujeitos os oficiais de registro de imóveis e civis das pessoas naturais às normas que definirem as circunscrições geográficas.

Art. 13. Aos oficiais de registro de distribuição compete privativamente:

I - Quando previamente exigida, proceder à distribuição equitativa pelos serviços da mesma natureza, registrando os atos praticados; em caso contrário, registrar as comunicações recebidas dos órgãos e serviços competentes;

II - Efetuar as averbações e os cancelamentos de sua competência;

III - expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis. (Lei 8.935 de 18 de novembro de 1994).

A Lei 8.935/1994 conceitua a atividade Notarial e Registral como:

Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

2º Vetado.

Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

São os princípios da Lei 8.935/1994, a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia: a publicidade que importa na divulgação pública dos atos lavrados em tabelionato ou levados a registro, para que estes produzam efeitos *erga omnes* e perante terceiros, sendo os arquivos cartoriais públicos e acessíveis a qualquer interessado (Artigo 16, Lei 6.015/1973).

Com a autenticidade, o ato notarial ou de registro considera-se autêntico porque provém de uma autoridade delegada pelo Estado, titular de fé pública, gerando uma presunção *juris tantum* de verdade, a partir da prévia análise do cumprimento regular dos critérios formais dos atos submetidos à formalização notarial ou de registro;

Quando se fala em segurança, o controle da legalidade e da fidelidade dos dados lavrados ou registrados visam reduzir, ao máximo, os riscos jurídicos dos negócios privados, significando também a adoção de mecanismos de conservação desses dados, como registro histórico imprescritível (Artigo 24, Lei 6015/73).

Já na Eficácia, os atos privados dependentes de forma notarial ou de registro público somente adquirem eficácia jurídica para a produção dos efeitos legais e validade perante terceiros, depois de realizados os assentamentos respectivos, atribuindo presunção de certeza e de boa-fé desses atos.

### **3.2. Notários e Registradores na Prevenção da Lavagem de Capitais e Financiamento do Terrorismo**

Sobre notários e registradores frente as serventias extrajudiciais, segundo Yara Costa Torquato e Letícia A. Faria, em seu artigo Atuação dos notários e registradores como agentes colaboradores na prevenção aos crimes de PLD/FT, disciplinam que:

Há claro conhecimento do papel desempenhado pelas serventias extrajudiciais como centros capacitados e qualificados na prestação do serviço público de suma importância para a prevenção de litígios e para o desafogo do Poder Judiciário e, agora também, para a colaboração com o Poder Público no combate a crimes que lesam substancialmente toda a sociedade. Há que se lembrar que essa colaboração não é remunerada e depende exclusivamente da estrutura das serventias extrajudiciais.

No que se refere ao objeto da fiscalização, pode-se dizer que são operações ou propostas de operações. Termos esses que são retirados tanto de normas internacionais, como também da Lei nº 6913/1998. É importante frisar que, o objetivo das normas é que elas vêm a se moldar as situações de fato e aos envolvidos, sendo esses dos mais variados ramos e aos quais a norma venha a se aplicar.

Uma vez que a atuação do notário e do registrador se limita ao sentido jurídico formal, por “operações” e para o fim de incidência do Provimento, deve-se entender “atos e negócios jurídicos”. Conforme ressaltado no decorrer do Provimento e demonstrado abaixo, o notário e registrador se restringirão à análise dos atos e negócios jurídicos que praticam ou em que intervêm. Elementos econômicos que não possam ser captados pela via da formalização jurídica ordinária de atos jurídicos (como o efetivo valor praticado pelas partes, que poderiam, em tese, declarar quantia falsa) não serão diretamente analisados.

A definição de “proposta de operações”, de modo similar, deve ser lida como de “proposta de formalização do ato ou negócio jurídico”. Embora se possa cogitar em maior elastério, é difícil não se traçar analogia com a “proposta” de que versa o Código Civil nos artigos 426 a 434. Nestes, a proposta é o ato unilateral que visa à constituição do contrato e dirige-se ao outro polo contratual.

Em relação aos atos jurídicos notariais, como visto, o Provimento é expresso, nos artigos 9, 13 e 33, ao demonstrar que apenas os protocolares são objeto de fiscalização. Isto, porque apenas nele há criação de atos ou negócios jurídicos. Os atos não protocolares (como a autenticação de cópias e o reconhecimento de firma) não são aptos, por si, a criarem negócios jurídicos e, por isso, as etapas para confecção deles são simples e

efêmeras, não permitindo a compreensão do negócio ou ato jurídico que enseja a necessidade da atuação notarial, nem tendo o notário acesso analítico efetivo aos documentos de suporte ao instrumento cujas firmas devam ser reconhecidas.

### **3.2.3. Comunicações à UIF e Elementos de Análise pelo notário e pelo Registrador**

O art. 6 do Provimento nº 88/2019, no que tange ao dever de comunicação, aduz que: “Art. 6º Os notários e registradores comunicarão à Unidade de Inteligência Financeira – UIF, por intermédio do Sistema de Controle de Atividades Financeiras – Siscoaf, quaisquer operações que, por seus elementos objetivos e subjetivos, possam ser consideradas suspeitas de lavagem de dinheiro ou financiamento do terrorismo”.

Nesse sentido, basicamente podem-se dizer que as comunicações se dividem em duas espécies: **as comunicações automáticas e as comunicações de operações suspeitas**. As primeiras estão previstas nos artigos 23, 25, 27 e 36 do citado provimento, vejamos:

**Art. 23.** O tabelião de protesto de títulos e outros documentos de dívida, ou seu oficial de cumprimento, comunicará obrigatoriamente à Unidade de Inteligência Financeira – UIF, independentemente de análise ou de qualquer outra consideração, a ocorrência das seguintes situações:

I - Qualquer operação que envolva o pagamento ou recebimento de valor em espécie, igual ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) ou equivalente em outra moeda, desde que perante o tabelião;

II - Qualquer operação que envolva o pagamento ou recebimento de valor, por meio de título de crédito emitido ao portador, igual ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), desde que perante o tabelião.

**Art. 25.** O oficial de registro de imóveis, ou seu oficial de cumprimento, comunicará obrigatoriamente à Unidade de Inteligência Financeira – UIF, independentemente de análise ou de qualquer outra consideração, a ocorrência das seguintes situações:

I - Registro de transmissões sucessivas do mesmo bem, em período não superior a 6 (seis) meses, se a diferença entre os valores declarados for superior a 50%;

II - Registro de título no qual constem diferenças entre o valor da avaliação fiscal do bem e o valor declarado, ou entre o valor

patrimonial e o valor declarado (superior ou inferior), superiores a 100%;

III - registro de documento ou título em que conste declaração das partes de que foi realizado pagamento em espécie ou título de crédito ao portador de valores igual ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

**Art. 27.** O oficial de registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, ou seu oficial de cumprimento, comunicará obrigatoriamente à Unidade de Inteligência Financeira – UIF, independentemente de análise ou de qualquer outra consideração, as operações que envolvam o pagamento ou recebimento de valor igual ou superior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ou equivalente em outra moeda, inclusive quando se relacionar à compra ou venda de bens móveis e imóveis.

**Art. 36** As operações e propostas de operações nas situações listadas a seguir devem ser comunicadas pelos notários à Unidade de Inteligência Financeira – UIF, independentemente de análise ou de qualquer outra consideração:

I - Qualquer operação que envolva o pagamento ou recebimento de valor em espécie igual ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) ou equivalente em outra moeda, em espécie, inclusive a compra ou venda de bens móveis ou imóveis;

II - Qualquer operação que envolva o pagamento ou recebimento de valor igual ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), por meio de título de crédito emitido ao portador, inclusive a compra ou venda de bens móveis ou imóveis;

III - qualquer das hipóteses previstas em resolução da Unidade de Inteligência Financeira – UIF que disponha sobre procedimentos a serem observados pelas pessoas físicas e jurídicas por ela reguladas relativamente a operações ou propostas de operações ligadas ao terrorismo ou seu financiamento;

IV - Qualquer operação ou conjunto de operações relativas a bens móveis de luxo ou alto valor, assim considerados os de valor igual ou

superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), ou equivalente em outra moeda;

V - Todas as situações listadas no art. 25 do presente Provimento, quando realizadas por escritura pública; e

VI - Outras situações designadas em instruções complementares a este Provimento.

No que se refere as atividades notarial e de registro, existe a obrigatoriedade de comunicação de determinados atos, como podemos verificar à cima, essa comunicação precisa ser feita a diferentes órgãos públicos do nosso dia a dia. Em suma, de acordo com a legislação pátria, todas as entidades estão e são obrigadas a fornecer dados e estabelecer comunicação de operações ao sistema do COAF.

De acordo com os arts. 13 e 37 do provimento, notários e registradores estão obrigados por cinco anos, a manter o registro eletrônico relativos aos atos notoriais protocolares e registrais, que deverá conter os seguintes dados tidos como essenciais, vejamos:

- a) Identificação do cliente;
- b) Descrição pormenorizada da operação;
- c) Valor da avaliação para fins de incidência tributária;
- d) Data da operação;
- e) Valor da operação o qual fora declarado;
- f) Forma declarada de pagamento declarada pelas partes;
- g) O meio de pagamento declarado pelas partes;
- h) E outras informações que o notário e o registrador entender que são pertinentes em vista de outros documentos disponíveis.

Os dados tidos como essenciais não serão extraídos de elementos que sejam considerados suspeitos, mas de todos os atos notariais e registrais. Ademais, é importante ressaltar que tanto notários quanto registradores não enviarão de forma automática as cópias de forma integral sejam elas, atos lavrados ou registrados. Esse envio será feito apenas quando lhe forem solicitados, tanto pela UIF quanto por outros órgãos públicos que estejam habilitados.

As comunicações por lei devem mantidas em sigilo absoluto; ou seja, o notário e o registrador são expressamente proibidos de avisarem a qualquer parte ou terceiros das comunicações que fizerem ou deixarem de fazer. Apenas o CNJ, por meio da forma regulamentada, poderá ter acesso ao fato das comunicações realizadas.

Os notários e registradores têm o dever de prestar informação clara e de assessorar juridicamente qualquer usuário que se lhe apresente. Nesse sentido, é esperado que os notários e registradores alertem seus clientes de que, a partir de fevereiro de 2020, serão agentes colaboradores da fiscalização de prevenção de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo.

Por outro giro, como dito, o artigo 18 veda taxativamente que notários e registradores informem quaisquer pessoas, em especial as próprias partes, sobre eventual comunicação à UIF de um ato específico

#### **4 Conclusão**

O presente trabalho buscou analisar a importante contribuição que tem a atividade de notários e registradores que fazem parte do sistema nacional de prevenção e combate aos crimes de lavagem de capitais.

Assim, destacamos o quão imprescindível é colaboração que os responsáveis pelas serventias extrajudiciais, ramo esse de substancial importância, possuem no que tange a prevenção e repressão dos crimes supracitados.

Levando em consideração o fato de notários e registradores, são particulares com alto índice de colaboração para com o Estado, e contam com conhecimento teórico e prático para auxiliar no propósito específico desta norma, é de grande relevância destacar que o referido provimento não se aplica somente aos notários e registradores, mas também aos interinos e interventores, que atuam com os mesmos assumindo responsabilidades nas serventias dando prosseguimento ao cumprimento dessa norma.

Faz-se necessário dizer que, assim como todos, em especial os usuários das serventias extrajudiciais, tenham conhecimento de que medidas vêm sendo tomadas e que cada vez mais órgãos estão sendo cobrados para fazerem parte dessa prevenção de crimes de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo.

Dessa forma, a presente pesquisa teve a finalidade de elencar o objetivo do Provimento 88/19 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, bem como abordar a função dos notários e registradores em relação à contribuição com o Estado e a Federação no que diz respeito aos crimes de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, elencando

assuntos como: quais são os elementos, o objeto e qual o alcance dessa fiscalização? Quais as pessoas a serem fiscalizadas. Como serão realizadas as comunicações e quais os dados que serão fornecidos para a UIF – Unidade de Inteligência Financeira.

Diante do exposto, verifica-se que diante do sistema vigente de combate à lavagem de dinheiro, caso houvesse uma colaboração sistêmica e organizada, e institucionalizada dos notários e registradores que atuam em todo o país.

As conexões entre órgãos de controle e repressão à lavagem de dinheiro com as instituições notariais e de registro traz ganhos significativos para a efetividade do combate as atividades ilícitas e traz maior transparência para os atos notariais e de registro, com reflexos no âmbito social e econômica, tendo como maior beneficiário toda a sociedade.

## 5 Referências

BLASCO, Fernando Domingues Carvalho. **Manual notarial e registral de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo**. São Paulo, 2019. Disponível em: [https://cartorioblasco.com.br/Content/publicacoes/Manual\\_Notarial\\_e\\_Registral\\_de\\_Prevencao\\_a\\_Lavagem\\_de\\_Dinheiro\\_e\\_ao\\_Financiamento\\_do\\_Terrorismo.pdf](https://cartorioblasco.com.br/Content/publicacoes/Manual_Notarial_e_Registral_de_Prevencao_a_Lavagem_de_Dinheiro_e_ao_Financiamento_do_Terrorismo.pdf). Acessado em 25 Abr. 2021.

BRASIL. **LEI Nº 8.935, DE 18 DE NOVEMBRO DE 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal/88, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm). Acesso em 23 Mai. 2021.

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. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm). Acesso em 25 abr. 2021.

BRASIL. **PROVIMENTO N.º 88, DE 1º DE OUTUBRO DE 2019**. Dispõe sobre a política, os procedimentos e os controles a serem adotados pelos notários e registradores visando à prevenção dos crimes de lavagem de dinheiro, previstos na Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, e do financiamento do terrorismo, previsto na Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016, e dá outras providências. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/10/Provimento-n.-88.pdf>. Acesso em 25 Abr. 2021.

COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras / Ministério da Fazenda, BRASÍLIA, julho, 2016. **CASOS & CASOS, Coletânea de Casos Brasileiros de Lavagem de Dinheiro**,

Consolidação das coletâneas I, II e III, ampliada e atualizada, julho de 2016, páginas 30,31, 58 e 59.

CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS – COAF. Cartilha lavagem de dinheiro: um problema mundial. Brasília: **COAF**, 1999. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes>. Acesso em 05 Set. 2021.

CONSERINO, Cassio Roberto; (Coord.) VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho; MAGNO, Levy Emanuel. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010. 2272 p.

FUMAUX, Anderson. **Contabilidade como ferramenta de prevenção a lavagem de dinheiro**. CRCRJ – Conselho Regional de Contabilidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 06 de maio de 2019, páginas 09 e 10.

GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GONÇALVES, Joannisval Brito; REIS, Marcus Vinícius. **Terrorismo: conhecimento e combate**. 1. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. 17 p.

HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais** – Tomo I. Bahia: Editora Juspodvm, 6a ed., 2014.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais/Luiz Guilherme Loureiro**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIM, 2020.

MENDRONI, Marcelo. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2006.

NETO, José Cretella. **Terrorismo Internacional: inimigo sem rosto – combatente sem pátria**. Campinas, SP: Millenium Editora, 2008. p.16.

RIOS, Rodrigo Sanchez. Disponível em: < <http://iappr.org.br/site/no-iap-jurista-aborda-importancia-do-bemjuridico-na-teoria-e-na-pratica-do-direito-penal/> > Acesso em: 28/10/2021.

SOUZA, André de M.; NASSER, Reginaldo M.; MORAES, Rodrigo F. de (Org.). **Do 11 de setembro à guerra ao terror: reflexões sobre o terrorismo no século XXI**. Brasília: Ipea, 2014. P. 15.

TORQUATO, Yara Costa; FARIA, Letícia A. **Atuação dos notários e registradores como agentes colaboradores na prevenção aos crimes de lavagem de dinheiro e de**

**financiamento**                      **ao**                      **terrorismo** (PLD/FT).                      Disponível  
em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/338783/atuacao-dos-notarios-e-registradores-como-agentes-colaboradores-na-prevencao-aos-crimes-de-lavagem-de-dinheiro-e-de-financiamento-ao-terrorismo--pld-ft>. Acesso em: 25 Mar. 2021.

---

[1] Mestre em Direitos Humanos pela UNIR e Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Dom Alberto.

## **UMA ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DA CRIAÇÃO DE HOSPITAL PÚBLICO VETERINÁRIO COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA SOCIOAMBIENTAL**

**MILTON OLIVEIRA DA SILVA JÚNIOR:**  
bacharelado no curso de Direito no Centro  
Universitário Fametro, Manaus AM<sup>17</sup>.

**RESUMO:** O objetivo desta pesquisa foi o de debater a respeito da concretização de uma política socioambiental através da criação de um hospital veterinário público. A criação de hospitais veterinários públicos pode se justificar na natureza jurídica do bem ambiental, uma vez que a Constituição Federal determina que é obrigação de todos a manutenção ao meio ambiente. Sendo este um direito difuso, o Estado tem obrigação de agir, com o objetivo de propiciar a melhor qualidade de vida aos animais de rua e aos animais de famílias de baixa renda, possibilitando que o tratamento adequado de saúde possa ser aplicado a estes animais. O atendimento dos hospitais públicos veterinários é comprovadamente maior entre o público de baixa renda. Dessa maneira, ao invés de fazer com que estes animais sejam abandonados por seus tutores - tutores esses que não tem condições de arcar com inúmeros gastos referentes à saúde daquele animal - o Poder Público, ao implantar o Hospital Veterinário Público, faz com que o abandono de animais seja muito menor. Concluiu-se que apesar de a população manauara concordar com a criação de hospital veterinário público – comprovado através de pesquisa com a população – e da possibilidade de o Poder Público ter gastos mínimos com a manutenção do Hospital Veterinário Público, até o presente momento não foi possível a sua realização, de maneira que a população manauara continua padecendo com a falta de um local que possa proporcionar aos animais o tratamento digno.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hospital Veterinário. Política Socioambiental. Meio Ambiente.

**ABSTRACT:** The objective of this research was to debate about the implementation of a socio-environmental policy through the creation of a public veterinary hospital. The creation of public veterinary hospitals can be justified in the legal nature of the environmental good, since the Federal Constitution determines that it is obligation to maintain the environment. As this is a diffused right, the State has an obligation to act, with the objective of providing the best quality of life to stray animals and animals from low-income families, enabling the proper health treatment to be applied to these animals. The service provided by public veterinary hospitals is demonstrably greater among the low-income public. Thus, instead of having these animals abandoned by their guardians-guardians who are unable to bear numerous expenses related to the health of that animal-

---

<sup>17</sup> E-mail: m.jr.olive@gmail.com

the Public Authority, by implementing the Public Veterinary Hospital, causes the abandonment of animals is much smaller. It was concluded that although the population of Manaus agrees with the creation of a public veterinary hospital-proven through research with the population-and the possibility that the Public Power has minimal expenses with the maintenance of the Public Veterinary Hospital, so far it has not been possible, so that the manauara population continues to suffer from the lack of a place that can provide the animals with a dignified treatment.

**KEYWORDS:** Veterinary Hospital. Social and Environmental Policy. Environment.

## **INTRODUÇÃO**

Os animais não humanos, assim como os seres humanos, também são seres sencientes, que sentem dores, são acometidos por doenças e, além disso, podem transmitir doenças a diferentes animais, como os seres humanos.

Ocorre que, para o melhor tratamento destes animais, é necessário de acompanhamento médico especializado, o que muitas vezes é inviável a famílias de baixa renda – uma vez que não tem dinheiro suficiente a sua subsistência algumas vezes, tais gastos com saúde de seus animais são facilmente deixados de lado.

Tal justificativa é plausível e, por esse motivo, o Poder Público deve viabilizar a criação de hospitais veterinários, uma vez que o investimento em saúde destes animais influenciará diretamente na diminuição de zoonoses que acometem os seres humanos. Tem-se, deste modo, explicada a importância da presente pesquisa.

A criação de hospitais veterinários públicos pode se justificar na natureza jurídica do bem ambiental, uma vez que a Constituição Federal determina que é obrigação de todos a manutenção ao meio ambiente. Sendo este um direito difuso, o Estado tem obrigação de agir, com o objetivo de propiciar a melhor qualidade de vida aos animais de rua e aos animais de famílias de baixa renda, possibilitando que o tratamento adequado de saúde possa ser aplicado a estes animais,

Esta pesquisa busca contribuir com a resposta sobre a necessidade de criação ou não de hospital público veterinário para a cidade de Manaus. O problema é recente, não tendo muitas regulamentações sobre o tema no país, sendo o único Estado a adotar a presença de um hospital público veterinário o Estado de São Paulo.

## **1 O BEM AMBIENTAL – NATUREZA JURÍDICA E CONSTITUCIONAL**

O artigo 225 da Constituição Federal dispõe que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia

qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Desta forma, o legislador constituinte quis proteger seus administrados de condutas que poderiam ser lesivas a este patrimônio difuso, o bem ambiental. O bem ambiental é defendido por Vasconcelos (2015) como de grande relevância no meio jurídico pátrio:

O “bem ambiental” passou a assumir grande relevância no meio jurídico, com o surgimento de diversas doutrinas, já que a nossa Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, CRFB/88, em seu artigo 225, considerou como direito de todos poderem ter direito a um meio ambiente saudável.

O conceito de bem ambiental merece algumas considerações. Vasconcelos (2015) traz que o conceito de bem ambiental mais aceito pela doutrina é aquele que entende que o considera como bem difuso aquele que não é nem privado nem público, uma vez que pertence a coletividade. Desta forma, seria então um terceiro tipo de bem, diferente da tutela dos outros dois tipos de direito – público ou privado – uma vez que a tutela do bem ambiental diz respeito não somente ao Poder Público, mas a todos, ou seja, o Poder público e a coletividade:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo, afirma que o “bem ambiental” deve ser considerado um bem difuso, não sendo nem público e nem particular. Ele afirma isso alegando que a própria Constituição diz que o “bem ambiental” pertence a todos, assim como a tutela dele compete tanto ao Poder Público quanto à coletividade. Sua posição acabou recebendo grande adesão da por parte da doutrina. *In verbis*:

“O art. 225 da Constituição Federal reitera-se, ao estabelecer a existência jurídica de um bem que se estrutura como de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, configurou nova realidade jurídica, disciplinando bem que não é público, nem muito menos, particular.

Esse dispositivo fixa a existência de uma norma vinculada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reafirmando, ainda, que todos são titulares desse direito. Não se reporta a uma pessoa individualmente concebida, mas sim a uma coletividade de pessoas indefinidas, o que demarca um critério transindividual, em que não se determinam, de forma rigorosa, os titulares do direito.

O bem ambiental é, portanto, um bem de uso comum do povo, podendo ser desfrutado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais, e, ainda, um bem essencial à qualidade de vida. “Devemos frisar que uma vida saudável reclama a satisfação dos fundamentos democráticos de nossa Constituição Federal, entre eles, o da dignidade da pessoa humana, conforme dispõe o artigo 1º, III”.

Como direito difuso, o bem ambiental tem diversas implicações na vida da coletividade e, caso seja fragilizado, trará sérias consequências a vida humana no país e no mundo. Tais consequências podem ser vistas no dia a dia de todos: a economia e a saúde pública podem ser citadas como potenciais áreas mais afetadas por sua fragilização.

Birnfeld (2011) defende que o direito ao meio ambiente deve ser interpretado de forma sistêmica, uma vez que o meio ambiente é definido pela inter-relação homem-natureza-sociedade e que, desta forma, o homem depende da natureza e é atingido por danos ambientais a ela causados. Além disso, como o Estado brasileiro adota a posição do antropocentrismo alargado (ou moderado), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem status de direito humano fundamental:

O conceito legal é sistêmico porque sinaliza o meio ambiente como uma unidade formada por inter-relações entre o Homem, a natureza original, a artificial e os bens culturais, de forma interdependente. O Homem depende da natureza e é atingido por qualquer dano ambiental.

O conceito legal adota o que se chama de antropocentrismo alargado, em que o Homem é não só parte da natureza, mas também sua figura central, o que se confirma na Constituição Federal, que dá ao meio ambiente ecologicamente equilibrado o status de direito humano fundamental.

Uma vez que os animais não humanos figuram na relação homem-natureza-sociedade como parte integrante desta, Almeida (2013) entende que a própria natureza difusa do bem ambiental faz com que haja a necessidade de defesa animal:

Dentre os princípios gerais do direito ambiental que norteiam a proteção jurídica dos animais, podemos encontrar, ainda, o princípio da participação comunitária, que é semelhante ao princípio da cooperação, pois pressupõe que o Estado e a sociedade devem andar juntos na defesa dos interesses ambientais, no desenvolvimento de uma política ambiental adequada. É o que podemos extrair do pensamento de Édis Milaré De fato, é fundamental o envolvimento

do cidadão no equacionamento e implementação da política ambiental, dado que o sucesso desta supõe que todas as categorias da população e todas as forças sociais, conscientes, de suas responsabilidades, contribuam à proteção e melhoria do ambiente, que, afinal é bem e direito de todos.

Segundo Rodrigues, Miranda e Corrêa (2020), por muitos anos a vida e o bem-estar ambiental foram tratadas com descaso. A partir da consolidação do debate acerca da necessidade de manutenção de políticas ambientais, a legislação de proteção aos animais foi se tornando cada vez mais presente no Direito brasileiro:

A preocupação com o bem-estar animal durante muito tempo foi um tema tratado com descaso. No entanto, frente à crescente necessidade de estabelecer práticas de sustentabilidade ambiental e ecológica, a tutela jurídica do animal foi se tornando presente no quadro das preocupações e tendências contemporâneas, de modo que as discussões relativas ao tema se tornaram imprescindíveis.

No mesmo sentido, conforme se verifica no artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, os animais são protegidos pelo Estado, sendo vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, o submetam a crueldade ou mesmo que lhes provoquem a extinção:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Desta maneira, existe a necessidade da discussão a respeito de políticas que possam promover o bem-estar animal para que, indiretamente, haja o bem-estar humano e consequente diminuição e controle de zoonoses.

Isso porque, segundo Abrahão (2020), é sabido que os animais não humanos também padecem com doenças dos mais variados tipos, sendo elas não tão somente zoonoses, mas também infecções e outros tipos de doenças. O que ocorre, no entanto, é que proprietários de baixa renda não possam procurar por atendimento médico-veterinário especializados, provocando sofrimento no animal:

Assim como os seres humanos, os animais também sofrem de doenças como virose, infecções, fraturas, alergias e etc. Sem condições financeiras, os proprietários que possuem baixa renda não procuram um atendimento especializado e por muitas vezes arranjam soluções caseiras, que não oferecem nenhum resultado. Fazendo assim que o sofrimento seja dobrado, por conta do animal que segue sem tratamento adequado e o sofrimento dos seus familiares que veem seus animais gravemente doente e não podendo proporcionar um tratamento.

Segundo a Agência de Notícias de Direitos Animais (ANDA, 2013, n.p), havia um contingente de 80 mil animais abandonados nas ruas da cidade, que acabam sendo responsáveis pela transmissão de doenças como vermes intestinais e sarna, por exemplo:

Mais de 80 mil animais estão soltos pelas ruas de Manaus. Segundo o Centro de Controle de Zoonoses (CCZ), eles são responsáveis pelas doenças mais comuns na população como vermes intestinais e sarna enquanto o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) aponta que, nos últimos anos, houve um aumento de 17,6% no número de cães e gatos no Brasil

O tratamento adequado a tais animais poderia ser a solução para a diminuição de tais doenças na cidade, haja vista que se os animais que atuam como vetores estiverem livres destas zoonoses, não mais passarão aos humanos e tais doenças não serão colocadas como planejamento necessário a saúde pública humana na mesma intensidade que antes eram postas.

Na cidade de Manaus, Souza (2012) aponta que, em pesquisa realizada por jornal de grande circulação da capital, a maioria dos votantes é a favor da criação de hospital veterinário na capital e em outras cidades do país:

Muitas pessoas são a favor da criação de hospitais públicos veterinários para o atendimento de animais doentes. O primeiro do país foi criado recentemente no bairro do Tatuapé, Zona Leste de São Paulo. Lá são oferecidos tratamentos variados para os bichos que necessitam de cuidados especiais. Mas, essa questão divide opiniões

da população e de profissionais, que julgam a necessidade de haver cautela nessa discussão.

Em uma enquete realizada entre os dias 27/07 e 3/08 pelo Portal [acritica.com](http://acritica.com), a maioria dos internautas votou a favor da criação de hospitais veterinários públicos para atendimento de animais nas cidades do Brasil.

Segundo Brasília Ambiental (2019, n.p), a criação de hospitais veterinários nas cidades brasileiras se justifica, uma vez que tal estratégia visa incentivar que a saúde possa ser compartilhada por humanos, animais e meio ambiente. A superlotação de animais não é problema unicamente manauara, sendo também presente no Distrito Federal, segundo dados levantados pela agência:

A instalação de um Hospital Veterinário Público (HVEP) se baseia em uma estratégia que visa compreender e resolver os problemas contemporâneos de saúde criados pela convergência humana, animal e ambiental, conceito conhecido como "Saúde Única". Esta abordagem vem incentivar a atuação conjunta para atingir saúde ótima para as pessoas, animais e do ambiente. De acordo com os dados disponibilizados pelo IBGE em 2013 o número estimado de cães e gatos domiciliados do Distrito Federal é de 629.267, sendo 507.170 cães e 122.097 gatos, com uma proporção de 5,52 pessoa/cão e 22,4 pessoas/gatos.

Assegura-se, ainda, que os animais domésticos devem ser tutelados pelo Estado, sendo sua proteção assegurada por meio do artigo 225 da Constituição Federal e do artigo 32 da Lei n. 9605/1998 (Lei de Crimes Ambientais):

Por fim, os animais domésticos são tutelados pelo Estado, e sua proteção é assegurada pelo artigo 225 da Constituição Federal, assim como pelo artigo 32, da Lei de Crimes Ambientais (nº 9.605/1998). Ainda, a Lei Distrital nº 4.060/2007 estabelece em seu artigo 3º, inciso V, que é considerado maus-tratos deixar de prestar assistência veterinária a animal doente, ferido, extenuado ou mutilado. Logo, a disponibilidade de serviços públicos veterinários é essencial, tendo com principal objetivo o atendimento com dignidade e respeito, de modo gratuito e universal. (BRASILIA AMBIENTAL, 2019, n. p)

## **2 ANIMAIS NÃO HUMANOS E SUA PROTEÇÃO LEGAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL PÁTRIO**

Um dos deveres estabelecidos a todos os cidadãos na Constituição Federal é garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerando-o como bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Dessa maneira, a Constituição de 1988 considera os animais não humanos como necessários à esta manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Os animais são necessários para a manutenção da vida humana e, dessa maneira, é enganoso e desnecessário achar que se pode tratar destes seres com crueldade ou violência.

Segundo Barros e Silveira (2015, p. 120) os Estados começaram a se mobilizar a respeito da necessidade de proteção dos animais não humanos a partir da Conferência de Estocolmo:

A partir da conscientização dos Estados acerca da proteção do meio ambiente, evidenciada a partir da Conferência de Estocolmo em 1972, seguida pela Convenção do Rio em 19924 e pelas subsequentes, passou-se também a inserir a proteção do meio ambiente nas Constituições, como forma de garantia da Lei Maior e maior controle sobre os riscos.No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar expressamente do meio ambiente, sendo que as anteriores, desde 1946, apenas tratavam da proteção da saúde e da competência da União para legislar sobre água, florestas, caça e pesca, o que possibilitou a elaboração de leis protetivas, como o antigo Código Florestal revogado em 2012, e os Códigos de Saúde Pública, de Água, da Pesca, (SILVA, 2013, p. 49) da Caça e a lei de proteção à fauna.A Constituição Federal brasileira de 1988 tem o núcleo da proteção ambiental no artigo 225, o qual traz o meio ambiente em sua dupla dimensionalidade, ou seja, como dever do Estado e da coletividade e como direito subjetivo individual, trazendo um antropocentrismo alargado (LEITE; AYALA, 2014), pois, apesar de

ter como centro da proteção ambiental a garantia da dignidade humana, nega a visão econômica do meio ambiente

A própria Carta Magna proíbe que os animais sejam tratados de maneira considerada cruel e proíbe práticas que coloquem em risco a fauna e a flora:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

**VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)**

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

**§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.**

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. (Regulamento) (Regulamento)

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 96, de 2017)

Dessa maneira, o legislador exige que a utilização dos animais não humanos seja feita de maneira necessária e veda qualquer atividade que cause extermínio nas espécies ou que possa ser considerada como cruel.

É importante trazer a seguinte reflexão: é possível recuperar as formas de vida animais após constantes ataques a sua existência? Apenas a flora pode ser recuperada por

meios artificiais, como é o caso do reflorestamento. E não são nem em todos os casos que a flora pode ser reflorestada.

Quando se extingue uma espécie, não se pode introduzi-la ou recriá-la no meio ambiente, haja vista a falta de possibilidades biológicas e a própria limitação da ciência. Assim, verifica-se o motivo de a natureza necessitar da conservação e preservação da flora.

Segundo Medeiros, Weingartner Neto e Petterle (2016, p. 61), o Direito Ambiental brasileiro possui uma das legislações mais avançadas no que diz respeito a denominação de conceitos importantes, tais como a conceituação legal do Meio ambiente. A partir da Política Nacional do Meio Ambiente, por exemplo, se introduziu uma nova maneira de pensar e interpretar a legislação brasileira até então vigente dentro do contexto do direito ambiental:

É incontestável o avanço apresentado pela área de Direito Ambiental, em suas múltiplas ilações, para a promoção de uma qualidade coletiva de vida digna na sociedade brasileira. Desde a publicação da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA (Lei n.º 6.938/81), conhecida como Código do Meio Ambiente em face da sua relevância para a força da proteção jurídica no Brasil, que se aponta o olhar para uma outra forma de proteção ambiental que não reducionista a proteção do homem. A PNMA recebeu a incumbência de estabelecer um conceito legal para o ambiente (mesmo que, hoje, sujeito a críticas por ser pouco abrangente) introduziu uma nova maneira de se interpretar a legislação brasileira na seara ambiental. Até então, com poucas e raríssimas exceções, com uma pegada antropocêntrica radical fortemente arraigada, ousa e insere um dispositivo aberto – direcionando para o que a doutrina especializada veio a nominar de um antropocentrismo moderado (LEITE, 2003). O inciso I, do artigo 3º da PNMA conceitua ambiente como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Dessa forma, como se coloca o conceito, inauguram uma fase vanguardista para o Direito brasileiro, afirmando que a proteção do ambiente se dá para todas as formas de vida e não somente para a vida humana. Paradoxalmente, no que tange à matéria ambiental, essa disposição para se introjetar uma proteção da vida como um todo, ou mesmo pensar uma dignidade da vida (ou uma dignidade ecológica) é ainda dispersa e, por vezes, até mesmo contraditória, o que dificulta, senão inviabiliza tanto a proteção do

meio ambiente quanto o seu entendimento a uma vida sustentável, defendidas seja pelos cidadãos, seja pelo próprio poder público.

Assim, dada a importância constitucional e infraconstitucional da proteção à flora – mais especificamente, aos animais não humanos – e contextualizando com o tema do presente trabalho, abordaremos a respeito da criação de um hospital público veterinário como uma maneira de concretizar política socioambiental.

### **3 A CRIAÇÃO DE HOSPITAL PÚBLICO VETERINÁRIO COMO POLÍTICA SOCIOAMBIENTAL**

O hospital público veterinário, quando implantado, é política socioambiental. Trata-se de política socioambiental, pois, uma vez que se tem por objetivo tratar de animais domésticos - geralmente de pessoas de baixa renda – evita-se, assim, o alastramento de doenças que podem ser passadas de animais a humanos, também conhecidos como zoonoses.

Novo (2019, p.20) define a responsabilidade socioambiental como aquela que a empresa ou organização tem obrigações com a sociedade e o meio ambiente, além das responsabilidades “normais”, ou seja, com a lei e econômicas:

Responsabilidade socioambiental é a responsabilidade que uma empresa, ou organização tem com a sociedade e com o meio ambiente além das obrigações legais e econômicas.

Refere-se aos problemas e processos sociais, tendo em conta sua relação com o meio ambiente: desenvolvimento socioambiental. Relação da sociedade com o meio ambiente. Responsabilidade dos indivíduos por suas ações que afetam o ambiente.

As principais vantagens das empresas e organizações em aderirem à sustentabilidade é o desenvolvimento da responsabilidade socioambiental, que reúne atitude e iniciativa quanto aos impactos ambientais, além de tornar a empresa mais competitiva no mercado. Empresas que levam a sério o conceito da sustentabilidade garantem maior credibilidade social e imagem positiva na sociedade.

Dessa maneira, a política socioambiental pode ser entendida como uma política que dizem respeito ao meio ambiente e à sociedade, que tem por objetivo trabalhar no desenvolvimento sustentável e possibilitar a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, defendido pela Constituição Federal de 1988, por meio do artigo 225, caput.

Poucas cidades têm hospitais veterinários públicos no país. Muitos debates políticos são feitos a respeito do gasto que os referidos hospitais teriam para os cofres públicos.

É preciso pensar, no entanto, que a inauguração de hospitais veterinários públicos são uma política de saúde única, defendida por Silva (2020, p.5) como uma prática amparada pela Organização Mundial de Saúde, Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e outros órgãos internacionais. Assim, haveria Unidades de Vigilância em Zoonoses (UVZ) que seriam integrados ao Sistema Único de Saúde, com o objetivo de controlar e prevenir acidentes e zoonoses causados por animais. Ocorre que atualmente as referidas Unidades de Vigilância em Zoonoses não tem estrutura suficiente para o atendimento das necessidades, haja vista que as estruturas se encontram incompletas em algumas regiões:

Amparada pela Organização Mundial de Saúde Animal (OIE), Organização Mundial de Saúde (OMS), Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO) e Fundo das Nações Unidas para infância (UNICEF), a idéia de medicina única defende que os humanos não vivem isolados, mas fazem parte de um ecossistema vivo e possuem conexões entre si. A idéia permeia a implementação de Unidades de Vigilância de Zoonoses (UVZ) integrados ao Sistema Único de Saúde (SUS) com o objetivo de, segundo o Ministério da Saúde: "Realizar ações, atividades e estratégias de vigilância, de prevenção, de controle de zoonoses e de acidentes causados por animais peçonhentos e venenosos, de relevância para a saúde pública." Porém a prática diverge dos conceitos teóricos e várias UVZ's estão em estado precário com atendimento insatisfatório e incompleto, com infraestrutura comprometida em algumas regiões. O que deveria ser um direito básico de acesso a saúde e bem estar se complica com a ausência de Hospitais de atendimento público com preços acessíveis a população de baixa renda. A demanda por atendimento acessível de qualidade justifica a iniciativa de implementar um Hospital Veterinário Público em Goiânia a fim de oferecer serviços com menor custo, equipe técnica de qualidade e infraestrutura para atender os animais abandonados.

Dessa maneira, é preciso pensar em uma maneira de o Poder Público conseguir

O caso da inauguração do hospital público veterinário de Belo Horizonte foi um exemplo da possibilidade de o Poder Público e a iniciativa privada trabalharem juntos para a manutenção de uma política socioambiental.

Segundo Ronan (2018, n.p), a Prefeitura de Belo Horizonte contou com parcerias público-privadas na realização do atendimento no hospital com instituições de ensino, o que significa que as faculdades de veterinária ofereceriam a mão de obra especializada necessária para o funcionamento do hospital, e o hospital funcionariam como um espaço de aprendizagem:

A idéia inicial é que a prefeitura não arque com custo algum e opte por parceiras público-privadas (PPPs) com instituições de ensino. Dessa maneira, enquanto a prefeitura oferece um espaço de aprendizado, as faculdades oferecem mão de obra especializada – como um estágio. Entretanto, a maioria dos profissionais deslocados, segundo a PBH, virá da Associação Nacional de Clínicos Veterinários de Pequenos Animais (Anclivepa).

De acordo com o vice-presidente da Anclivepa, Aldair Júnio Woyames Pinto, o hospital não vai interferir na iniciativa privada ligada ao setor. “Nossa função será trabalhar de maneira técnica, vinculado às instituições de ensino, sem prejudicar a profissão e o conceito mercadológico dentro de Belo Horizonte, na tentativa de resolver o problema daquelas pessoas que têm animais, mas não têm condições financeiras de arcar com os tratamentos”, afirmou.

No caso em tela, com a instauração de um hospital público veterinário, o Estado e a iniciativa privada concretizam uma política socioambiental, uma vez que as famílias atendidas pelo Hospital Veterinário Público são pessoas de baixa renda, ou seja, pessoas que não tem condições para pagar uma consulta ou cirurgia veterinária.

Segundo a Agência Brasília (2020, n.p), existe uma efetividade grande em políticas públicas voltadas as camadas da população menos favorecidas economicamente:

A maior parte dos tutores de animais atendidos pelo Hospital Veterinário Público (Hvpe) tem renda familiar de no máximo R\$ 3 mil. Esse dado, levantado por meio de pesquisa do Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas (FGV), revela a efetividade das políticas públicas do GDF voltadas às camadas da população menos favorecidas economicamente.

Apresentados pelo Instituto Brasília Ambiental (Ibram), os dados dessa pesquisa refletem o resultado de sondagem inédita realizada entre 197 frequentadores do Hvpe, entrevistados pela equipe de gestão e monitoramento da unidade hospitalar.

Não há apenas o caso do Hospital Público de Belo Horizonte em funcionamento. No Distrito Federal isso também foi possível, tendo seu funcionamento feito a partir de agendamento para consultas e exames (G1 DF).

Dessa maneira, passa-se a conclusão do presente trabalho, considerando todos os dados aqui obtidos e o debate acerca da criação do hospital público veterinário como maneira de concretizar uma política de cunho socioambiental.

## **CONCLUSÃO**

A necessidade de políticas socioambientais mostra-se cada vez mais evidente no dia a dia, uma vez que é necessário devolver a natureza os recursos e proporcionar melhores condições a fauna e a flora, visando à manutenção do meio ambiente, meio este muito necessário a vida humana.

Nesse sentido, é preciso que a sociedade civil, o Estado e as empresas possam pensar em soluções que privilegiem também a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, de acordo com o ditame constitucional.

O caso da implantação de um hospital veterinário público, dessa maneira, poderia ser uma das inúmeras políticas socioambientais possíveis para auxiliar na concretização do referido ditame constitucional, vez que o atendimento e a concessão de tratamento a animais domésticos visam levar dignidade também a estes animais.

A dignidade, de maneira geral, é bem defendida pela Constituição Federal da República. Apesar de frisar-se a dignidade da pessoa humana – como não poderia ser diferente – entende-se que ao proibir práticas cruéis e que importem na extinção de espécies, o legislador constituinte também pode ter levado a dignidade aos animais ao considerar o patamar do antropocentrismo alargado.

Ou seja: ao entender que o destino do planeta sofre impactos significativos a partir das decisões humanas, demonstra-se a necessidade de proteção do bem ambiental, haja vista que o ser humano necessita do bem ambiental para que consiga sobreviver, viver e explorar a Terra, visando o seu progresso.

No mais, cabe ressaltar que o atendimento dos hospitais públicos veterinários é comprovadamente maior entre o público de baixa renda. Ao invés de fazer com que estes animais sejam abandonados por seus tutores - tutores esses que não tem condições de arcar com inúmeros gastos referentes a saúde daquele animal - o Poder Público, ao implantar o Hospital Veterinário Público, faz com que o abandono de animais seja muito menor.

Há, também, a concretização de uma política de Saúde Única a partir da introdução destes estabelecimentos, que não necessariamente teriam gastos com mão de obra: é possível, a exemplo da cidade de Belo Horizonte, utilizar de parcerias público-privadas (PPS) para a concessão deste serviço público, dando preferência ao atendimento para pessoas comprovadamente hipossuficientes.

Apesar de a população manauara concordar com a criação de hospital veterinário público – comprovado através de pesquisa com a população – e da possibilidade de o Poder Público ter gastos mínimos com a manutenção do Hospital Veterinário Público, até o presente momento não foi possível a sua realização, de maneira que a população manauara continua padecendo com a falta de um local que possa proporcionar aos animais o tratamento digno.

## REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, B R. **Construção de um Hospital Veterinário Público na cidade de**

AGÊNCIA BRASÍLIA. **Público de baixa renda predomina no Hospital Veterinário.** Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2020/10/01/publico-de-baixa-renda-predomina-no-hospital-veterinario/>

Agência de Notícias de Direitos Animais – ANDA. **Especialistas discutem proposta de criação de hospital veterinário público.** Disponível em: <https://anda.jusbrasil.com.br/noticias/100400107/especialistas-discutem-proposta-de-criacao-de-hospital-veterinario-publico> Acesso em 18 jun 2021

ALMEIDA, J S. **Proteção aos Animais.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/protECAO-aos-animais/> Acesso em 18 jun 2021

BIRNFELD, D. **O bem jurídico ambiental.** Disponível em: <https://espacovital.jusbrasil.com.br/noticias/2700088/o-bem-juridico-ambiental> Acesso em 18 jun 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 18 jun 2021

BRASÍLIA AMBIENTAL – GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL. **Por que um Hospital Veterinário Público.** Disponível em: <http://www.ibram.df.gov.br/por-que-um-hospital-veterinario-publico/> Acesso em 18 jun 2021

G1 DF. **Hospital Veterinário Público do DF inicia agendamento online de consultas e exames.** Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito->

federal/noticia/2021/07/16/hospital-veterinario-publico-do-df-inicia-agendamento-online-de-consultas-exames-e-cirurgias.ghtml

**Manaus.**

Disponível

em: [https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo\\_71.pdf](https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_71.pdf) Acesso em 18 jun 2021

MEDEIROS, Fernanda Luiza Foutoura de; WEINGARTNER NETO, Jayme; PETERLE, Selma Rodrigues. **Animais não humanos e a vedação de crueldade: no rumo de uma jurisprudência intercultural.** Canoas, RS: Ed. Unilasalle, 2016

NOVO, Benigno Núñez. **Responsabilidade socioambiental.** Direito Net., Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11152/Responsabilidade-socioambiental>

RODRIGUES, S G; MIRANDA, W G; CORRÊA, E A. **A Defesa da Dignidade da Vida Animal e a Possibilidade de Alteração da Personalidade Jurídica dos Animais não Humanos.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/a-defesa-da-dignidade-da-vida-animal-e-a-possibilidade-de-alteracao-da-personalidade-juridica-dos-animais-nao-humanos/> Acesso em 18 jun 2021

RONAN, Gabriel. **Prefeitura anuncia criação de hospital veterinário público em BH.** Estado de Minas. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2018/07/05/interna\\_gerais,971515/prefeitura-anuncia-criacao-de-hospital-veterinario-publico-em-bh.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2018/07/05/interna_gerais,971515/prefeitura-anuncia-criacao-de-hospital-veterinario-publico-em-bh.shtml)

SILVA, Karine C. Coelho da. **Hospital Veterinário Público.** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Escola de Artes e Arquitetura. Orientadora: Adriana Mikulasheck. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/845>

SILVEIRA, Paula Galbiatti; BARROS, Marina Dorileo. **A proteção jurídica dos animais não-humanos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Revista Brasileira de Direito Animal, Volume 10, número 18, Jan-Abr, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.9771/rbda.v10i18.13218>

SOUZA, E. **Veterinários e a população divergem quanto a criação de hospitais públicos para animais.** Disponível em: <https://www.acritica.com/channels/cotidiano/news/veterinarios-e-a-populacao-divergem-quanto-a-criacao-de-hospitais-publicos-para-animais> Acesso em 18 jun 2021

VASCONCELOS, K O. **Natureza jurídica do bem ambiental.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/natureza-juridica-do-bem-ambiental/> Acesso em 18 jun 2021.

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO DIGITAL SOB A PERSPECTIVA DAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**RAMILA RAYARA VITAL BORGES:**

Graduada do Curso de Direito do  
Centro Universitário Santo  
Agostinho - UNIFSA.<sup>18</sup>

MARIA SOCORRO RODRIGUES COELHO <sup>[21]</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo discute o tema da responsabilidade civil decorrente do abandono digital sob a perspectiva das decisões do Superior Tribunal de Justiça, tendo como intuito expor as consequências decorrentes da falta de vigilância parental e os impactos nocivos sobre crianças e adolescentes advindos desse abandono, estes acabam se tornando vítimas de *cyberbullying*, pedofilia, e outros abusos. O abandono digital decorre da falta de atenção dos pais em relação aos seus filhos. Foi realizada uma pesquisa bibliográfica de caráter narrativo e dedutivo; onde discute-se de forma detalhada as consequências do abandono digital com o objetivo de garantir a proteção integral dos menores. Com a era digital fica cada vez mais difícil conviver sem estar conectado à internet, esse novo mundo virtual prende não só a atenção dos adultos como também das crianças que se conectam desde a infância precoce. Vale ressaltar, que a responsabilidade civil dos pais vai além do ambiente presencial, adentrando a esfera virtual. Além disso, considera-se de fundamental importância estudos detalhados acerca do tema, tendo em vista que o abandono digital está presente de forma contínua no ambiente familiar e por muitas vezes passa despercebido, colocando em risco a saúde física e mental das crianças e adolescentes.

**Palavras-chave:** Abandono digital, Responsabilidade civil, Criança, Adolescente.

**ABSTRACT:** This article discusses the topic of civil liability arising from digital abandonment from the perspective of the decisions of the Superior Court of Justice, aiming to expose the consequences arising from the lack of parental surveillance and the harmful impacts on children and adolescents arising from this abandonment, they end up becoming victims of cyberbullying, pedophilia, and other abuses. Digital abandonment stems from the lack of attention from parents towards their children. A bibliographical research of narrative and deductive character was carried out; where the consequences of digital abandonment are discussed in detail in order to guarantee the full protection of minors. With the digital age

---

<sup>18</sup> E-mail: ramyllavital2@gmail.com

it is increasingly difficult to live without being connected to the internet, this new virtual world holds not only the attention of adults but also of children who connect from early childhood. It is noteworthy that the civil responsibility of parents goes beyond the face-to-face environment, entering the virtual sphere. In addition, detailed studies on the subject are of fundamental importance, considering that digital abandonment is continuously present in the family environment and often goes unnoticed, putting the physical and mental health of children and adolescents at risk.

**Keywords:** Digital abandonment, Civil liability, Child, Adolescent.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Família e seu desenvolvimento. 2.1. Poder familiar. 3. Abandono digital. 3.1. Legislação acerca dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. 3.2. Implicações do abandono digital: impactos nocivos decorrentes da falta de vigilância parental. 4. Responsabilidade civil. 5. Jurisprudências sobre abandono digital e suas consequências jurídicas. 6. Conclusão. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo a responsabilidade civil no abandono digital sob a perspectiva das decisões do Superior Tribunal de Justiça. Para contemplar o mencionado objeto de estudo, foi realizada uma análise criteriosa de como os tribunais fundamentam as decisões referentes ao estudo em questão. Nessa perspectiva, o artigo se debruça-se sobre o seguinte problema de pesquisa: quais os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para deferir ou indeferir a responsabilidade civil dos pais pelo abandono virtual de crianças e adolescentes?

O desenvolvimento do estudo se deu a partir de uma revisão bibliográfica, de caráter narrativo com método dedutivo. Foi realizada a leitura de artigos, revistas, livros e jurisprudências, partindo de um estudo geral para aspectos específicos referente ao abandono digital, onde foi analisada as possíveis causas decorrentes desse problema para que sejam evitadas as futuras consequências desse fato.

O artigo aborda as decisões do STJ acerca do tema e suas consequências jurídicas pautadas nessa ótica ineficaz da falta de fiscalização dos filhos pelos seus pais no ambiente familiar. Além disso, os pais ou responsáveis devem garantir aos menores a proteção integral. Como disposto no ECA, onde é assegurado aos menores, sujeitos de direitos e deveres, uma segurança fundamental tanto para a família como para o estado e a sociedade. Salienta-se ainda que conforme preconiza na Constituição Federal, o papel da família é essencial como garantidora da proteção integral de seus filhos.

Vale ressaltar, que a família tem a titularidade do poder familiar, advém desse poder uma série de responsabilidades como o dever de sustento, guarda e educação dos

menores. No direito romano essa expressão “poder familiar” tinha como entendimento o poder do pai sobre sua família e com isso ele tinha o poder supremo de decidir entre a vida e a morte dos seus filhos o que hoje não se aplica ao direito contemporâneo. Ademais, o que se observava na família patriarcal era a hierarquia de poder, pois o pai detinha todos os poderes alusivos à sua família. A família contempla os filhos. Paralelamente, a Constituição Federal de 1988 trouxe no artigo 226, no parágrafo quinto, que os direitos sobre o poder familiar são exercidos em conjunto tanto pela mulher quanto pelo homem, o estatuto da criança e do adolescente surge então para dispor sobre os direitos e deveres garantidos à criança e adolescente.

O abandono digital constitui uma problemática que surgiu pela omissão dos pais em relação aos filhos, essa falta de vigilância permite deixá-los estagnados na era digital. Com advento do marco civil da internet a velocidade que a internet proporcionou pessoas interligas, essa facilidade de acesso à internet, jogos online, notebooks, computadores.

Em que pese ser uma facilidade esse meio de comunicação, também traz consigo perigos nocivos, tendo em vista se tratar de um ambiente virtual não se sabe o que de fato é real ou não, os jovens estão cada vez mais ligados na era digital a quantidade de horas que se passa com o celular é exagerada. Desta forma, cabe aos pais ou responsáveis monitorar a criança para que não venha ser vítima de crimes como *cyberbullying*, pedofilia, dentre outros crimes ocorridos no meio digital.

Objetiva-se, desse modo, realizar um trabalho que venha expor as consequências decorrentes do abandono virtual com intuito de prevenir eventuais danos decorrentes dessa omissão. Justifica-se a reflexão e advertência trazida pelo artigo em epígrafe, para a prevenção e diminuição de crimes na esfera digital, tendo em vista que devido a ineficaz vigília dos pais ou responsáveis possibilita aos filhos incidir crimes virtuais. Vale destacar que essa atuação de prevenção e de fiscalização pode diminuir o número de crimes ocasionados ao ambiente digital e conseqüentemente essa pauta abordada de forma frequente tanto no ambiente familiar como nas demais áreas jurídicas.

Portanto, o presente artigo está estruturado em quatro capítulos. O primeiro capítulo aborda o contexto histórico da família para o desenvolvimento da sociedade e atribui aos pais direitos e deveres infanto-juvenis. No segundo capítulo, discute-se o abandono digital apresentando os riscos advindos da infrutífera vigília dos pais ou responsáveis no ambiente virtual. Nesse seguimento, aponta-se a legislação acerca do estatuto da criança e do adolescente e suas implicações no abandono digital. No terceiro capítulo apresenta-se uma análise da responsabilidade civil dos pais fundamentados na legislação vigente. Por fim, o último capítulo elucida como a jurisprudência vem debatendo o abandono digital e como os pais são penalizados na esfera civil.

## 2 FAMÍLIA E SEU DESENVOLVIMENTO

É oportuno nesse momento mencionar a família como base da sociedade, e que possui proteção do Estado, incide como *célula mater*. Posto isso, acrescenta-se que a Constituição Federal alega no artigo 226 essa explanação, é através da família que se desenvolve o convívio em sociedade.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuito 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 (BRASIL, 1988).

Sob essa ótica, por meio da convivência familiar faz-se parte dessa engrenagem o estado, sociedade e a política. Salienta-se, que a família corrobora como função social da sociedade tendo respaldo na intervenção social. Outrossim, esse instituto apresentasse como eixo central para fluir o bem-estar e solidariedade, preceitos básicos cujo obtenção e resguardar a efetividade de tais garantias da criança e adolescente.

Desse modo, incide como direitos essenciais: a moradia, saúde, educação dentre outros. Nota-se que, o meio familiar é o primeiro contato para interação social da criança

e adolescente, ambiente seguro para seu desenvolvimento. Nesse viés as relações familiares garantem à criança apropriar-se de hábitos na sociedade que nela está inserida. Segundo Engels (1980 *apud* MADALENO, 2020) patentear a importância da sociedade é necessária, pois por meio dela se forma a estrutura da sociedade como produto desse sistema social que visa repercutir o estado de cultura desse sistema. Portanto, a família em qualquer aspecto que seja merece ampla proteção do Estado.

Oliveira *et al.*, (2020) destaca que:

A família tem um enorme papel na vida de uma criança, sendo ela sua primeira base e influência. O meio onde ela vive é importante para a construção de sua conduta. Ela é responsável por ensinar, educar e inserir a criança na sociedade, visto que seus costumes e modo de vida influenciarão a criança. A família fica responsável por ensinar, impor respeito, e por incentivar a criança a fazer coisas corretas se necessário a partir de regras (OLIVEIRA *et al.*, 2020 p. 4).

Diante disso, a família é primordial para o aprimoramento social da criança e adolescente e por meio desse instituto a salvaguarda dos menores. Porquanto, as relações familiares são resguardadas e protegidas pelo Estado, na medida em que a comunidade se forma pelos pais e seus descendentes novos arranjos familiares foram incluídos. Diante disso, sob a esfera jurídica a necessidade de reconhecer as relações informais instituídas nos fatos sociais garantem a efetiva conquista pelos avanços históricos e contribuições jurisprudenciais. Além disso, o conceito de família abrange não somente aqueles ligados por vínculo sanguíneo, assim como os pertencentes a um tronco comum, seja pela afinidade, seja por adoções.

Dito isso, com o avanço da família e a edição da Carta Política de 1988 surge um leque de arranjos familiares cujo modelo não se estabelece apenas pelo matrimônio. Assim como a união estável, família monoparental, homoafetiva, unilateral, dentre outros. Novos arranjos familiares foram aceitos após essa consagração da edição da carta Política de 1988. Constituem, desta maneira, diversos arranjos familiares, cuja atenção principal encontra-se voltada para o ambiente familiar. A atenção a ser prestada pela família logo se faz necessária para garantir ao menor todos os direitos e deveres que lhe são inerentes e a responsabilidade por todos os atos dos filhos decorrentes do poder familiar.

Outrossim, discutindo acerca da responsabilidade dos pais sobre seus filhos, é válido destacar que é dever da família: garantir a educação, convivência familiar, dignidade, dentre outros direitos conferidos aos infantes, de acordo com o Estatuto da criança e do adolescente – ECA. Nesse sentido, o planejamento familiar fornece àquele menor uma educação justa e criação digna, que serão promovidas pelos pais ou responsáveis do

menor. Contudo, conforme preceitua o Código civil de 2002: qualquer pessoa pode interferir no lar determinado pela família. Da mesma forma, o estado assegurará proteção àquele menor; o âmbito familiar deve ser um ambiente propício ao afeto, os pais têm liberdade para a construção da educação dos seus filhos, entretanto, caso não seja possível a observância destas prerrogativas, o Estado punirá pais ou responsáveis que podem ser responsabilizados na esfera civil e penal de acordo com Radaelli e Batistela (2019).

Evidencia-se pelo artigo 22 do estatuto da criança e adolescente os deveres no plano obrigacional:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei (BRASIL, 1990).

Conforme preceitua a lei 8.069/90 o Estatuto da Criança e do Adolescente, cabe aos pais ou responsáveis garantir as obrigações no plano material e todo conforto possível assim como, uma proteção no plano socioafetivo, moral e psíquico. Com o remodelamento familiar mais abrangente à família ajustou-se aos princípios constitucionais imersos na carta magna de 1988.

Desse modo, os responsáveis pela esfera familiar devem guiar-se pelos seguintes objetivos: garantir a construção familiar definida pela isonomia dos filhos e igualdade de gêneros, coaduna cônjuges e companheiros. É inegável mencionarmos os princípios basilares do direito de família: dignidade da pessoa humana, princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança, por fim o da parentalidade responsável, existe diversos princípios que engloba novos arranjos familiares. Nesta esteira, temos o princípio da proteção integral do menor e o princípio do superior interesse da criança e adolescente, supracitados como reconhecedores de afeto e cuidado sendo elementos primordiais e indispensáveis para estruturar a manutenção familiar (AMIN *et al.*, 2019).

Percebe-se que tais princípios mencionados acima garantem ao menor o mínimo de dignidade da pessoa humana, em suma, o princípio da proteção integral tem respaldo na garantia dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes. Proteção está que possui amparo da constituição, estado e família conforme preconiza a Constituição Federal de 1988 no seu artigo 227.

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 (BRASIL, 1988).

Tais imposições atribuídas aos pais são consequências do poder-dever da família em decorrência do poder familiar, conjunto de direitos e deveres dos quais as crianças possuem por estarem em desenvolvimento. Para os autores Klunck e Azambuja (2020, p. 11-12) “os pais devem exercer o poder familiar no interesse dos filhos, fazendo jus à ideia da proteção integral, zelando pela integridade física e psíquica das crianças e adolescentes”. Acrescenta-se que essa atribuição de direitos e deveres são designadas aos pais, a pessoa e aos bens da prole, a medida em que, os pais concretiza dessas obrigações de forma espontânea.

Por conseguinte, para a família não resta apenas alimentá-los e deixá-los crescer livremente, a eles fica delegada a obrigação de educá-los e dirigi-los, já que, o ser humano precisa desse acompanhamento até completar a maior idade civil, de quem os crie e eduque desde das necessidades em geral às mínimas possíveis. Posto isso, essas premissas são designadas aos pais que foram submetidas por meio das leis, de tal modo esse instituto conferido aos pais ou responsáveis é resultante do poder familiar (GONÇALVES, 2019).

Destarte, é notório no âmbito do poder familiar não dispor de uma autoridade, mas de encargos: o ônus imposto por lei aos pais, desta maneira o poder familiar constitui um poder decorrente do poder-função ou direito-dever, tendo a finalidade na teoria funcionalista expostas pelo direito de família, se origina de tal modo que atribui um poder exercido pelos pais, mas benéfico aos filhos.

Diante disso, mesmo sendo conferido aos pais o exercício do poder familiar sua autonomia não é absoluta, a medida em que for viável a intervenção do estado, este pode atuar como subsidiário. Portanto, outorgar deveres no campo material não são suficientes a importância que se dar no campo existencial são essenciais para satisfazer outras indigências da prole pautada no afeto.

Em suma, define-se como poder familiar conjunto de todas as faculdades designada aos pais que visa proteger os infantes, sua finalidade é lograr a formação integral dos filhos, gerir a saúde mental, moral, psíquica, social. Diante disso, o poder familiar é um direito personalismo estabelecido como irrenunciável, imprescritível, inalienável decorre da filiação legal e socioafetiva (DIAS, 2016).

## 2.1 Poder familiar

Na órbita do direito de família é infundado atribuir aos pais o poder absoluto alusivo ao direito romano, a posteriori sua nomeação era denominada de pátrio dever. Por ora, se cogitava um poder que repercutia, mais em deveres do que em direitos. No direito romano tal poder incidia ao chefe de família podendo este dispor entre a vida e a morte do núcleo familiar, com decorrer dos tempos o chefe familiar não exercia o direito de vida ou morte. Desse modo, extinguiu-se esses poderes, influenciado pelo cristianismo, o poder familiar transcorre de um poder dever que transcende ao poder protetivo (GONÇALVES, 2019).

Em vista disso, o poder familiar possui características do direito protetivo impostos pela ordem pública. Nesse sentido, a necessidade de zelarem pela formação do filho atribuindo prioridade absoluta conforme preceitua o artigo 227 da Constituição Federal bem como: á saúde, educação, convivência familiar etc. põe a salvo qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Por certo, a lei infraconstitucional explana no artigo 1.630 do código civil, Brasil (2002) que os filhos enquanto menores derivam do poder familiar, este poder não pode ser renunciado, delegado ou substabelecido, não sendo passível de abdicação caso seja será nulo. Posto isso, vale ressaltar que uma das características desse poder é imprescritível e somente perde tal direito pelos casos expressos em lei preleciona (GONÇALVES, 2019).

Acrescenta-se, que o poder familiar se dar de forma partilhada entre os pais, no código civil de 2002 preceitua no artigo 1.631 a competência dos pais permanece durante ao casamento e a união estável, na falta de um deles o outro exerce com exclusividade tamanho direto decorrente do poder familiar (BRASIL, 2002).

Deste modo, a legislação infraconstitucional 10.406/2002 artigo 1.690 do código civil o poder familiar e um instituto jurídico que tem como vínculo os pais e os filhos não emancipados sujeitos estes de uma relação que seja por vínculos biológicos, decorrentes desses deveres acarretam um conjunto de atos com intuito de garantir ao menor a devida proteção no âmbito pessoal e patrimonial. Nesse sentido, Rodrigues (2015) preleciona:

Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados (BRASIL, 2002).

Certamente, conforme dispõe a lei a necessidade de assisti-los foi designada após completarem a maior idade civil ou se forem emancipados, não somente o código civil a

constituição preceitua no artigo 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” (BRASIL,1988).

Tendo em vista, que o Estatuto da Criança e Adolescente impõe o rol 22 o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabe ainda no interesse destes no plano obrigacional cumprir e fazer cumprir determinações judiciais (MADALENO, 2020).

No entanto, apesar de haver uma legislação protetora dos direitos infantojuvenis e da responsabilidade e punição de quem atentar contra os seus direitos e garantias fundamentais, seja por ação ou omissão, a sociedade se depara diariamente com crianças e adolescentes cujos direitos estão sendo ameaçados ou violados. Existem diferentes formas e meios de violar os direitos, desde aqueles mais conhecidos como a violência física e sexual, como outros característicos da atualidade, como o abandono digital, questão preocupante e que merece ser amplamente discutida (KLUNCK E AZAMBUJA, 2020).

Portanto, com advento do marco civil as tecnologias ampliaram de forma gradativa. Nesse sentido na medida em que a sociedade evolui o direito acompanha os fatos a serem tutelados. Posto isso, o abandono digital deriva-se da má vigília dos pais ou responsáveis por seus filhos ao uso exacerbado diário na internet.

### **3 ABANDONO DIGITAL**

Faz-se necessário inicialmente discorrer sobre o marco civil da internet, a internet é um símbolo em conjunto de pessoas interligadas por meio de redes físicas. Sendo assim, a internet se trata de um infinito meio de realizações, não apenas um fim em si mesmo. O marco civil está atrelado à ideia de liberdade de expressão, essa perspectiva tem como fundamento os meios de comunicação da internet, essa interação social onde pessoas e cidadãos expressam suas vontades é envolvem conteúdos práticos. Desse modo, para o marco civil a internet surge com intuito de manifestar a liberdade por meio do ciberespaço, tendo inserido nessa dimensão um infinito número de pessoas que expressam seus pensamentos neste ambiente. Por fim, é a dimensão extrínseca da democracia na esfera digital, segundo Gonçalves (2017).

No entanto, até que ponto a manifestação desses entendimentos são seguros para quem navega no mundo virtual sem as devidas precauções? Diante disso, o marco civil se baseia como princípio da liberdade de expressão, porém nem sempre a remoção de conteúdos lesivos que ofenda determinada pessoa se dá de forma rápida, exceto quando envolve imagens obscenas de nudez e cenas sexuais expondo crianças e adolescentes menores de 18 anos, tendo sua aplicabilidade na lei 8.069/90 de acordo com Costa e Pendiuk (2018).

Desse modo, a remoção desses conteúdos não é suficiente para eximir as consequências advindas desses casos. Nesse sentido, os autores Maruco e Rampazzo (2020, p. 9) advertem: “o uso descontrolado desses meios de comunicação vêm desencadeando inúmeros transtornos que, de forma desmedida, acaba por afetar a vida das pessoas, tanto na comunidade, quanto no núcleo familiar”.

Em síntese, a agilidade dos meios de comunicação atinge significativamente crianças e adolescentes na esfera virtual. Pinheiro (2019), considera que durante anos as televisões fizeram parte do cotidiano familiar, sendo considerada como babá multimídia. Posto isso, após advento das telecomunicações temos na contemporaneidade a babá digital com propósito de manter aqueles menores calmos e entretidos por vias de aparelhos, computadores, tablets etc. Para a autora a internet é a nova calçada digital. Nesse sentido, erguem-se preocupações de garantir à prole um recinto seguro e protegido, vez que as denúncias com exposição de crianças e adolescentes estão sendo efetuadas diariamente, os menores estão sujeitos aos aparatos da internet. O ministério da mulher, da família e dos direitos humanos aponta o Brasil como o segundo país com maior número de crimes *cibernéticos*.

Denúncias de exposição de crianças e adolescentes na internet estão entre os cinco tipos de violações mais denunciadas ao Disque100. O levantamento sobre esse tipo de violência, considerando o local onde ocorre, inclui casos de pedofilia, cyberbullying e pornografia infantil.

Apesar do registro dos casos denunciados, o índice real de violações pode ser bem maior. De acordo com um relatório da Norton Cyber Security, em 2017, o Brasil se tornou o segundo país com o maior número de casos de crimes cibernéticos. A situação, envolvendo cerca de 62 milhões de pessoas, gerou prejuízos de aproximadamente US\$ 22 bi.

Dados da Safer Net Brasil mostram que, em 2018, o Brasil registrou um total de 133.732 queixas de delitos virtuais, 110% a mais em relação ao ano anterior. O principal crime denunciado foi a pornografia infantil. Segundo a organização, nos últimos 14 anos, mais de 4,1 milhões de denúncias anônimas foram contabilizadas contra 790 mil endereços eletrônicos por divulgarem conteúdo inapropriado na internet.

Além desses dados, o jornal New York Times informou, em 2019, que empresas de tecnologia registraram mais de 45 milhões de fotos e vídeos online de crianças vítimas de abuso sexual. O número é mais que o dobro do registrado no ano anterior.

Ainda em 2019, de acordo com o Tic Kids, 18% dos meninos, entre 9 e 17 anos, viram imagem ou vídeo de conteúdo sexual na internet; 20% deles receberam mensagens de conteúdo sexual; e 13% das meninas, entre 9 e 17 anos, já receberam pedido para enviarem fotos ou vídeos íntimos. (BRASIL, 2020).

Sendo assim, é essencial os pais inspecionarem os filhos enquanto menores, a internet assim como o mundo real apresenta perigos lesivos para estes menores, percebe-se que tais crimes incidem sobre crianças e adolescentes, cerca de 18% dos meninos na faixa etária de 9 a 17 anos presenciaram imagens ou vídeos de conteúdos sexuais na internet de acordo com pesquisa Tic Kids (BRASIL, 2020).

Diante deste cenário de ameaças, recai sobre os pais a responsabilidade de cuidar, proteger os filhos, além disso, tal responsabilidade é resultante do poder familiar; a prática de negligência dos pais ou responsáveis ao atuar com descuido, desatenção, desleixo, é se abster de portar-se como vigilantes dos filhos em meio à internet, denomina-se o abandono digital.

No tocante ao abandono digital:

A doutrina vem conhecendo a denominação “abandono digital”, que consiste na negligência parental provocada por atos omissos dos genitores que descuidam da segurança dos filhos no ambiente cibernético proporcionado tanto pela Internet, como pelas redes sociais, não evitando os efeitos nocivos delas diante de inúmeros riscos (MARUCO E RAMPAZZO, 2020, p.15).

Portanto, para Pinheiro (2019) os jovens padecem em violências através de clicks, transcende *cyberbullying* à pedofilia, não sendo um lugar seguro para infantes ficarem desamparado. Por meio da internet, as fotos, preços, agendamento de encontros, todos os atos registrados por máquinas no ciberespaço por vias de publicações na internet ou mensagens. Dito isso, para além do ambiente virtual os danos sucedem a realidade.

Nessa esteira, segundo dados da Safer Net Brasil, no ano de 2018 houve 133.732 queixas de delitos virtuais. Diante disso, a responsabilidade dos pais de manter o monitoramento é incisiva para prevenção de crimes virtuais. Destarte, o abandono digital rompe a convivência familiar tornando lares empobrecidos, eis que os pais facultam a ilusória sensação de proteção por manter os filhos em casa causa uma falsa sensação de segurança. Além disto, a ocorrência de crimes na esfera virtual ampliou-se perenemente.

Por conseguinte, dados do ministério da mulher, da família e dos direitos humanos expõe que, entre as denúncias do disk 100, crianças e adolescentes ocupam a quinta posição no ranking (BRASIL, 2020). Posto isso, se torna indispensável a atuação dos pais aos direitos e garantias fundamentais destas crianças e adolescentes portando-se como salvaguarda destes menores.

### **3.1 Legislação acerca dos direitos fundamentais da criança e do adolescente**

Com os avanços das últimas décadas consagrou-se inúmeros movimentos que contribuíram para crianças e adolescentes serem reconhecidos como sujeitos de direitos merecendo a proteção especial, a priori crianças e adolescentes eram classificados como objetos aos longos dos tempos, atualmente anuiu-se como sujeitos beneficiados destinando-os a proteção integral com garantias constitucionais (AMIN *et al.*, 2019).

Nesse alcance, sucedeu a consagração do documento internacional o olhar para crianças na declaração de Genebra em 1934, nesse documento a criança não era um ser sujeito de direitos. Contudo, trouxe avanços e discussões a causa. Já no ano de 1984 deu-se a declaração universal dos direitos humanos como perspectiva de a criança ser garantidora de atenção e cuidados especiais, somente após 1959 aprovou-se a declaração universal dos direitos da criança para complementar a declaração universal dos direitos humanos.

Desta maneira, após a nova declaração verificou-se transformações, nessa concepção a criança deixar de ser um objeto e passa a ser detentora de proteção e direitos, corroborando sua vulnerabilidade e necessitando de uma legislação específica para esse grupo (KLUNCK E AZAMBUJA, 2020).

Pela primeira vez, foi adotada a doutrina da proteção integral fundada em três pilares como aponta Amin *et al.*, (2019 p. 63-64): 1) reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial; 2) crianças e jovens têm direito à convivência familiar; 3) as nações subscritoras obrigam-se a assegurar os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade.

Em vista disso, expresso no artigo 227 da CF/1988 a proteção integral dos menores, enfatiza quem são esses jovens: Art. 2º da lei 8.089/90 "Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade" (BRASIL, 1990). No que concerne à convenção da criança e adolescente no seu artigo primeiro aduz que criança e o indivíduo que tenha idade inferior aos 18 (dezoito) anos, logo temos a salvaguarda das definições de cada estado membro. A necessidade de resguardar a proteção integral do menor os protege.

Dito isso, reiterando o artigo 227 da CF/1988 emerge tal princípio da proteção integral do menor: os três membros responsáveis por essa proteção são compostos por estado, sociedade e a família. Deste modo, faz com que zelem tais princípios asseguram direitos bem como o cuidado no que diz respeito a formação dos menores pelos direitos e cuidados na formação desses menores enquadrando-o a qualquer menor de 18 (dezoito) anos, independentemente de estar em situação de risco pessoal ou social (AMIN *et al.*, 2019).

Neste contexto, “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.” (BRASIL, 1990). Conforme a legislação vigente a criança não pode sofrer negligência por seus pais ou responsáveis sob pena de infringir o dispositivo da lei.

Deste modo, para Pinheiro (2019) discussões acerca do abandono digital é imprescindível para os pais se atentarem sobre as consequências provenientes deste abandono, quanto maior as tecnologias na mesma proporção devem existir a educação, tais assuntos devem repercutir diariamente nas famílias atentando-se para a pauta de segurança.

Nota-se que para cada rede social tem-se uma idade mínima de uso, assim como redes sociais como o *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, *Snapchat* delimitam um mínimo exigível de 13 anos para seu acesso, já o *WhatsApp* a partir 16 anos. Contudo, em uma longa escala meninas e meninos sofrem traumas psicológicos ocorridos pelo imenso número de conteúdos íntimos disponíveis na web a faixa etária mais propícia de assédio e exposições nu varia entre 10 a 14 anos. Percebe-se que essas idades são inferiores ao mínimo exigido para acessar o ciberespaço.

Portanto, constata-se que recai sobre esses jovens prejuízos para seu desenvolvimento sadio tais impactos desdobra-se em meio a ineficácia monitoramento dos pais ou responsáveis na era digital.

### **3.2 Implicações do abandono digital: impactos nocivos decorrentes da falta de vigilância parental**

Indubitavelmente, imperioso abordar as implicações lesivas do abandono digital em face das crianças e adolescentes, práticas ilícitas ocasionadas no ambiente virtual. Em que pese, a medida em que a internet desperta ao menor habilidades com capacidade de estabelecer educação rápida, facilidade na busca de materiais didáticos, eis que os submete aos aparatos tecnológicos sem vigília adequada dos pais, estes meninos e meninas destinam-se para incidência de crimes cibernéticos.

Sob essa perspectiva, a esfera virtual cria uma sensação de terra sem lei, onde o anonimato se torna perfeito para prática destes delitos virtuais (CAVALCANTE, 2019). Posto isto, é necessário elucidar alguns crimes mais praticados por esses criminosos.

Em síntese, temos o *cyberbullying* ou *bullying* virtual como ato criminoso, o indivíduo age com a finalidade de agredir as vítimas através das redes digitais, por ora os criminosos comportam-se com intimidações, compartilhamentos de fotos ou mensagens com a finalidade de constranger a vítima, gera comentários sobre raça, religião, identidade física qualquer forma de violação à pessoa.

As consequências são inúmeras bem como: sintomas de ansiedade, depressão, utilização de entorpecentes (KLUNCK E AZAMBUJA, 2020). Como se percebe, os delitos ocorrem por intermédio de comentários que violam de alguma maneira a vítima, estes crimes ficam registrados nas redes virtuais, contudo para além do ambiente virtual tais vítimas acarretam danos físicos.

Neste seguimento, Assis e Moreira prelecionam que:

Quando uma criança ou adolescente é vítima deste delito, muitas vezes por medo, vergonha ou receio, acaba não comentando com os pais, educadores ou responsáveis, o que pode acarretar transtornos mais graves e consequências maiores. Por isso, é importante que os pais ou responsáveis pela criança estejam atentos aos comportamentos dos menores quando estes estão utilizando o computador, ou mesmo nos comportamentos decorrentes de atividades corriqueiras do dia a dia, onde eles demonstram sentimentos de rejeição ou perseguição, e se sentem frequentemente abatidos e amedrontados. (ASSIS E MOREIRA, 2014, p.96).

Portanto, é essencial o papel dos pais como observadores atentos dos comportamentos de seus filhos crianças e adolescentes, uma vez que estes menores fazem uso do ciberespaço, acompanhar tais comportamentos pode prevenir as consequências deste delito.

Por este ângulo, existem diversos perigos na esfera virtual ou decorrentes do uso contínuo destes meios, tais crimes são definidos como abusos, exploração sexual, atos pornográficos infantis, pedofilia, infinitos meios de crimes segundo Klunck e Azambuja (2020). Nesse momento, importa discorrer sobre a pedofilia infantil. Conforme dados do Ministério, já mencionados, a pedofilia faz parte dos cinco tipos de violência mais denunciadas na internet. Outrossim, no Brasil a pedofilia não está tipificada na legislação

brasileira, contudo qualquer crime que incide sobre crianças e adolescentes é titulado como pedofilia.

É fato que a globalização impulsionada pela internet, com suas mais diversas ferramentas entre elas as que se pode entrar em contato com várias pessoas, de vários lugares ao mesmo tempo, tem auxiliado e aproximado os pedófilos de suas vítimas: A globalização através da internet propaga dados em tempo real o que facilita a ação dos pedófilos, os quais aproveitam-se da falta de segurança e fiscalização de muitos computadores ligados à rede para satisfazer sua excitação através de um dos crimes mais praticados na internet, hoje, a pornografia infantil, sendo que a falta de normatização possibilitou que pedófilos atuassem livremente, através de perfis falsos na internet.(CAVALCANTE, 2019, p.9).

Deste modo, coexiste uma necessidade de os criminosos satisfazerem seus desejos, já para outros realizam para desfrutar de ganhos econômicos decorrentes dos atos praticados, haja vista que a forma mais comum para tais práticas é por meio de sites virtuais. Qualquer meio que facilite trocas de informações, imagens, vídeos o indivíduo que tem facilidade de manter contato com a vítima configura este crime, qualquer ato que recaia sobre criança e adolescente dar-se a consumação do delito segundo Cavalcante (2019). Desta forma, o criminoso possui a lasciva consigo e devido a isso se utiliza das crianças e adolescentes para ensejar seus desejos, deste modo se oportuniza assim para lucros financeiros por meio das crianças e adolescentes.

Nesse sentido, a medida em que o indivíduo comete o crime de pedofilia deve este responder criminalmente, o dispositivo 240 do estatuto da criança e adolescente expõe "Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente" (BRASIL,2002). Portanto, responde sob pena reclusão que varia de quatro a oito anos e multa.

#### **4 RESPONSABILIDADE CIVIL**

Precipualemente, a responsabilidade civil dos pais está prevista na Constituição e demais áreas correlacionadas pelo Código civil e Estatuto da criança e adolescente. Eis que esta responsabilidade é decorrente da filiação; segundo Gonçalves (2019, p.347) "filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais". Assevera-se que a responsabilidade dos pais é objetiva, não se pode levar em consideração a culpa, tal responsabilidade independe desta conduta. Dito isto, essa responsabilidade faz-se mediante a filiação, seja esta consanguínea, adotiva ou socioafetiva, esta última nasceu de um avanço social resultante do vínculo afetivo. Posto isso, ao evidenciar o reconhecimento de filiação existe

a responsabilidade parental, eis que esta responsabilidade é fruto do poder familiar já mencionado anteriormente e tais prerrogativas são designadas por pais ou responsáveis (KLUNCK E AZAMBUJA, 2020).

Nesse seguimento, o Código civil define responsabilidade por meio do art.186 na medida em que quem causa dano a outrem tem obrigação de repará-lo "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". (Brasil, 2002). Neste íterim, a responsabilidade dos pais é objetiva, podendo estes ser responsabilizados por ação ou omissão. Deste modo, a finalidade se designa pela existência do bem comum e a condição peculiar da criança e adolescente como pessoa em construção.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - Os tutores e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - Os empregadores ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - Os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia (BRASIL, 2002).

Em vista disso, a obrigação de indenizar é atribuída aos responsáveis pelos menores que detém sua autoridade e companhia. Por isso, nota-se que os pais possuem papel crucial para desenvolvimento infanto-juvenil, cabe aos pais ou responsáveis desfrutar de sua companhia, propiciar amor, cuidado, zelo, proteção, afeto, com a finalidade de transformar crianças e adolescentes em cidadãos que cumprem com seus direitos e obrigações (KLUNCK E AZAMBUJA, 2020). Desse modo, na medida em que não são exercidas as garantias mínimas como proteção e cuidado, recaem sobre os pais sanções judiciais.

Dessa forma, pode-se dizer que o exercício da responsabilidade pelos pais em todos os atos de seus filhos representa não apenas uma medida de cuidado, determinada em lei para casos de reparação civil,

mas também medida de afeto. Caso contrário, esses pais deixariam seus filhos à mercê da sorte e dos efeitos que a exposição lhes proporcionaria (VATANABE, 2017, p.37)

Nesse sentido, não sendo irrogado aos infante-juvenis direitos e deveres que lhe foram conferidos sobrevém medidas protetivas para as crianças e adolescentes vítimas de lesões ou ameaça aos seus direitos previstos por lei. Sendo assim, deve ser comunicado ao Conselho Tutelar de acordo com artigo 136, I do ECA/1990.

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 (BRASIL, 2002).

Nesse alcance, destina-se que na falta de qualquer direito admitido por lei aos menores deve-se conceder à prole medidas de proteção. Portanto, as medidas protetivas são a salvaguarda dos jovens que suportam ameaças ou lesões aos seus direitos por meio da ação ou omissão da sociedade e estado, falta de omissão e abusos dos pais ou quem detém guarda, em razão de sua conduta, pautado no viés da proteção integral da criança e adolescentes, são medidas inescusáveis para reprimir e impedir o descumprimento das leis (VATANABE, 2017).

Destarte, a medida em que a família não supre as exigências básicas para crianças e adolescentes, o estado interfere em conformidade do artigo 1.513 do código civil "É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família" (BRASIL, 2002). Em vista disso, o estado busca com a intervenção estatal a proteção e o melhor interesse da criança, apurada a existência de danos sejam na integridade física ou psíquica da prole. Designa-se a intervenção com fim de responder por tais condutas, bem como suspensão, destituição ou extinção da autoridade parental atuados pela justiça da infância e juventude (PEREIRA E MARTOS, 2019).

Sob essa perspectiva, aos pais incube o plano obrigacional e material e deve ser respeitado e praticado, na ineficácia destes atos os pais cabe responder pelos efeitos da conduta que viabiliza consequências jurídicas para ambos os genitores.

## **5 JURISPRUDÊNCIAS SOBRE ABANDONO DIGITAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS**

Acerca do abandono digital e corolário jurídico, as medidas protetivas resguardam os menores de situações de danos de acordo com ECA, art. 98, II a inexistência de omissão ou abuso dos pais ou responsáveis. Por ora, as medidas surtem efeitos de acordo com caso concreto.

Nesse sentido, o conselho tutelar ao tomar conhecimento poderá executar sua aplicabilidade por meio das medidas previstas no ECA como descritas no artigo 101.

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - Inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - acolhimento institucional;

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX - colocação em família substituta (BRASIL, 1990).

Desse modo, em que pese, o rol permite a possibilidade de aplicar outras medidas. Portanto, este rol não é taxativo, comporta outras medidas elencadas no art. 129, I ao X no que diz respeito aos pais ou responsáveis.

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis:

- I - encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família;
- II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
- IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;
- V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;
- VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;
- VII - advertência;
- VIII - perda da guarda;
- IX - destituição da tutela;
- X - suspensão ou destituição do poder familiar (BRASIL, 1990).

Elencadas as medidas de proteção adequadas para crianças e jovens no artigo 249 do ECA comporta-se as infrações administrativas, ao descumprir com dolo ou culpa aos pais ou responsáveis os deveres atribuídos pelo poder familiar seja de tutela ou guarda pela determinação da autoridade judiciária ou conselho tutelar, incorre nas penas que varia de três a vinte salários de referências, caso seja reincidente aplica-se o dobro (BRASIL, 1990).

Diante disso, conforme o artigo supracitado existem medidas mais graves para os pais ou responsáveis assim como a suspensão e destituição do poder familiar, tais medidas são decretadas por meio de sentenças. Nesse sentido, a diferença destes efeitos se aplica de acordo com o caso concreto.

A distinção entre os dois institutos estabelece-se pela graduação da gravidade das causas que as motivam e pela duração de seus efeitos. Se, por um lado, a suspensão é provisória e fixada ao criterioso arbítrio do juiz, dependendo do caso concreto e no interesse do filho menor de idade, a perda do poder familiar pode revestir-se de caráter

irrevogável, como na situação de transferência do poder familiar pela adoção (AMIN *et al.*, 2019, p. 268).

Dito isso, as medidas protetivas são inúmeras, assim como o estatuto da criança e do adolescente o código civil dispõe da suspensão familiar.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

**Parágrafo único.** Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

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

II - deixar o filho em abandono (BRASIL, 2002).

Portanto, nos moldes do artigo 1.637 do Código Civil de 2002, estipula que, uma vez que não existam mais as razões para o restabelecimento desse poder, medidas mais brandas podem ser tomadas para suspender a família, o que não conduz à destituição ou perda do poder familiar, em relação à perda do poder familiar, dado quando um dos pais ou responsáveis que abandona a criança ou adolescente.

Em vista disso, o abandono digital consiste em atos omissos dos pais ou da falta de monitoramento e vigília no ciberespaço. Em síntese, os filhos se tornam desprotegidos no ambiente digital. A doutrina vem concedendo um nome a esses comportamentos de omissão dos pais ou responsáveis no que tange ao uso da internet por crianças e adolescentes: "abandono digital". Ressalta-se que, por ser o abandono digital ou cibernético um tema contemporâneo, inexistem debates aprofundados pelos doutrinadores, contudo encontram-se julgados atinentes ao tema com decisões que condenam os pais negligentes, devido a responsabilidade parental.

Além disso, aos pais cabe a responsabilidade de responder pelos atos praticados pelos filhos até completarem a maior idade civil, uma vez que a responsabilidade é objetiva. Nesse sentido, no momento em que a criança ou adolescente pratica *cyberbullying* na internet, os pais responderão na esfera civil. Dito isso, em uma decisão do superior tribunal de justiça o relator sentenciou a decisão favorável acerca de uma vítima de crime cibernético tendo como fundamento o exercício do poder familiar dos pais sobre seus filhos.

Colaciona-se o entendimento jurisprudencial em consonância com as ponderações apontadas:

[...] Responsabilidade objetiva dos pais pelos danos causados pelos filhos menores. Art. 932, inc. I, c/c 933, ambos do código civil. Cyberbullying. Criação de comunidade no "orkut". Conteúdo ofensivo à honra e à imagem da autora. Violação a direitos da personalidade. Ilícito configurado. Dever de indenizar caracterizado. Danos morais in re ipsa.

[...] Criação de comunidade no "Orkut" pela ré, menor impúbere, na qual passou a veicular comentários depreciativos e ofensivos a colega de turma de colégio. Conteúdo ofensivo à honra e imagem da autora. Situação... concreta em que verificados o ato ilícito praticado pela menor corré (divulgação de conteúdo ofensivo à imagem-atributo da autora na internet), o dano (violação a direitos da personalidade) e o nexos causal entre a conduta e o dano (pois admitida pela ré a confecção e propagação na internet do material depreciativo), presentes estão os elementos que tornam certo o dever de indenizar (art. 927, CC). Os genitores respondem de forma objetiva, na seara cível, pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores. Responsabilidade que deriva da conjugação da minoridade do filho e da circunstância fática desse se achar sob o pátrio poder dos pais, a quem incumbe zelar pela boa educação da prole.

(Apelação Cível Nº 70042636613, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 27/05/2015) (SILVA, 2015).

Nesse arcabouço, resta configurada a responsabilidade objetiva dos pais decorrente do pátrio poder, o que se traduz no dever de indenizar os atos praticados pelo infante que cometeu *cyberbullying*. Ainda mais, a vulnerabilidade da criança ou adolescente vítimas desses crimes gera consequências reais, apesar do crime ter sido praticado no ambiente virtual. O cometimento de crimes virtuais afeta o psicológico da vítima, seus comportamentos na sociedade, incidem sobre este menor as consequências advindas desses crimes.

Desta maneira, o relator em uma decisão se manifestou a favor da indenização para que seja gasto com tratamentos psiquiátricos uma vez que a vítima tentou o suicídio e precisa de tratamentos decorrentes dos efeitos proporcionado pelo crime.

Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Vazamento de vídeo na *internet*. Veiculação na internet de vídeo contendo gravação de relação sexual da autora com o ex-namorado. Postagem no *youtube* e *facebook*. Manifesta imprudência do réu ao emprestar o celular com o material gravado a um amigo, que teria sido o responsável pela postagem na rede mundial.

[...] Danos morais “in re ipsa”.

A postagem e divulgação de vídeo contendo cena de sexo, nessas circunstâncias, gera danos morais “in re ipsa”, dispensando prova do efetivo prejuízo.

“QUANTUM” INDENIZATÓRIO MANTIDO.

Mantido o valor da condenação a título de danos morais fixado na sentença (R\$ 15.760,00), mormente considerando a reprovabilidade da conduta do réu (culpa grave) e a extensão dos danos vivenciados pela vítima.

Menor que necessitou de tratamento psiquiátrico, tentou suicídio, e, em razão do “bullying” e das humilhações sofridas acabou transferida de escola juntamente com a irmã, bem ainda foi reprovada no ano letivo.

Sentença de parcial procedência da ação e improcedência da reconvenção mantida.

Recurso dos réus desprovido (SILVA, 2016).

Portanto, a internet proporciona às crianças e adolescentes vítimas de crimes virtuais consequências lesivas, o ambiente virtual não é lugar para crianças navegarem sozinhas, a falta de inspecionamento dos pais gera para os mesmos consequências jurídicas. Outrossim, uma vez que a fiscalização é primordial para a criança e adolescente, nesse sentido os efeitos que surtem do abandono digital prejudicam ao longo da vida os infante-juvenis.

## 6 CONCLUSÃO

A família é a base da sociedade, possui amplamente proteção estatal, uma vez que as relações familiares estão inseridas em todo ramo de atuação social. Nesse sentido, superadas as relações familiares constituídas por homem, mulher e seus filhos, novos

arranjos familiares foram consagrados bem como a família homoafetiva, unilateral dentre outras, para garantir aos menores proteção integral no plano moral e socioafetivo. Desse modo, a família influencia na criação da criança e adolescente desde a infância até completarem a maioridade civil; no ambiente familiar, os pais possuem poderes e deveres a serem respeitados, os quais são decorrentes do poder familiar. Nesse sentido, o poder familiar atribui a salvaguarda das crianças e adolescentes. Logo, por meio do poder familiar, incumbe aos pais efetivarem todos os direitos garantidos aos menores, como direito à educação, saúde, lazer e não são somente direitos, mas garantir as obrigações atinentes aos pais ou responsáveis, na medida em que é possível, os pais ou responsáveis respondem judicialmente, a depender do caso concreto, ou seja, se comprovada a negligência em relação a efetiva proteção de crianças e adolescente, de modo especial, no tocante aos perigos do ambiente virtual.

Com o advento do marco civil a internet alcança significativamente a longa escala de pessoas interagindo no mesmo ambiente virtual. Em que pese ser um avanço tecnológico precisa ser monitorado pelos pais ou responsáveis, os jovens que se inserem nesse meio sem os devidos cuidados podem ser vítimas de crimes virtuais. Em vista disso, o abandono digital retrata ser a nova incidência de crimes no ciberespaço. Outrossim, na medida em que os pais negligenciam seus filhos deixando-os horas na internet sem a devida fiscalização, eventualmente estas crianças e adolescentes se tornam alvos fáceis para quem tem a intenção de praticar *cyberbullying*, pedofilia, qualquer crime que possibilite ser cometido nesse *ciberespaço*.

As crianças e adolescentes por muitos tempos foram tratados como mero objetos. sem ter se quer o direito de possuir a vida, todas essas garantias eram decididas por uma única pessoa o pater família, somente em 1959 com a declaração universal da criança e adolescentes estes menores passam a ter seus direitos efetivados e salvaguardados, ou seja, garantidos pelos pais ou responsáveis.

Em síntese, as consequências do abandono digital são visíveis, crianças e adolescentes costumam se isolar da família, entram em depressão, em casos mais severos cometem suicídio. Portanto, faz-se necessário os pais vigiarem seus filhos uma vez que essa obrigação faz parte do poder dever dos pais, cabe e estes responderem na esfera civil pelos atos de crianças e adolescente. Sob esta ótica, os pais respondem de forma objetiva pelos seus filhos.

Por fim, devido ao abandono digital em relação aos filhos, os pais ou responsáveis, permitem assim que ocorra uma intervenção por parte do estado, no sentido de minimizar os atos praticados de forma errada pelos responsáveis dos menores. Frisa-se ainda que tal interferência Estatal a depender do caso concreto pode ensejar a suspensão do poder

familiar ou até mesmo a perda ou destituição deste poder por meio das medidas protetivas. Todavia observa-se que não é só em si a criação de lei ou a interferência do Estado nas famílias, que irá diminuir ou findar o abandono digital dos filhos, deve-se adotar políticas públicas e uma educação voltada para ajudar aos pais e responsáveis maneiras de criar e acompanhar seus filhos em todo seu processo de desenvolvimento manter. Portanto, por se tratar de um assunto atual, são necessárias mais pesquisas sobre o assunto para que se possa fazer uma análise cuidadosa e detalhada de como os tribunais têm proferido julgamentos decorrentes do abandono digital em relação aos filhos. Sendo assim, a necessidade do estudo permite instruir aos pais ou responsáveis situações que põe em risco a vulnerabilidade das crianças e adolescente adotando uma reflexão fundamental para a criação destes menores.

## REFERÊNCIAS

AMIN, et al. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos – 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ASSIS.L.C. **A educação infantil como Direito**. Disponível em: [file:///C:/Users/DELL/Downloads/A educação Infantil como Direito - Direito contemporaneo jul 2014-with-cover-page-v2.pdf](file:///C:/Users/DELL/Downloads/A%20educacao%20Infantil%20como%20Direito%20-%20Direito%20contemporaneo%20jul%202014-with-cover-page-v2.pdf). Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes.16. ed. São Paulo:Atlas,2000.

BRASIL. **Decreto lei nº 8.069, de 13 julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências vide lei nº 14.154, de 2021) vigência**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm).>Acesso em :28 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm) >Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. **Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos**. Exposição de criança e adolescentes na internet ocupa 5ª posição no ranking do Disque 100, 18 nov. 2020. Brasília, DF: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2020. Disponível em: [2020-2/novembro/exposicao-de-criancas-e-adolescentes-na-internet-ocupa-quinta-posicao-no-ranking-de-denuncias-do-disque-100](https://www.mdh.gov.br/pt-br/2020-2/novembro/exposicao-de-criancas-e-adolescentes-na-internet-ocupa-quinta-posicao-no-ranking-de-denuncias-do-disque-100).Acesso em: 20 out.2021.

BRASIL. Ministério de Pernambuco. **Conviver na era digital cartilha para orientação a convivência de crianças e adolescentes em redes sócias**. Disponível em: [file:///C:/Users/DELL/Downloads/Cartilha-ConVIVERnaEraDigital%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/DELL/Downloads/Cartilha-ConVIVERnaEraDigital%20(1).pdf). Acesso em: 20 out. 2021.

CAVALCANTE.L.A.D.C. **Cyberpedophilia**: Crímenes sexuales contra niños y adolescentes cometidos por internet. Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Downloads/Dialnet-Ciberpedofilia-7342113%20(1).pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

COSTA; PENDIUK. **Direito digital**: o marco civil brasileiro da internet e as inovações jurídicas no ciberespaço. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/129-561-1-PB%20(4).pdf. Acesso em: 28 out. 2021.

DIAS, M.B. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, C.R. **Direito de Família**. 16. ed.-São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES.V.H.P. **Marco do Direito Civil da Internet Comentado**. Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Downloads/Marco%20Civil%20da%20Internet%20Comentado%20-%20Victor%20Hugo%20P.%20Gon%C3%A7alves%20-%202017.pdf. Acesso em :14 set.2021.

KLUNCK.P; AZAMBUJA.F.M.R. **O Abandono digital de crianças e adolescentes e suas implicações jurídicas**. Disponível em: file:///c:/users/dell/downloads/o%20abandono%20digital%20de%20crian%c3%87as%20e%20adolescentes%20e%20suas%20implica%c3%87%c3%95es%20jur%c3%8ddicas.pdf. Acesso em: 12 out. 2021.

MADALENO.R. **Direito de Família**. 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARUCO, R.O.F; R.L. **O abandono de incapaz e os impactos nocivos pela a falta do dever de vigilância parental**. Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Downloads/O%20ABANDONO%20DIGITAL%20DE%20INCAPAZ%20E%20OS%20IMPACTOS%20NOCIVOS%20PELA%20FALTA%20DO%20DEVER%20DE%20VIGIL%C3%82NCIA%20PARENTAL.pdf Acesso em: 19 out. 2021.

OLIVEIRA, et al. **A importância da família para o desenvolvimento infantil e para o desenvolvimento da aprendizagem**: um estudo teórico. Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Downloads/familia%20artio.pdf. Acesso em: 15 out. 2021.

PEREIRA.B.MD, MARTOS.D.A.T.F. **O pátrio poder ao poder familiar**: as atribuições dos pais quanto à proteção dos filhos. Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Downloads/DO\_PATRIO\_PODER\_AO\_PODER\_FAMILIAR\_AS\_ATRIBUICOES\_D.pdf > Acesso em: 02 de nov. de 2021.

PINHEIRO, P.P. **Direito Digital Aplicado**.ed.20. Revista Atualizada e Ampliada.

RADAELLI, B.R; BATISTELA.C.G. **O abandono digital e a exploração sexual infantil digital abandon end a sexual exploitation.** Disponível em: <file:///C:/Users/DELL/Downloads/radelli.pdf>. Acesso em: 09 out. 2021.

RIO GRANDE. Tribunal de Justiça (9. Câmara Cível). **Apelação cível AC 70067503557.** Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Vazamento de vídeo na internet. Veiculação na internet de vídeo contendo gravação de relação sexual da autora com o ex-namorado. Postagem no youtube e facebook. Manifesta imprudência do réu ao emprestar o celular com o material gravado a um amigo, que teria sido o responsável pela postagem na rede mundial. Relator: Miguel Ângelo da Silva, 19 de outubro de 2016. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/398598550/apelacao-civel-ac-70067503557-rs/inteiro-teor-398598576>. Acesso em: 04 nov. 2021.

RIO GRANDE. Tribunal de Justiça (9. Câmara Cível). **Apelação cível AC 7004263613.** Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. A interposição de recursos sem preparo não importa em deserção quando o pleito de concessão do benefício da AJG formulado na resposta não foi apreciado pelo juízo singular. Relator: Miguel Ângelo da Silva, 27 de maio de 2015. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/195536692/apelacao-civel-ac-70042636613-rs>. Acesso em: 04 nov. 2021.

RODRIGUES, ET AL. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RODRIGUES, O. P. Poder familiar na atualidade brasileira. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, [s.l.], [s.v.], [s.n.], 2015. Disponível em: [ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira](http://ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira). Acesso em: 08 out. 2021.

VATANABE.J.H O. **Abandono digital infantil como hipótese de negligência prevista no artigo 98, inciso ii, do estatuto da criança e do adolescente.** Disponível em: <file:///C:/Users/DELL/Downloads/O%20abandono%20digital%20infantil%20como%20hip%C3%B3tese%20de%20neglig%C3%A2ncia%20prevista%20no%20ECA.pdf> > Acesso em: 02 nov. 2021.

Nota:

2Doutoranda em Direito – UNICEUB. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail*: [mrscoelho@yahoo.com.br](mailto:mrscoelho@yahoo.com.br)

## **EQUIPES CONJUNTAS DE INVESTIGAÇÃO: INSTRUMENTALIZAÇÃO PROBATÓRIA E MACROCRIMINALIDADE ORGANIZADA**

**JUNIOR D.S. GARCEZL:** Especialista em Direito Internacional e Direitos Humanos pelo Centro Universitário e Faculdades Uniftec (UNIFTEC). Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Faculdade Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Pesquisador com concentração em Direito e Processo Penal Internacional, Cooperação Jurídica Internacional e Direitos Humanos. Graduado em Direito pelo Instituto Luterano de Ensino Superior de Porto Velho/RO (ILES/ULBRA). Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado de Rondônia<sup>19</sup>.

**Resumo:** A finalidade do presente artigo está relacionada à utilização do instituto das Equipes Conjuntas de Investigação como instrumento probatório apto a subsidiar a investigação e a persecução penal do que atualmente convencionou-se denominar de macrocriminalidade organizada, fenômeno de acentuada gravidade e complexidade, em especial quando se trata da colheita de provas. Traz-se ao contexto elementos informativos referentes à criminalidade transnacional, conformada pela prática além-fronteira e concomitante de infrações penais de elevada danosidade social. Além disso e principalmente, busca-se compreender a sistemática e os fundamentos jurídicos das Equipes Conjuntas de Investigação nos ordenamentos legais nacional e internacional, demonstrando tratar-se de mecanismo de relevante efetividade no campo da obtenção de provas em investigações transnacionais, condição determinante para o êxito posterior da persecução penal no território nacional.

**Palavras-chave:** Equipes Conjuntas. Criminalidade Transfronteiriça. Investigação Transnacional. Persecução Penal.

**Abstract:** The purpose of the present article is related to the use of the joint investigation teams' institute as an evidential instrument capable of subsidizing the investigation and criminal prosecution of what is currently called organized macro-crime, a phenomenon of marked severity and complexity, especially when it comes to deals with the collection of evidence. Information elements referring to transnational crime are brought into the

---

<sup>19</sup> E-mail: junior\_juridicus@hotmail.com.

context, conformed by cross-border practice and concomitant criminal offenses of high social damage. In addition and mainly, it seeks to understand the systematic and the legal foundations of the joint investigation teams in the national and international legal systems, demonstrating that it is a mechanism of relevant effectiveness in the field of obtaining evidence in transnational investigations, a determining condition for the subsequent success of criminal prosecution in the national territory.

**Keywords:** Joint Teams. Cross Border Crime. Transnational Research. Criminal Prosecution.

**Sumário:** *Introdução. 1. Da criminalidade prototípica à proteica criminalidade organizada. 2. A internacionalização do crime e macrocriminalidade organizada. 3. Componente estrutural externo da criminalidade organizada. 4. O problema da colheita de provas nas investigações transnacionais. 5. Mecanismo de captação de provas contra a macrocriminalidade organizada: as Equipes Conjuntas de Investigação. 5.1. Histórico. 5.2. Concepção e fundamentação legal nacional e internacional. 5.3. Sobre a aplicação do instituto das Equipes Conjuntas de Investigação. Conclusão. Referências Bibliográficas.*

## INTRODUÇÃO

A finalidade da presente pesquisa centra-se em analisar a aplicação do moderno instrumento das Equipes Conjuntas de Investigação como meio probatório hábil a subsidiar a investigação e a persecução penal da denominada macrocriminalidade organizada ou macro-organização das infrações penais em sua perspectiva transnacional, considerando que uma das grandes problemáticas na tratativa do tema reside na colheita de provas.

Para tanto, parte-se da compreensão da concepção de crime organizado no território nacional à transnacionalidade das condutas, haja vista que as organizações criminosas muito raramente permanecem tão somente atreladas ao território de origem, pelo fato de que o proveito econômico objetivado em operações transnacionais tende a ser maximizado.

Logo, a questão torna-se dificultosa quando as organizações criminosas destinam-se à prática além-fronteira de delitos, haja vista que os rastros – provas – das condutas praticadas, a exemplo daquelas envolvendo delitos como lavagem de dinheiro, evasão de divisas, tráfico de drogas e de pessoas, são de difícil detecção pelos instrumentos internos de investigação, razão pela qual faz-se necessário identificar um necessário ponto de contenção nas jurisdições nacional e internacional, de forma que haja cooperação entre distintas autoridades de jurisdições de diferentes países.

É, neste contexto, que releva a compreensão e utilização das Equipes Conjuntas de Investigação como instrumento de investigação e persecução penal em face da denominada macrocriminalidade organizada.

Adiante-se que as Equipes Conjuntas de Investigação constituem relevante mecanismo de cooperação jurídica internacional em matéria penal, cujas raízes estão basicamente fincadas no modelo materializado na União Europeia, a partir das experiências com sistemas de investigação conjunta realizados no território da Alemanha, desde 1970.

Deste modo, parte-se da evolução conceitual e recrudescimento das organizações criminosas à internacionalização da criminalidade, sendo certo que a existência de um assim chamado elemento externo da criminalidade organizada leva à problematização da captação transnacional de provas, algo não amparado pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que define no Brasil sobre organização criminosa e dispõe acerca da investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

Para além disso, no âmbito da contenção à criminalidade organizada transfronteiriça, tem-se a denominada Convenção de Palermo, ou Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada no Brasil por intermédio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, importante tratado que auxilia a legislação interna no que se refere ao crime organizado além-fronteira e que expressamente dispõe acerca da aplicação das equipes conjuntas de investigação.

Não por menos, tem-se, ainda, mais duas convenções internacionais sedimentadas pela ONU que dispõe sobre as Equipes Conjuntas de Investigação, quais sejam, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), cada qual dentro de seu campo de atuação e com finalidades específicas.

Somado a esse contexto, o objeto do presente texto evidencia que as chamadas Equipes Conjuntas de Investigação recentemente encontraram amparo por meio do Decreto nº 10.452, de 10 de agosto de 2020, que promulgou internamente o texto do Acordo Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, não havendo óbices quanto à aplicação do instituto pelas autoridades investigativas do Brasil e dos demais países sul-americanos que compõem o Mercosul e que ratificaram o referido Acordo-Quadro.

Diga-se, ainda, que o Projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional referente ao novo Código de Processo Penal traz o detalhado Título V, que especificamente dispõe sobre a implementação de Equipes Conjuntas de Investigação. Porém, tratando-se, por ora,

somente de um Projeto de Lei e, portanto, ainda não em vigor, tem-se que a Convenção de Palermo e o Acordo-Quadro sobre Equipes Conjuntas de Investigação são os dois diplomas que atendem aos reclamos da efetivação de uma investigação e persecução penal avançadas e paritárias com o atual estágio da macrocriminalidade organizada.

Ademais, faz-se neste texto o manuseio de pesquisa teórica e revisão bibliográfica dos institutos, a partir de fontes doutrinárias, textos legais, convencionais e demais referências pertinentes ao tema proposto, utilizando-se o método dialético, cujo pano de fundo constitui-se em temática de caráter doutrinário e legal, propugnando-se pela compreensão e instrumentalização das Equipes Conjuntas de Investigação como forma de otimização do sistema de investigação e persecução penal no território nacional.

### **1. DA CRIMINALIDADE PROTOTÍPICA À PROTEICA CRIMINALIDADE ORGANIZADA**

Contextualizar a aplicação de um moderno mecanismo de investigação em face da criminalidade organizada exige a compreensão, mesmo que breve, no que se refere à transformação porque passou o fenômeno delitivo no último século, razão pela qual atesta-se, de imediato, que a evolução da criminalidade, organizando-se para além das fronteiras dos Estados, há de implicar na progressão dos meios de investigação e persecução penal.

Sendo assim, a assertiva inicial de NICEFORO, na obra *La Transformación Del Delito en la Sociedad Moderna*, de 1902, de que “o crime não morre: transforma-se” (1902, p. 03) encaixa-se à perfeição no objeto deste estudo, haja vista que, ainda com respaldo do referido autor, “a civilização moderna, como qualquer outra civilização, não reprime o mal: transforma-o” (1902, p. 03/04).

A moderna macrocriminalidade pressupõe, à evidência, a transformação a partir dos denominados crimes prototípicos, primitivos e originários, que restringiam-se aos delitos, por assim dizer, comuns, configurados no homicídio, no furto, na agressão física e sexual. Na atualidade, na qual permeia os mesmos crimes prototípicos de outrora, houve uma latente evolução: os delitos adquiriram um caráter proteico, multiforme, poliforme, tal como, por exemplo, constata-se nos crimes financeiros, econômicos, cibernéticos e organizados.

ZAFFARONI e OLIVEIRA (2010, p. 87) asseveram que:

o *organized crime* como tentativa de categorização é um fenômeno do século passado”, de forma que “é absolutamente inútil procurar o crime organizado na Antiguidade, na Idade Média, na Ásia ou na China, na pirataria etc”. E concluem os citados autores que: “Quem fala do crime organizado, não está se referindo a qualquer

pluralidade de agentes nem a qualquer associação ilícita, senão a um fenômeno distinto, que é inconcebível no mundo pré-capitalista.

De acordo com CASTANHEIRA (2010, p. 892), também fundada em ZAFFARONI, aduz que:

Sobressaem-se na criminalidade organizada duas características, quais sejam, a estrutura empresarial e a atividade voltada para o mercado ilícito. As origens do 'crime organizado', desta forma, não podem ser buscas no mundo pré-capitalista e, portanto, não estão em nenhuma outra forma de associação delitiva existente ao longo da história da humanidade, até o início deste século.

Em verdade, a evolução das sociedades industriais revolucionou a microcriminalidade até então predominante. Consoante ZAFFARONI e OLIVEIRA (2010, p. 86), "no século passado, e na Europa, particularmente depois da Comuna de Paris, produziu-se uma considerável literatura acerca do delito das multidões, dando lugar a várias valorações das multidões e da responsabilidade de seus líderes ou condutores".

Neste prisma, "vinculado à proibição de sindicalização dos trabalhadores, generalizou-se o conceito jurídico-penal de associação ilícita ou associação de malfeitores para delinquir" (ZAFFARONI; OLIVEIRA, 2010, p. 87), conceito esse que, embora não seja propriamente referente às organizações criminosas tal como hoje são conhecidas, pode ser tido como o embrião para sua concepção.

Constata-se, conforme anota CASTANHEIRA (2010, p. 883), que "o desenvolvimento científico e tecnológico transformou profundamente as relações sociais", afetando de forma direta as relações econômicas, transformando o modo de agir do mercado e das empresas transnacionais, questões intimamente relacionadas à atuação das organizações criminosas que atuam além-fronteira.

Nessa linha de pensar, nota-se que há íntima ligação entre o advento da globalização e o surgimento das cadeias criminosas organizadas e subsistematizadas, incrementando-se especialmente após o surgimento das denominadas "máfias", especificamente na Itália e no Japão (LIMA, 2020, p. 767). Diz-se incremento porque já se via uma conformação simultânea da prática de diversos delitos, tais como o contrabando, a extorsão, o tráfico de drogas, a lavagem de capitais, os jogos de azar, a prostituição e o tráfico de pessoas, cuja finalidade era – e continua sendo – a obtenção de ganhos financeiros ilícitos.

PRADO e CASTRO (2010, p. 927) conformam que:

A criminalidade organizada, amplamente considerada, não está ligada apenas à criminalidade econômica em sentido estrito, mas manifesta-se também nas atividades políticas (nos esquemas de corrupção), no terrorismo, no tráfico de drogas e de pessoas, etc. As formas de manifestação desse tipo de criminalidade sofrem variações também no espaço em que se desenvolvem, nas realidades nacionais em que atuam. Na Itália, por exemplo, a criminalidade organizada é comumente identificada com a máfia ou outras organizações similares; em Portugal, está associada aos crimes contra o mercado financeiro; na Alemanha caracteriza-se basicamente pela lavagem de dinheiro e corrupção, enquanto na Espanha possui uma identidade mais acentuada com o terrorismo.

Dessa rápida análise se verifica que o caráter proteico que assumiu a criminalidade moderna implicou claramente no recrudescimento das organizações criminosas, atingindo estas um tal nível de complexidade – em muito decorrente da atuação intrincada e subdividida internamente e da conjuntura de diversas infrações penais – que não mais se restringem ao âmbito de um só Estado, espraiando-se por diversos territórios, com fins fundamentalmente econômicos. Dito isso, ver-se-á que há uma relação intrínseca entre a internacionalização do crime e a macrocriminalidade organizada.

## **2. A INTERNACIONALIZAÇÃO DO CRIME E MACROCRIMINALIDADE ORGANIZADA**

Parafraseando o sociólogo alemão Ulrich Beck, na atualidade é possível constatar a existência de uma verdadeira “sociedade internacional de risco”. No campo delitivo, o crime deixou de circunscrever-se aos limites de um dado bairro suburbano num dado país para acompanhar o próprio desenvolvimento e reconfiguração da interconectada sociedade moderna, atingindo diversas e distintas ordens jurídicas.

De acordo com o Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime (*United Nations Office on Drugs and Crime* – UNODC), o crime organizado transnacional abrange praticamente todos os casos graves de ações criminosas motivadas pelo lucro de natureza internacional, no qual mais de um país está envolvido. Sendo assim, existem muitas atividades ilícitas que podem ser caracterizadas como transnacionais, incluindo o tráfico de drogas, o contrabando de migrantes, o tráfico de pessoas, a lavagem de dinheiro, o tráfico de armas de fogo, produtos falsificados, vida selvagem, propriedade cultural e criminalidade cibernética.

Ainda de acordo com o UNODC,

o crime organizado transnacional não está estagnado, mas está em constante mudança, adaptando-se aos mercados e criando novas

formas de crime. Em suma, é um negócio ilícito que transcende fronteiras culturais, sociais, linguísticas e geográficas e que não conhece fronteiras ou regras.

Bem analisadas as circunstâncias, essa constatação apontada pelo UNODC leva à conclusão que há uma verdadeira internacionalização do crime, ou à existência de uma “delinquência da globalização”, no dizer de SILVA SÁNCHEZ (2011, p. 104).

Mercê desse raciocínio, o referido professor espanhol alude que:

O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência dolosa tradicional (a cometida com dolo direto ou de primeiro grau), a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo, surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade, associada aos meios informáticos e à internet (a chamada ciberdelinquência), é, seguramente, o maior exemplo de tal evolução. Nessa medida, acresce-se inegavelmente a vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento das formas de criminalidade organizada, que operam internacionalmente e constituem claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e os Estados)” (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 36).

Com reforço a tais considerações, STOICA (2016) assevera que

a globalização representa uma causa e um fator de facilitação para o crime organizado transnacional. A liberalização dos mercados e a livre circulação de capitais e, em certa medida, de pessoas, criaram novos estímulos para o grupos criminosos interessados em obter lucro. O *modus operandi* das organizações criminosas atuais seguem a lógica do mercado. Eles têm sucesso em evitar fronteiras nacionais e a adaptar-se rapidamente ao atual ambiente econômico global.

No que concerne ao tópico em exame, essencialmente, o crime organizado transnacional é definido por atividades ilegais orientadas para lucros que ultrapassam as fronteiras nacionais. Nem todas as formas de crime organizado são transnacionais, mas, atualmente, existe uma gama de atividades nesta esfera que são realizadas com vínculos transnacionais ou mesmo em escala global (STOICA, 2016).

Parece lícito asseverar que no contexto da globalização, o crime organizado se expande, geograficamente – a nível espacial –, e numericamente – em relação ao número de países afetados, o número de grupos que operam e os campos de atividades ilegais. Quanto a este ponto, não há dúvida de que o Brasil possui uma delicada posição no quadro da expansão da criminalidade transnacional, haja vista que divide fronteira com diversos países propícios para a prática de delitos que exigem a transposição de fronteiras – para auferir lucros mais elevados –, tais como o tráfico de drogas, de armas e de pessoas.

Assume relevo, como, aliás, dão conta alguns argumentos já deduzidos, consoante sugere STOICA (2016), que a atuação contra o crime organizado transnacional tem que ser estendida ao âmbito global ou, ao menos, transnacional. Neste sentido, os fluxos criminosos transfronteiriços ocorrem em uma determinada região ou país, findando por produzir efeitos em outras regiões ou países, às vezes situadas a grandes distâncias. Como tal, STOICA dá conta de que “somente uma intervenção em uma escala semelhante à questão – ou seja, global – pode produzir os efeitos desejados”.

Em face dessas constatações, verifica-se, desde já, que apenas um sistema de investigação de caráter transnacional, vinculando duas ou mais autoridades de dois ou mais países pode suprir a ausência de mecanismos internos – fazendo-se referência especificamente ao Brasil e à legislação de regência – hábeis a fazer frente à contenção probatória e persecutória em face da macrocriminalidade organizada. “Trata-se, mais que nada, de responder a exigências do poder político ou das instâncias de aplicação judicial do Direito, impotentes na luta dos ordenamentos nacionais contra a criminalidade transnacional” (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 98).

Portanto, aqui representado de modo sumaríssimo e constituindo o ponto-chave da análise, a UNODC atesta que o combate a um fenômeno global como a criminalidade organizada transnacional exige parcerias em todos os níveis, sendo que um dos aspectos essenciais no que diz respeito a essa medida é a coordenação por meio de uma ação integrada a nível internacional, o que é crucial para identificar, investigar e processar pessoas e grupos por trás da prática de tais delitos.

### ***3. COMPONENTE ESTRUTURAL EXTERNO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA***

A ideia referente ao caráter proteico da moderna criminalidade atualmente ostenta aquilo que JESUS (2010, p. 918/919) denominou de “componente estrutural externo, transnacional ou globalizado da delinquência organizada”. A dimensão macro que atingiu o crime organizado – especialmente no Brasil – deve-se basicamente à sua capacidade de ir além-fronteira, o que problematiza o processo investigatório e, por conseguinte, o persecutório em juízo. Eis porque faz-se necessário o implemento de um ponto de conexão investigatório entre diferentes jurisdições estatais.

Fincadas essas premissas, JESUS (2010, p. 919) assevera que, para além das manifestações criminológicas que tradicionalmente afetam uma comunidade, há a face externa da Política Criminal moderna, que é a denominada transnacional ou globalizada. Isso porque o problema do crime organizado atinge âmbitos mais amplos e genéricos, “quase obrigando seu estudo sob uma ótica de integração supranacional (ou visão externa da questão)”.

Ponderando sobre tais questões, a transnacionalidade das condutas relativas ao crime organizado implicou na crescente adoção de exceções ao princípio da territorialidade (JESUS, 2010, p. 919). Com base nisso, deve-se sustentar que as exceções previstas no art. 7º do Código Penal, referentes à extraterritorialidade, não são suficientes quando se trata de condutas transnacionais organizadas.

Disso decorre, adentrando na temática de fundo e de acordo com JESUS (2010, p. 919), que:

O exame dos mecanismos atuais de cooperação internacional revela que não é mais viável conceber uma ‘concepção estática de ordenamentos jurídicos’, nem tampouco manter a exclusividade da resposta penal em mãos de um único Estado. Pelo contrário, percebe-se uma verdadeira tendência (principalmente nos países de Direito escrito) em ‘relativizar o princípio da territorialidade’ em favor do chamado ‘princípio de justiça universal’, introduzindo mudanças consideráveis em temas como da extradição e da dupla jurisdição penal.

A questão aqui apresentada revela que a prática concomitante de diversas e distintas infrações penais de elevada danosidade social no território de diferentes Estados – concepção central de macrocriminalidade organizada – exige a aplicação de avançados mecanismos de captura de provas. Não se afigura possível proceder uma diligente investigação no território nacional quando há indicativos da presença de outras provas correlacionadas em outros territórios, sem que haja cooperação entre as autoridades de distintos Estados.

Neste sentido, ainda com apoio em JESUS (2010, p. 921),

A dissociação produzida entre a execução material do delito e o resultado (que pode ocorrer em separado, tanto no espaço como no tempo) são fatores que exigem modelos unificados de resposta penal. O preenchimento de ‘lacunas legais internacionais’ é

sensivelmente potencializado se o tipo de delito em questão tem o perfil de delinquência organizada.

Em termos sumários, como modelo unificado de resposta penal, há um instrumento extremamente útil a fim de conceber uma concepção dinâmica entre os ordenamentos jurídicos com vistas à investigação e persecução penal das infrações penais que constituem o problema macro da criminalidade organizada: as Equipes Conjuntas de Investigação. Antes de adentrar no ponto principal, contudo, aborda-se as linhas gerais sobre o problema da captação de provas nas investigações transnacionais.

#### **4. O PROBLEMA DA COLHEITA DE PROVAS NAS INVESTIGAÇÕES TRANSNACIONAIS**

*O que acima foi dito sobre a existência de um componente estrutural externo, transnacional ou globalizado da delinquência organizada conforma, por consequência, um grande e inafastável problema: a questão atinente à colheita de provas em delitos praticados de forma transnacional.*

*Porque neste ponto três eixos devem ser vislumbrados: a consumação ou a tentativa de realização de diversas infrações penais em distintos países, relativas a uma organização criminosa; as investigações que devem ser empreendidas nos territórios afetados; e a persecução penal que há de ser materializada em pelo menos um dos Estados – o Estado-base da organização criminosa –, a fim de que haja uma resposta penal satisfativa.*

Assevere-se que o Código de Processo Penal, em seu Título VII, Capítulo I, na tratativa do inquérito policial e da prova, permanece atrelado às situações de caráter estritamente interno, não sendo utilizado, portanto, quando se trata de investigações transfronteiriças. Nesse caso, faz-se uso das disposições previstas no Livro V, Das Relações Jurisdicionais com Autoridade Estrangeira, onde há expressa previsão das cartas rogatórias e da homologação das sentenças estrangeiras, arts. 780 a 790, dois importantes instrumentos de cooperação jurídica internacional em matéria penal (Cf. ABADE, 2013).

Ainda assim, a previsão contida no Livro V do Código de Processo Penal não se mostra suficiente na questão relativa à criminalidade organizada transnacional. O mesmo deve ser dito quanto à Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que definiu organização criminosa, bem como dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, que foi um passo definitivo para a implementação interna de um sistema de investigação e persecução penal condizente o estado atual do crime organizado – dentro dos limites do território brasileiro.

Em face disso, especificamente no que tange à cooperação internacional para a produção de provas relativas ao crime organizado transfronteiriço, a Lei nº 12.850/2013

trata da questão em somente um momento, no art. 9º, que prescreve sobre a ação controlada, *verbis*:

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.

Nada obstante haja essa única previsão na Lei nº 12.850/2013 pertinente ao assunto em debate, há de ser louvada, visto que a ação controlada é um dos principais meios de prova dispostos no citado diploma, cuidando-se de uma “importante técnica de investigação” (LIMA, 2020, p. 834), sendo certo que a cooperação das autoridades dos países que figuram como provável itinerário ou destino do investigado constitui elemento essencial para a produção e confirmação da prova relativa à autoria e materialidade delitivas.

Mesmo assim, a ação controlada é somente um dos meios de prova previstos na Lei nº 12.850/2013 que, definitivamente, como será tratado no tópico abaixo, não tem a abrangência das Equipes Conjuntas de Investigação que, contudo e por sua vez, não tem previsão na citada lei nacional de regência sobre organizações criminosas.

Esta breve exposição bem demonstra que há um nó górdio na legislação nacional quanto ao tema envolvendo a investigação de delitos praticados por organizações criminosas que atuam além-fronteira. Diga-se que nem o Código de Processo – à exceção dos citados arts. 780 a 790 – e nem a Lei nº 12.850/2013 oferecem mecanismos aptos e suficientes à captura de provas em delitos consumados em dois ou mais países, o que dificulta, e muito, a persecução penal tanto do delito de organização criminosa (art. 2º, Lei nº 12.850/2013), quanto dos diversos e quase sempre complexos crimes atrelados.

Como obter, por exemplo, provas de autoria e materialidade de infrações penais como tráfico internacional de drogas, tráfico internacional de pessoas, tráfico internacional de armas de fogo, evasão de divisas e lavagem de dinheiro, comumente praticados por organizações criminosas transnacionais, além do próprio delito de promoção, constituição, financiamento ou integração de organização criminosa, tal como previsto na Lei nº 12.850/2013?

Certo é que a Lei nº 12.850/2013 considera organização criminosa, também, aquela que seja de caráter transnacional, conforme enunciado no art. 1º, §1º. No entanto, no trato dos meios de investigação e obtenção de prova (Capítulo II, art. 3º), além de outras

hipóteses, determina que é permitida, em qualquer fase da persecução penal, a “cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal” – repise-se: isso dentro dos limites do território nacional.

Em que pese essa exposição, de modo geral, ARAS opina que “há uma série de medidas de cooperação internacional voltadas para a obtenção de provas no exterior, sejam elas documentais, orais ou periciais” (2019, p. 437), pelo que é possível citar as cartas rogatórias e o auxílio direto, medidas de cooperação penal internacional – o que aqui não será objeto de análise.

Ademais, seguindo aos rumos do presente estudo, ARAS explicita que “as técnicas especiais de investigação (*special investigative techniques*) – ou meios especiais de obtenção de prova na linguagem da Lei nº 12.850/2013 – são admitidas na cooperação penal internacional” (2019, p. 449).

E diga-se, ainda com apoio em ARAS, que há um reforço quanto a essa questão na *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo)*, precisamente no art. 20, §2º, ao dispor que “para efeitos de investigações sobre as infrações previstas na presente Convenção, os Estados Partes são instados a celebrar, se necessário, acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais apropriados para recorrer às técnicas especiais de investigação, no âmbito da cooperação internacional”, o que se aplica inclusive para a persecução da lavagem de dinheiro e da corrupção, o que há de somar-se à previsão contida no importante art. 19 da mesma Convenção de Palermo, dispositivo esse que constitui um dos eixos centrais do artigo.

São dois pesos e duas medidas: se de um lado os delitos evoluem, tornando-se tão complexos quanto a evolução própria da sociedade; de outro, há de evoluir, também, os meios de investigação para uma adequada persecução penal.

Nesse ponto entra a relevância da aplicação das Equipes Conjuntas de Investigação como medida para a captação de provas e ulterior substrato para a persecução penal em juízo dos delitos praticados no âmbito da macrocriminalidade organizada.

## **5. MECANISMO DE CAPTAÇÃO DE PROVAS CONTRA A MACROCRIMINALIDADE ORGANIZADA: AS EQUIPES CONJUNTAS DE INVESTIGAÇÃO**

### *5.1. Histórico*

O instrumento investigatório das Equipes Conjuntas de Investigação (ECIs) – ou do inglês *Joint Investigation Teams (JIT)* – é um produto da modernidade. Na verdade, é

recentíssimo, datado de algumas poucas décadas, mas cuja força de aplicação passou a incidir a partir dos anos 2000.

O exame inicial afere que as Equipes Conjuntas de Investigação possuíram maior sistematização e aceitação nos países da Europa, provavelmente por conta do estágio avançado de integração entre os países daquele continente, o que permite propor com maior segurança e em consonância com os princípios da União Europeia, a possibilidade de trabalhos conjuntos entre autoridades de investigação de dois ou mais países, mesmo quando se encontrem fora de sua jurisdição de origem.

De acordo com BLOCK (2011, p. 89),

as Equipes Conjuntas de Investigação apareceram pela primeira vez no plano da elaboração de políticas da União Europeia, num documento de discussão apresentado em 1994 pela delegação alemã ao Grupo de Trabalho de Cooperação da Alfândega.

Neste prisma, BLOCK (2011, p. 89) atesta que:

O documento relacionado com a revisão e atualização da Convenção de Nápoles de 1967 sobre a assistência mútua entre autoridades alfandegárias e o seu conteúdo foi baseado em sugestões de autoridades aduaneiras da Alemanha para uma nova convenção. Uma das sugestões foi a criação de 'equipes conjuntas'.

Logo, vê-se que o instrumento em estudo tem suas raízes no âmbito europeu, onde os primeiros passos para a efetivação de uma mais eficaz cooperação mútua entre Estados para fins de investigação foram dados. Dito isso, ainda com base em BLOCK (2011, p. 89), a sugestão para a criação de equipes conjuntas reapareceu no primeiro esboço para a Convenção Relativa à Assistência Mútua e à Cooperação entre Administrações Aduaneiras (Nápoles II), enviada pela Alemanha e que apresenta as Equipes Conjuntas de Investigação como um método adicional de cooperação, além da tradicional assistência mútua:

No âmbito da luta contra organizações criminosas internacionais, durante um período de tempo limitado e a fim de atingir um objetivo de investigação específico, pode tornar-se necessário formar uma equipe conjunta de investigação que envolva autoridades de dois ou mais Estados-membros. A ideia é possibilitar a identificação e o combate às estruturas criminosas organizadas.

Percebe-se que a concepção original em torno da constituição das Equipes Conjuntas de Investigação teve como ponto de partida, justamente, o combate ao crime organizado transnacional, por conta da premente necessidade de prevenção, investigação e repressão de infrações cujas execuções e consumações podem dar-se em diferentes Estados, tal como ocorre no tráfico internacional de drogas, sendo certo que a primeira menção às Equipes Conjuntas de Investigação no combate ao crime organizado ocorreu em 1997, de modo que a Europol pudesse iniciar investigações multidisciplinares conjuntas em larga escala envolvendo dois ou mais Estados-membros (BLOCK, 2011, p. 90).

É preciso, pois, trazer ao contexto, para melhor compreensão, as disposições da Convenção Relativa à Assistência Mútua e à Cooperação entre Administrações Aduaneiras (Nápoles II), que substitui e reforça a Convenção de Nápoles original celebrada em 1967 e abrange a assistência mútua e a cooperação entre as autoridades nacionais na prevenção, investigação e repressão de determinadas infrações às regulamentações aduaneiras nacionais e da União Europeia, aplicável a partir de 23 de junho de 2009.

Em que pese o regime aduaneiro ser o ponto principal da Convenção Nápoles II, a possibilidade de os infratores utilizarem as vias alfandegárias para o cometimento de ilícitos penais transnacionais – com fins efetivamente financeiros, levou as autoridades dos países da União Europeia a cooperar entre si para combater a fraude aduaneira e o tráfico transnacional, bem como para reprimir e punir os infratores.

Além disso, a Convenção Nápoles II aplica-se às regulamentações aduaneiras nacionais, incluindo as relacionadas com o tráfico de drogas e de armas e com a pornografia infantil, bem como à lavagem de dinheiro, crimes estes quase sempre correlacionados com organizações criminosas transnacionais, por conta da presença do elemento ínsito a tais delitos: o proveito econômico ilícito.

Sendo assim, precisamente, no Título IV da Convenção Nápoles II, que versa acerca das formas especiais de cooperação, há a previsão no que diz respeito ao mecanismo em questão, denominado “equipes de investigação especial comuns”, cuja aplicação, neste caso, é restrita ao plano europeu, mas, como será disposto abaixo, é possível notar pontos em comum com a normativa aplicável na América do Sul.

Deste modo, veja-se o que prevê o art. 24 da Convenção Nápoles II (com previsão semelhante no art. 13 da Convenção sobre Assistência Mútua em Matéria Penal entre os Estados-Membros da União Europeia):

#### Artigo 24º Equipes de investigação especial comuns

1. De comum acordo, as autoridades de vários Estados-membros podem constituir uma equipe de investigação especial comum,

implantada num Estado-membro e composta por agentes especializados nos domínios em causa.

À equipe de investigação especial comum serão atribuídas as seguintes tarefas:

- execução de investigações difíceis que requeiram grandes meios, destinadas a averiguar infracções específicas que exijam um procedimento simultâneo e concertado nos Estados-membros participantes,

- coordenação de atividades comuns destinadas a impedir ou averiguar certos tipos de infracções e obter informações sobre as pessoas implicadas, o meio em que se movem e o seu modo de atuação.

2. As equipes de investigação especial comuns operarão nas seguintes condições gerais:

a) Serão constituídas apenas para um fim determinado e por um período de tempo limitado;

b) A direção da equipe ficará a cargo de um agente do Estado-membro em cujo território a equipa tenha de intervir;

c) Os agentes participantes ficarão sujeitos à legislação do Estado-membro em cujo território a equipe tenha de intervir;

d) O Estado-membro em cujo território a equipe intervém criará as condições de organização necessárias ao seu funcionamento.

3. A participação na equipe não confere aos agentes que a constituem poderes de intervenção no território de outro Estado-membro.

Isso demonstra o quadro geral que fundamenta as Equipes Conjuntas de Investigação: a existência de um acordo comum entre autoridades especializadas de diferentes Estados para fins de investigações complexas e concertadas por parte dos Estados envolvidos, cuja finalidade é a investigação (averiguação) e repressão de determinadas infracções, respeitando-se a soberania do Estado no qual ocorrerá a intervenção.

Outrossim e como já se demonstrou, BLOCK (2011, p. 91) sustenta que as iniciativas para a criação de Equipes Conjuntas de Investigação entre dois ou mais Estados no âmbito europeu partiu da Alemanha, asseverando o citado autor que “as elevadas expectativas relacionadas com os equipas conjuntas de investigação podem possivelmente ser explicadas por experiências domésticas na Alemanha”. Diga-se que houve um notável esforço da parte da Alemanha para inserir o conceito de Equipes Conjuntas de Investigação no quadro jurídico da União Europeia.

Consoante tal ordem de considerações, BLOCK conforma não surpreender que as Equipes Conjuntas de Investigação, no âmbito da Alemanha denominadas de *Gemeinsame Ermittlungsgruppen*, tenham sido uma estratégia de cooperação utilizada com frequência entre distintos órgãos de aplicação da lei nos diferentes Estados (*Länder*) da República Federal Alemã, antes de a Alemanha apresentar sua sugestão à União Europeia.

Por isso, BLOCK (2011, p. 91) menciona que a primeira *Gemeinsame Ermittlungsgruppen* foi estabelecida em 1970 na cidade de Hamburgo, entre a polícia estadual e a alfândega federal, cuja finalidade era a averiguação do tráfico de drogas, o que resultou na abreviatura GER (*Gemeinsame Ermittlungsgruppe Rauschgift*), comumente utilizada na Alemanha para estas equipas.

Há informações de que, em 1988, o primeiro acordo escrito entre a polícia e a alfândega incluindo disposições acerca das equipas conjuntas foi estabelecido em Nordrhein-Westfalen. Dois anos mais tarde, o governo federal alemão promoveu a utilização de equipas conjuntas entre a polícia e a alfândega na sua estratégia nacional de combate ao tráfico de drogas, de forma que as GER proliferaram-se por toda a Alemanha, embora com estruturas distintas (BLOCK, 2011, p. 92).

Assim vistas as coisas, nota-se que as Equipes Conjuntas de Investigação só foram inicialmente destacadas para o campo do crime de tráfico de drogas, dentro do território da Alemanha e depois para a União Europeia, contudo, BLOCK (2011, p. 92) atesta que atualmente as Equipes Conjuntas de Investigação são constituídas para combater vários tipos de crime organizado.

Assim, com base no exposto, conforme RIJKEN (2006, p. 99), “o instrumento das Equipes Conjuntas de Investigação foi há muito previsto como meio para facilitar a assistência mútua em matéria penal entre os Estados-membros da União Europeia”.

Com efeito, o que foi dito demonstra que as primeiras abordagens em relação à instrumentalização das Equipes Conjuntas de Investigação – incluindo-se aqui aquela relacionada à criminalidade organizada, a partir de 1997 – materializou-se especialmente na Europa, a partir das iniciativas da Alemanha, que já utilizava do referido meio de investigação desde a década de 1970.

A exposição histórica atesta que, na atualidade, “há vários instrumentos para viabilizar a cooperação internacional em matéria penal, no interesse de uma investigação criminal ou do processo penal” (ARAS, 2019, p. 425), entretanto, será demonstrado o fato de ser as Equipes Conjuntas de Investigação um dos mecanismos de investigação mais relevantes no plano da cooperação internacional criminal, por conta de sua abrangência e disposição das autoridades de diferentes Estados para implementar o instituto.

## *5.2. Concepção e fundamentação legal nacional e internacional*

*Assume relevo, já no início da tratativa legal nacional e internacional vinculada às Equipes Conjuntas de Investigação, que apesar dos diversos acordos internacionais sobre cooperação jurídica em matéria penal bilaterais e multilaterais já ratificados e em vigor no Brasil, a normativa específica sobre as Equipes Conjuntas de Investigação ainda vem esbarrando na insuficiência de instrumentos legais que viabilizem essa forma de investigação transnacional no ordenamento jurídico brasileiro.*

Não obstante, no plano das Organizações das Nações Unidas (ONU) – em nível internacional, portanto – há a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena, a 20 de dezembro de 1988, sendo o tratado internacional mais antigo a prever a possibilidade de instrumentalização das Equipes Conjuntas de Investigação, tendo sido internalizada no Brasil por intermédio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991.

Seu art. 9º, 1, alínea “c”, assim dispõe:

1 - As Partes Colaborarão estreitamente entre si, em harmonia com seus respectivos ordenamentos jurídicos e sua administração, com o objetivo de aumentar a eficácia das medidas de detecção e repressão, visando à supressão da prática de delitos estabelecidos no parágrafo 1 do Artigo 3. Deverão fazê-lo, em particular, com base nos acordos ou ajustes bilaterais ou multilaterais:

[...]

c) quando for oportuno, e sempre que não contravenha o disposto no direito interno, criar equipes conjuntas, levando em consideração a necessidade de proteger a segurança das pessoas e das operações, para dar cumprimento ao disposto neste parágrafo. Os funcionários de qualquer umas das Partes, que integrem as equipes, atuarão de acordo com a autorização das autoridades competentes da Parte em cujo território se realizará a operação. Em todos os casos, as Partes

em questão velarão para que seja plenamente respeitada a soberania da parte em cujo território se realizará a operação.

Bem analisadas as circunstâncias, em 1988 já havia a previsão de caráter internacional acerca da constituição de Equipes Conjuntas de Investigação, para fins de investigação de condutas relativas ao tráfico ilícitos de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, norma que passou a ter incidência no território brasileiro a partir do ano de 1991.

Somente a partir dos anos 2000, entretanto, que a temática afeta às Equipes Conjuntas de Investigação passou a ter acentuada atenção por parte das legislações ao redor do mundo, em especial na Europa e no seio onusiano (ONU).

Na Europa, existem três grandes normas internacionais que tratam das Equipes Conjuntas de Investigação: a Convenção da União Europeia de 2000, o Segundo Protocolo Adicional de 2001 à Convenção do Conselho da Europa de 1959 e a Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia sobre Equipes Conjuntas de Investigação de 2002, cujos textos são similares quanto ao tema em debate.

No âmbito europeu, é possível destacar outros dois documentos acerca do assunto, oriundos do Conselho da União Europeia: o Guia Prático para as Equipes de Investigação Conjunta e a Resolução do Conselho relativa a um Modelo de Acordo para a Criação de Equipes de Investigação Conjunta, sendo que essa Resolução é abrangida pelo Guia Prático, e constitui um modelo do acordo a ser seguido pelos Estados ao formalizarem a criação de Equipes Conjuntas de Investigação, que trata dos requisitos de constituição e funcionamento, considerados essenciais pelo Conselho da União Europeia.

Na sistemática interamericana, há o seguinte projeto de tratado, que ainda não se encontra em vigor: a Convenção para a Cooperação entre os Estados membros da Conferência de Ministros de Justiça dos Países Ibero-americanos (COMJIB) em matéria de Equipes de Investigação Conjunta, de 2013, cujo texto muito se aproxima das convenções europeias que dispõem sobre as Equipes Conjuntas de Investigação.

Nota-se que o texto da referida convenção regional, da qual o Brasil faz parte, é muito similar ao que consta do Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, de 2010, e regulamenta, com maior segurança jurídica e de forma mais detalhada, as etapas para a constituição e funcionamento de uma Equipes Conjuntas de Investigação formalmente criada entre Estados.

Prosseguindo nesse contexto e aqui estando uma das bases principais do estudo, em 15 de novembro de 2000, houve a aprovação internacional, pela Assembleia-

Geral da ONU, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, tendo sido promulgada no Brasil em 12 de março de 2004, por meio do Decreto nº 5.015.

A disposição normativa da Convenção de Palermo, de forma inovadora, já no ano 2000, no âmbito internacional, e a partir de 2004, para o Brasil, tratou expressamente das Equipes Conjuntas de Investigação em seu art. 19:

Artigo 19. Investigações conjuntas. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais em virtude dos quais, com respeito a matérias que sejam objeto de investigação, processos ou ações judiciais em um ou mais Estados, as autoridades competentes possam estabelecer órgãos mistos de investigação. Na ausência de tais acordos ou protocolos, poderá ser decidida casuisticamente a realização de investigações conjuntas. Os Estados Partes envolvidos agirão de modo a que a soberania do Estado Parte em cujo território decorra a investigação seja plenamente respeitada.

Na sequência, ainda no seio da ONU, adveio a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), em 31 de outubro de 2003, que foi promulgada internamente no Brasil pelo Decreto nº 6.587, de 31 de janeiro de 2006. Seu art. 49 é expresso ao dispor sobre as equipes conjuntas de investigação:

Artigo 49. Investigações conjuntas. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos ou tratados bilaterais ou multilaterais em virtude dos quais, em relação com questões que são objeto de investigações, processos ou ações penais em um ou mais Estados, as autoridades competentes possam estabelecer órgãos mistos de investigação. Na falta de tais acordos ou tratados, as investigações conjuntas poderão levar-se a cabo mediante acordos acertados caso a caso. Os Estados Partes interessados velarão para que a soberania do Estado Parte em cujo território se efetua a investigação seja plenamente respeitada.

*De se ver, assim, que há três grandes tratados internacionais emergidos da ONU que possuem, cada qual, um dispositivo específico que prevê a possibilidade de cooperação entre os Estados-partes, no caso, por meio da composição de Equipes Conjuntas de Investigação, para, respectivamente, investigar fatos relacionados ao tráfico internacional de drogas e substâncias psicotrópicas, ao crime organizado transnacional e à corrupção.*

A Convenção de Palermo, de seu turno, é o diploma internacional ratificado pelo Brasil cuja finalidade principal é reprimir a criminalidade organizada além-fronteira, cujo eixo de aplicação “consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional”, conforme consta de seu artigo 1º, que trata do objetivo do tratado em questão.

Eis, portanto, um dos fundamentos para a instrumentalização das Equipes Conjuntas de Investigação (art. 19) como forma de tornar mais eficaz a investigação e a persecução penal dos delitos implicados na conjuntura da macrocriminalidade organizada.

Isso permite constatar que, em tendo sido já internalizada formalmente por intermédio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, já havia possibilidade firmada no âmbito internacional para que o Brasil – Estado-parte da Convenção de Palermo – utilizasse internamente da sistemática das Equipes Conjuntas de Investigação por seus órgãos de investigação e persecução penal com outros Estados-partes da mesma Convenção, para fins de investigação e repressão à criminalidade organizada transnacional.

*Mas ainda há pontos legais para análise.* No contexto interno, a primeira vez que a temática que envolve as Equipes Conjuntas de Investigação obteve respaldo legal em lei ordinária foi por meio da Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016, que dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Sua previsão está contida no art. 5º, inciso III:

Art. 5º. A repressão ao tráfico de pessoas dar-se-á por meio:

[...]

III - da formação de equipes conjuntas de investigação.

Em que pese não haja uma concepção ou requisitos legais sobre o tema na referida Lei nº 13.344/2016, o legislador ordinário demonstrou a boa intenção em acolher o instituto, dando mostras de que as Equipes Conjuntas de Investigação podem ser utilizadas como forma de repressão a um gravíssimo delito que guarda estreita relação com a macrocriminalidade organizada: o tráfico nacional e transnacional de pessoas.

Nesse particular aspecto, o reforço a tal situação veio com a promulgação interna do Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, o que se deu pelo Decreto nº 10.452, de 10 de agosto de 2020 – acordo firmado pela República Federativa do Brasil, em San Juan, em 2 de agosto do longínquo ano de 2010.

O objetivo do Acordo-Quadro é intensificar o trabalho de cooperação entre países membros do Mercosul no combate ao crime organizado transnacional por meio do

estabelecimento de investigação conjunta, o que reforça a cooperação jurídica internacional entre os países do bloco.

O Acordo-Quadro do Mercosul tem como diretriz dinamizar procedimentos de cooperação internacional em matéria criminal e permitir o trabalho próximo e concomitante, na produção de provas, entre autoridades de investigação de dois ou mais países, de forma a viabilizar, com maior celeridade e objetividade, a colaboração no combate ao crime organizado transnacional.

Esta forma cooperacional é decorrente de uma preocupação do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai (Estados-Partes do Mercosul), bem como da Bolívia e do Equador (Estados Associados do Mercosul), com os delitos como o tráfico ilícito de entorpecentes, corrupção, tráfico de armas e todos aqueles que integram o chamado crime organizado transnacional. Os Estados que ratificarem o Acordo-Quadro ficam convencidos deste modo, que as Equipes Conjuntas de Investigação constituirão uma ferramenta eficaz de cooperação internacional em matéria penal.

Sendo coerente a ideia de que grande parte do fluxo transfronteiriço das organizações criminosas que operam no Brasil dá-se com relação aos países limítrofes e próximos na América do Sul, o citado Acordo-Quadro certamente preencherá uma lacuna relevante acerca do assunto, o que está bem delineado em seu art. 1º:

Artigo 1º. As autoridades competentes de uma Parte, que estiverem a cargo de uma investigação penal, poderão solicitar a criação de uma Equipe Conjunta de Investigação às autoridades competentes de outra Parte, quando essa investigação tiver por objeto condutas delituosas que por suas características exijam a atuação coordenada de mais de uma Parte.

Na atual quadra, na qual “criminosos desconhecem fronteiras” (ARAS, 2019, p. 424), incumbe às autoridades competentes dos Estados-partes do Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação propor ou admitir a formação de uma ECI, o que deve ocorrer por meio de suas autoridades centrais.

É o que prevê o art. 5º do Acordo-Quadro:

Art. 5º. Formalizada a solicitação pela Autoridade Competente da Parte Requerente, ela a remeterá a sua Autoridade Central. A Autoridade Central analisará se a solicitação reúne as condições

estabelecidas no presente Acordo e, nesse caso, encaminhará o pedido à Autoridade Central da Parte Requerida.

*Impõe-se dizer que o Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação até o presente momento foi ratificado por Equador, Argentina e Brasil, de modo que, por enquanto, a formação de uma Equipe Conjunta de Investigação somente pode ser concluída entre os citados Estados-partes.*

Em síntese, no que concerne à investigação, prevenção e persecução penal dos crimes relacionados à macrocriminalidade organizada, no contexto brasileiro há duas normas que podem fundamentar um pedido de constituição de uma Equipe Conjunta de Investigação: a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e o Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação.

Para além do que prevê a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e o Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, ambos especificamente direcionados à macrocriminalidade organizada e já em vigor para o Brasil, há de se fazer referência ao Projeto de Lei nº 6.341/2019, que deu origem à Lei nº 13.964/2019, conhecida por instituir o chamado Pacote Anticrime.

No que concerne ao tópico em exame, o texto original do aludido PL nº 6.341/2019 trazia uma previsão específica no que tange às Equipes Conjuntas de Investigação, cuja finalidade era a inserção do mecanismo no teor da Lei nº 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas). Veja-se como seria a redação do art. 3º-A da citada norma:

Art. 3º-A. O Ministério Público Federal e a Polícia Federal poderão firmar acordos ou convênios com congêneres estrangeiros para constituir equipes conjuntas de investigação para a apuração de crimes de terrorismo, crimes transnacionais ou crimes cometidos por organizações criminosas internacionais.

§1º Respeitadas as suas atribuições e competências, outros órgãos federais e entes públicos estaduais poderão compor as equipes conjuntas de investigação.

§2º O compartilhamento ou a transferência de provas no âmbito das equipes conjuntas de investigação devidamente constituídas

dispensam formalização ou autenticação especiais, sendo exigida apenas a demonstração da cadeia de custódia.

§3º Para a constituição de equipes conjuntas de investigação, não se exige a previsão em tratados.

§4º A constituição e o funcionamento das equipes conjuntas de investigação serão regulamentadas por meio de decreto. (NR)

*Sem embargo, o grupo de trabalho que então analisou o texto do Projeto de Lei nº 6.341/2019, ainda no mês de outubro do ano de 2019, decidiu retirar a previsão de acordos de cooperação sem previsão de tratados internacionais em investigações de organizações criminosas.*

*Além disso, entendeu-se que a previsão no sentido de que o Ministério Público Federal e a Polícia Federal poderiam constituir Equipes Conjuntas de Investigação para atuarem em crimes de terrorismo, transnacionais ou cometidos por organizações criminosas internacionais violaria a prerrogativa do Congresso Nacional de aprovar tratados internacionais do quais o Brasil é signatário.*

Em que pese os argumentos deduzidos pela Câmara dos Deputados, perdeu-se a oportunidade, diga-se de passagem, de se ter a previsão em lei ordinária da instrumentalização de Equipes Conjuntas de Investigação com a específica finalidade de prevenção e repressão à criminalidade organizada transnacional, questão ausente – como já foi sustentado – na Lei nº 12.850/2013, cujo procedimento probatório ali definido está limitado ao regime jurídico e jurisdicional interno.

De qualquer modo, está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 8.045/2010, cuja diretriz é dispor sobre o novo Código de Processo Penal e há uma tendência de inserir dispositivos referentes às Equipes Conjuntas de Investigação, o que, sem dúvida, constituirá um notável avanço em termos probatórios.

De acordo com o Relatório da Câmara dos Deputados relativo ao PL nº 8.045/2010:

Também foi incorporada disciplina das equipes conjuntas de investigação, atendendo a compromissos internacionais assumidos. Tais equipes poderão ser constituídas para a apuração criminal de fato que configure delito previsto em tratado internacional de que o Brasil seja parte, a fim de que possa ser conduzida em território brasileiro ou estrangeiro, ou ainda quando houver apurações

correlatas que exijam a coordenação de atuação de mais de um país, diante de sua complexidade.

*A novidade adveio por intermédio da Emenda nº 225/16, que trouxe ao PL as Equipes Conjuntas de Investigação, incorporada e acolhida no substitutivo apresentado à Câmara dos Deputados.*

Em recente audiência promovida pela comissão especial da Câmara dos Deputados que analisa o projeto do novo Código de Processo Penal, o Ministério Público Federal (MPF) defendeu alterações na proposta para fortalecer a cooperação jurídica internacional, propondo-se medidas para favorecer a formação de Equipes Conjuntas de Investigação no combate a crimes transnacionais.

No entanto, na oportunidade, o MPF sugeriu que seja retirada da proposta do novo CPP a exigência de um acordo constitutivo, a cargo da autoridade central, para a formação de Equipes Conjuntas de Investigação, que envolvem autoridades de diferentes países, haja vista que a medida contraria o Acordo-Quadro do Mercosul, que prevê a criação das ECIs por meio de acordo de cooperação técnica entre as autoridades envolvidas.

Isso porque, com fulcro no Acordo-Quadro, o MPF já tem integrado equipes formadas por integrantes da polícia e do Ministério Público de outros países, para a investigação e combate a crimes transnacionais, tendo sido necessário apenas o envio de proposta formal à autoridade central, justificando a necessidade do trabalho conjunto.

Nada obstante o correto posicionamento do Ministério Público Federal, uma previsão em lei ordinária interna tratando da instituição de Equipes Conjuntas de Investigação como meio probatório na investigação e persecução penal é medida louvável.

Por derradeiro e para melhor intelecção, agregue-se os principais dispositivos do texto do PL nº 8.045/2010, pertinente às Equipes Conjuntas de Investigação, com expressa previsão no Título V – Das Equipes Conjuntas de Investigação, com ampla e detalhada normatização entre os arts. 763 e 780 do projeto do novo Código de Processo Penal:

Art. 763. A constituição de Equipe Conjunta de Investigação (ECI), prevista nas Convenções das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a Corrupção e o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, obedecerá ao disposto neste Título, sem prejuízo de sua formação para a apuração de outros crimes previstos em tratado internacional de que o Brasil faça parte.

§1º Enseja a constituição de uma Equipe Conjunta de Investigação a apuração criminal de fato que configure delito previsto em tratado internacional de que o Brasil seja parte, com repercussão

transnacional, que possa ser conduzida em território brasileiro ou estrangeiro, ou a existência de apurações correlatas que exijam a coordenação de atuação de mais de um país, diante de sua complexidade.

§2º As autoridades competentes brasileiras devem possuir jurisdição territorial ou extraterritorial em relação ao fato objeto da investigação.

[...]

Art. 764. O acordo operacional ou similar poderá ser firmado pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública ou autoridade por ele designada, em representação ao Estado brasileiro.

Parágrafo único. Quando a autoridade central brasileira não estiver vinculada ao Ministério da Justiça, o acordo previsto neste artigo será firmado pelo Ministro das Relações Exteriores ou autoridade por ele designada, em representação ao Estado brasileiro.

Art. 765. A solicitação para a criação de Equipe Conjunta de Investigação pelo órgão interessado será enviada ao Estado estrangeiro ou recebida no Brasil por intermédio da autoridade central brasileira para cooperação internacional designada por lei ou tratado, que deverá manifestar-se acerca dos requisitos formais de admissibilidade para a formação da referida equipe, ou por mala diplomática, salvo previsão expressa em tratado internacional.

[...]

Art. 766. A aceitação do Estado requerido ao pedido de criação da Equipe Conjunta de Investigação será realizada por intermédio da autoridade central brasileira.

§1º. Após a aceitação do Estado requerido e presentes os requisitos formais de admissibilidade, será celebrado o acordo operacional que constituirá a Equipe Conjunta de Investigação.

§2º A recusa ao pedido de criação da Equipe Conjunta de Investigação será realizada por intermédio da autoridade central brasileira e deverá ser devidamente fundamentada.

Art. 768. São órgãos integrantes da Equipe Conjunta de Investigação e possuem legitimidade para firmar o respectivo instrumento de cooperação técnica:

I - a Polícia Federal e a Procuradoria Geral da República, conjuntamente, de acordo com suas atribuições legais, pelo Estado brasileiro;

II - as instituições estrangeiras congêneres, responsáveis pela condução de investigações criminais ou atuação em processo penal, pelo Estado estrangeiro.

§1º Poderão ser convidados a participar da Equipe Conjunta de Investigação, como membros adjuntos brasileiros, conforme a necessidade, outros órgãos federais, estaduais e do Distrito Federal, assim como organizações internacionais, todos dentro de suas respectivas competências.

§2º A Equipe Conjunta de Investigação poderá atuar em qualquer parte do território nacional e requisitar, quando cabível, a colaboração de órgãos de segurança pública federais, dos Estados e do Distrito Federal, e o apoio de outras autoridades locais.

§3º A Advocacia-Geral da União poderá participar como órgão integrante, conjuntamente com órgãos descritos no inciso I, nos casos em que os fatos criminais investigados possam caracterizar também ato de improbidade administrativa ou responsabilidade civil ou administrativa por ato contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Assim concebido, o texto tencionará a preencher relevante lacuna na tratativa das Equipes Conjuntas de Investigação como instrumento probatório em investigações transnacionais complexas, tais quais aquelas vinculadas à macrocriminalidade organizada, questão-chave do estudo que ora se apresenta.

Assim, uma especificação pormenorizada dos procedimentos levados a cabo pelas Equipes Conjuntas de Investigação encontra-se bem delineada no art. 765 do PL nº 8.045/2010, deixando expresso normas relativas à definição do objeto e finalidade de atuação da equipe; à exposição sucinta dos fatos investigados e descrição dos motivos que justificam a necessidade de criação da equipe; à descrição sucinta dos procedimentos de investigação que se propõe realizar durante o funcionamento da equipe; ao provável prazo

para seu funcionamento; e às regras de sigilo e confidencialidade que cada órgão integrante deve obedecer em relação aos fatos apurados pela equipe.

Portanto, é inegável o avanço que se dará com a aprovação do novo Código de Processo Penal em termos de cooperação jurídica internacional em matéria penal, havendo uma preocupação salutar do legislador ordinário com a previsão em lei ordinária acerca das Equipes Conjuntas de Investigação.

Contudo, não havendo certeza se o que consta do aludido Título V do texto do PL nº 8.045/2010 será mantido e aprovado, desde logo se pode concluir que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e o Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação suprem a ausência de normas internas condizentes com a instrumentalização de Equipes Conjuntas de Investigação em casos complexos de natureza transnacional atinentes à macrocriminalidade organizada, pois ambos já foram formalmente internalizados, não havendo óbices quanto à aplicação das mencionadas normas internacionais pelas autoridades brasileiras.

Por último, uma última palavra sobre os conceitos de Equipes Conjuntas de Investigação deve ser explicitada. A ideia geral em torno do assunto revela que, constituída por membros de Ministérios Públicos e autoridades policiais de dois ou mais Estados, uma equipe conjunta de investigação tem por objetivo realizar a investigação e a persecução de crimes transnacionais complexos, em um ou em todos os países que a compõe, a partir da celebração de acordo internacional entre as instituições envolvidas.

RIJKEN (2006, p. 102) anota que "a *Joint Investigation Team* é uma equipe de investigação operacional, criada com o objetivo de investigar casos complexos em diferentes Estados e composta por autoridades distintas destes Estados".

*Definição específica de Equipes Conjuntas de Investigação pode ser encontrada no art. 3º, 3.1, do Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação:*

*3.1. Equipe Conjunta de Investigação (ECI): É a constituída por meio de um instrumento de cooperação técnica específico que se celebra entre as Autoridades Competentes de duas ou mais Partes, para levar adiante investigações penais em seus territórios, por um tempo e fim determinados.*

*Por outro lado, mas no mesmo sentido, na concepção da EUROJUST (European Union Agency for Criminal Justice Cooperation)*

*Uma equipe conjunta de investigação (ECI) é um dos instrumentos mais avançados utilizados na cooperação internacional em matéria penal, incluindo um acordo jurídico entre autoridades competentes de dois ou mais Estados com o objetivo de realizar investigações criminais. Composta por procuradores e autoridades de vinculadas à aplicação da lei, bem como juízes, as ECI são estabelecidas por um período fixo, normalmente entre 12 e 24 meses, tal como é necessário para se chegar a conclusões bem sucedidas nas investigações.*

*Já para a EUROPOL (European Police Office):*

*Uma equipe conjunta de investigação é um instrumento de cooperação internacional baseado num acordo entre autoridades competentes – tanto judiciais (juízes, procuradores, juízes de investigação) como policiais – de dois ou mais Estados, estabelecidos por uma duração limitada e com um objetivo específico, para realizar investigações criminais em um ou mais dos Estados envolvidos.*

As concepções são semelhantes devido às finalidades semelhantes, haja vista que as Equipes Conjuntas de Investigação são *um instrumento de cooperação eficiente e eficaz entre as agências nacionais de investigação no combate ao crime transfronteiriço, especialmente o organizado e concertado entre diversas jurisdições, facilitando a coordenação de investigações e processos judiciais conduzidos em paralelo em vários Estados.*

### *5.3. Sobre a aplicação do instituto das Equipes Conjuntas de Investigação*

Induvidoso, consoante a exposição apresentada, que as Equipes Conjuntas de Investigação permitem a implementação de técnicas de persecução mais eficazes para identificar, investigar e julgar os membros das organizações criminosas transnacionais. Os usos mais comuns desta forma de cooperação são no âmbito do tráfico de drogas, do tráfico de pessoas, da corrupção, da lavagem de dinheiro, do terrorismo, do contrabando de armas e dos crimes cibernéticos.

Os considerandos do Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação bem explicitam tais fins:

Preocupados com delitos como o tráfico ilícito de entorpecentes, a corrupção, a lavagem de ativos, o tráfico de pessoas, o tráfico de migrantes, o tráfico de armas e todos aqueles que integram o

chamado crime organizado transnacional, bem como os atos de terrorismo, ou delitos cujas características tornem necessária a atuação e o combate coordenados de mais de uma Parte;

Desejosos de reforçar a cooperação em matéria penal a fim de chegar a uma efetiva investigação de todas aquelas condutas referidas precedentemente;

Convencidos de que as equipes conjuntas de investigação constituirão uma ferramenta eficaz de cooperação internacional em matéria penal; e

Entendendo necessário contar com mecanismos apropriados de cooperação que permitam uma efetiva coordenação entre as autoridades das Partes.

É premente que o Acordo-Quadro do Mercosul veio a lume como relevante instrumento de constituição das Equipes Conjuntas de Investigação, sendo que os escopos e objetivos de sua criação, assim como os demais critérios para a funcionalidade da operação, devem ser definidos no texto do acordo a ser firmado entre os Estados interessados na investigação conjunta.

Notável, também, que tais equipes conjuntas podem ser formadas em qualquer fase da investigação ou da persecução penal, respeitando-se os princípios da soberania e independência dos Estados no plano internacional, competindo à legislação interna de cada país determinar quais são os órgãos dotados de poder investigatório hábeis a integrar a equipe conjunta, que não de ser compostas basicamente por membros das Polícias investigativas (Polícia Federal e Polícia Civil) e procuradores ou promotores do Ministério Público.

Com base no Acordo-Quadro sobre Equipes Conjuntas de Investigação (art. 4º, 4.1) há de incumbir às autoridades centrais o trâmite dos pedidos de formação das Equipes Conjuntas de Investigação, limitando sua apreciação aos aspectos formais. Noutro norte, as autoridades competentes são os órgãos incumbidos do juízo de conveniência e oportunidade para propor ou admitir a formação de uma Equipe Conjunta de Investigação (art. 5º).

É o que está delineado no art. 5º do Acordo Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação:

Formalizada a solicitação pela Autoridade Competente da Parte Requerente, ela a remeterá a sua Autoridade Central. A Autoridade Central analisará se a solicitação reúne as condições estabelecidas no presente Acordo e, nesse caso, encaminhará o pedido a Autoridade Central da Parte Requerida.

A Autoridade Central da Parte Requerida, mediante prévio controle das condições do presente Acordo, encaminhará, em seu caso, o pedido a sua Autoridade Competente a fim de que esta se pronuncie sobre a criação de uma ECI, conforme sua legislação interna.

As Autoridades Centrais tramitarão as solicitações pelos meios mais expeditos e no menor prazo possível.

No Brasil, o papel de autoridade central é desempenhado, em relação a maioria dos países, pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), do Ministério da Justiça. A autoridade competente pode ser o Ministério Público Federal, a Polícia Federal ou outro órgão investigativo brasileiro.

A autoridade central é um órgão técnico, responsável pela intermediação de pedidos e esclarecimentos no âmbito da cooperação internacional em matéria civil e penal. Assim, a autoridade central não se manifesta sobre o mérito dos pedidos de cooperação, competindo-lhe apenas verificar a adequação formal dos pedidos e encaminhá-los aos órgãos competentes pela execução da medida requerida.

A autoridade central não solicita ou requer medida de cooperação, pois não detém legitimidade processual para isso. Não lhe cabe interferir ou opor obstáculos às medidas de cooperação ou realizar qualquer ato de cooperação que não seja a prestação de informações sobre a legislação de cada Estado.

Em verdade, "A aceitação da criação de uma ECI será comunicada por meio das Autoridades Centrais, a fim de formalizar o Instrumento de Cooperação Técnica definitivo, que será assinado por ambas as Autoridades Competentes" (art. 6º).

Dado importante é o fato de que "a prova e a informação obtidas em virtude da atuação da ECI somente poderão ser utilizadas nas investigações que motivaram sua criação", o que somente não ocorrerá se houver acordo em contrário das autoridades competentes, além do que "as Autoridades Competentes poderão acordar que a informação e a prova obtidas, em virtude da atuação da ECI, tenham caráter confidencial" (art. 11).

Nessa linha de análise, no Relatório Técnico sobre a Meta 9 da ENCCLA 2017, uma equipe de procuradores da Secretaria de Cooperação Internacional do Ministério Público Federal afirmou que:

Na maior parte dos Estados civilizados, com o intuito de dar uma maior expediência aos pedidos de cooperação, a autoridade central costuma ser órgão do Ministério Público local. Porque, como acontece no Brasil, cabe ao Ministério Público a titularidade da persecução penal, não estando essa instituição adstrita aos limites formais, legais e materiais dos órgãos auxiliares do Executivo. A entrega ao MP do papel de autoridade central dos tratados de cooperação respeita a dimensão internacional do titular da ação penal, autoridade com atribuição para examinar a legalidade e possibilidade material do cumprimento dos pedidos de cooperação.

Os procuradores do MPF ainda defendem que:

As decisões de conveniência/oportunidade e detalhes técnicos relativos a cada Equipe Conjunta de Investigação (ECI) devem ser atribuição dos órgãos federais dotados de poder de investigação, conforme as normas e melhores práticas internacionais recomendam, devendo a avaliação inicial ser apenas de um caráter formal e com parâmetros claramente pré-definidos.

Esta necessidade de implementação das Equipes Conjuntas de Investigação com relação à criminalidade transnacional se faz adequada tanto pelo fato de a Lei nº 12.850/2013 não dispor sobre a matéria, quanto pelo motivo de que “as fronteiras políticas dos Estados limitam o seu exercício de jurisdição penal e tornam, muitas vezes, impossível valer a lei penal ou processual penal nos eventos transfronteiriços” (ABADE, 2013, p. 31).

Consta que, atualmente, há oito pedidos de criação de Equipes Conjuntas de Investigação em acompanhamento na Secretaria de Cooperação Internacional da Procuradoria-Geral da República, havendo um enorme empenho do MPF, junto à autoridade central brasileira e às contrapartes estrangeiras, para a criação das Equipes Conjuntas de Investigação nos casos concretos.

O Ministério Público brasileiro tem três ECIs em andamento: duas no âmbito do Mercosul e uma com a Unidade de Cooperação Jurídica da União Europeia (EUROJUST). As equipes conjuntas de investigação da América do Sul investigam crimes de tráfico de drogas e de pessoas com o Paraguai. A outra equipe vinculada à EUROJUST investiga, junto com a Itália, o tráfico internacional de drogas.

Afirma-se, conforme atesta ARAS (2020), que a primeira utilização do instrumento das Equipes Conjuntas de Investigação pelo Brasil deu-se com a ECI/Condor, formalizada no ano de 2014 pelos Ministérios Públicos do Brasil e da Argentina, para a investigação de um caso relacionado à Justiça de Transição.

Em 2018 os Ministérios Públicos do Brasil e Portugal criaram uma Equipe Conjunta de Investigação cujo acordo tem como fundamento a Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), e permitirá a atuação conjunta entre procuradores brasileiros e portugueses em matéria criminal, com destaque para investigações que envolvem corrupção, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e crimes correlatos.

Em outubro de 2020, o Ministério Público Federal do Brasil e o Ministério Público do Paraguai assinaram um acordo para a formalização de uma Equipe Conjunta de Investigação com o objetivo de investigar crimes de tráfico de pessoas em ambos os países, especialmente na região fronteiriça.

Isso confirma que a formação de Equipes Conjuntas de Investigação torna-se relevante nos lugares onde as fronteiras são compartilhadas, trazendo benefícios para as autoridades dos países participantes, tais como o estabelecimento de mecanismos de comunicação mais rápidos e procedimentos especiais para a validade de provas em casos específicos.

A fim de avançar na coordenação necessária entre a Procuradoria-Geral da República do Brasil e a Procuradoria do Paraguai, com o apoio do UNODC – Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime (*United Nations Office on Drugs and Crime*) – no âmbito da iniciativa TRACK4TIP, financiada pelo Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, objetivou-se facilitar o desenvolvimento de uma reunião bilateral com o objetivo de “promover o diálogo entre as autoridades nacionais e estabelecer prioridades operacionais para a implementação de Equipes Conjuntas de Investigação sobre o tráfico de seres humanos”.

No ano de 2020, firmou-se outra Equipe Conjunta de Investigação com a Itália, para apuração de tráfico internacional de drogas envolvendo a atuação da organização criminosa italiana *Ndrangheta* no Brasil.

Vislumbra-se do exposto que as equipes conjuntas de investigação podem atuar nos territórios dos países signatários do Acordo-Quadro e, em regra, consoante ARAS (2020), a prova colhida pelos investigadores pode ser validada (legalizada) para todos os fins, inclusive para persecução criminal em juízo, independentemente de outras formalidades exigidas nas vias ordinárias de cooperação internacional.

*Não há, ainda, jurisprudência e nem mesmo decisões monocráticas emanadas das Cortes Superiores – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – e dos Tribunais Regionais Federais no que diz respeito à interpretação e instrumentalização das Equipes Conjuntas de Investigação como meio de captação de provas em investigações transnacionais.*

*Via de consequência e por fim, somente o tempo definirá se as Equipes Conjuntas de Investigação possuem a eficácia prática necessária para a obtenção de provas referente às investigações transnacionais, porém, em tese, eis aqui uma evidência firme de que sua implementação em muito contribuirá com a persecução penal dos delitos praticados no âmbito da macrocriminalidade organizada.*

### **CONCLUSÃO**

No contexto nacional, o quadro probatório relativo às organizações criminosas hoje já não se satisfaz somente com as disposições previstas no Código de Processo Penal e na Lei nº 12.850/2013, especialmente quando se fala em criminalidade transnacional ou além-fronteira.

É preciso dar atenção à normativa internacional disposta em tratados firmados pelo Brasil, para fins de se obter um sistema investigativo e persecutório criminais mais coerente com a resposta penal a ser dada a um fenômeno de tão acentuada gravidade.

O que neste texto se objetivou, primordialmente, foi propugnar pela utilização mais expansiva do instrumento das Equipes Conjuntas de Investigação como forma de prevenção e repressão à macrocriminalidade organizada.

É notório que o fenômeno das organizações criminosas constitui uma das mais intrincadas causas de revitalização da criminalidade na atualidade, isso porque a forma pela qual opera uma organização criminosa regularmente abrange a prática de diversas e complexas condutas delituosas em diversos e distintos Estados, o que, além da danosidade social, finda por implicar no sistema de persecução penal.

Demostrou-se que há instrumental normativo disponível aos órgãos internos de investigação e persecução penal hábil a conter o impulso generalizador do crime organizado, que se perfaz por intermédio de delitos que afetam sobremaneira a estabilidade das instituições, instrumental esse abarcado pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e o Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação.

Enquanto não há previsão do instrumento em lei ordinária interna – à exceção da Lei nº 13.344/2016, sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas –, pelo que aqui corrobora-se com o que consta do Título V do Projeto de Lei nº 8.045/2010, que pretende instituir o novo Código de Processo Penal, deve-se ter em consideração e como fundamento os citados diplomas internacionais para a formação de Equipes Conjuntas de Investigação entre o Brasil e os respectivos Estados-partes.

Críticas às Equipes Conjuntas de Investigação podem vir a surgir, especificamente aquelas voltadas à ausência de defesa durante o trâmite de uma investigação conjunta, contudo, guardadas as reservas quanto à presença de contraditório no decorrer de investigações, nada impede que o acordo que instituir uma Equipe Conjunta de Investigação venha a dispor no que diz respeito à presença, por exemplo, de membro da Defensoria Pública da União a fim de que sejam observados os direitos e garantias dos investigados implicados numa investigação conjunta entre dois ou mais países.

*Em arremate, na tratativa investigatória e persecutória em juízo da criminalidade organizada transnacional – macrocriminalidade organizada –, para além das disposições da Lei nº 12.850/2013, os órgãos internos de investigação competentes hão de atentar-se para a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e para o recente Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, ambos internalizados no Brasil e cujos textos não deixam dúvidas acerca da possibilidade eficaz de instrumentalização das Equipes Conjuntas de Investigação.*

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ABADE, Denise Neves. **Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAS, Vladimir. **As Equipes Conjuntas de Investigação (ECIs)**. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2017/02/22/as-equipes-conjuntas-de-investigacao-eci/>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

ARAS, Vladimir. **Direito Probatório e Cooperação Jurídica Internacional**. In SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.) *A Prova do Enfrentamento à Macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2019.

BLOCK, Ludo. **EU Joint Investigation Teams - Political Ambitions and Police Practices**. In *Cross-Border Law Enforcement*. Saskia Hufnagel, Simon Bronit, Clive Harfield, eds., Routledge, 2011. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/228124548\\_EU\\_Joint\\_Investigation\\_Teams\\_Political\\_Ambitions\\_and\\_Police\\_Practices](https://www.researchgate.net/publication/228124548_EU_Joint_Investigation_Teams_Political_Ambitions_and_Police_Practices)>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **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: 27 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. **Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0154.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm)>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo 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: 27 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm)>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.452, de 10 de agosto de 2020. **Promulga o texto do Acordo Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10452.htm)>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.850, 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**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016. **Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm)>. Acesso em: 27 jul. 2021.

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: 27 jul. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, que trata do Código de Processo Penal**. <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1668776](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776)>. Acesso em: 27 jul. 2021.

CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. **Organizações Criminosas no Direito Penal Brasileiro: O Estado de Prevenção e o Princípio da Legalidade Estrita.** In SILVA FRANCO, Alberto; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.) Doutrinas Essenciais – Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. VII.

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. **MPF propõe medidas para fortalecer a cooperação jurídica internacional no novo CPP.** <<https://defesa.com.br/mpf-propoe-medidas-para-fortalecer-a-cooperacao-juridica-internacional-no-novo-cpp/>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

DEPARTAMENTO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL (DRCI). **Equipes Conjuntas de Investigação: Da Realidade Europeia até as Iniciativas Nacionais Sobre o Assunto.** In Cooperação em Pauta – Informes Sobre Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Civil e Penal. ISSN 2446-9211/nº 48. Fevereiro 2019. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/CooperacaoemPautaFevereiro2019.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

EUR-LEX. Access to European Union Law. **Cooperação estreita entre as administrações aduaneiras da União Europeia (Convenção de Nápoles II).** Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A41998A0123%2801%29>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

JESUS, Damásio E. de. **Criminalidade Organizada: Tendências e Perspectivas Modernas em Relação ao Direito Penal Transnacional.** In SILVA FRANCO, Alberto; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.) Doutrinas Essenciais – Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. VII.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada: Volume Único.** 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

MERCOSUL. **Brasil Promulga Acordo com Países do Mercosul Para Investigação Conjunta de Crimes.** Disponível em: <<https://www.mercosur.int/pt-br/brasil-promulga-acordo-com-paises-do-mercosul-para-investigacao-conjunta-de-crimes/>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

NICEFORO, Alfredo. **La Transformación Del Delito en la Sociedad Moderna.** Traducción de C. Bernardo de Quirós. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1902.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC). **Equipes Conjuntas de Investigação (ECI): Ferramenta Eficaz Para Combater o Tráfico de Pessoas Entre Brasil e Paraguai.** Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2020/10/eci-uma-ferramenta-eficaz-para-combater-o-traffic-de-pessoas-entre-o-brasil-e-o-paraguai.html>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

PRADO, Luiz Regis; CASTRO, Bruna Azevedo de. **Crime Organizado e Sistema Jurídico Brasileiro: A Questão da Conformação Típica.** In SILVA FRANCO, Alberto; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.) Doutrinas Essenciais – Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. VII.

RIJKEN, Conny. **Joint Investigation Teams: Principles, Practice, and Problems Lessons Learnt from the First Efforts to Establish a JIT**. In Utrecht Law Review. Volume 2, Issue 2, December, 2006.

SECRETARIA DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL (MPF). **Equipes Conjuntas de Investigação**. Informativo nº 11, Fevereiro 2019. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/noticias/informativo-sci>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STOICA, Ionel. **Transnational Organized Crime. An (Inter) National Security Perspective**. In Journal of Defense Resources Management. Vol. 7, Issue 2 (13)/2016. Disponível em: <[http://journal.dresmara.ro/issues/volume7\\_issue2/02\\_stoica\\_vol7\\_issue2.pdf](http://journal.dresmara.ro/issues/volume7_issue2/02_stoica_vol7_issue2.pdf)>. Acesso em: 27 jul. 2021.

UNITED NATIONS. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). **Transnational Organized Crime: The Globalized Illegal Economy**. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/toc/factsheets/TOC12\\_fs\\_general\\_EN\\_HIRES.pdf](https://www.unodc.org/documents/toc/factsheets/TOC12_fs_general_EN_HIRES.pdf)>. Acesso em: 27 jul. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

## **BULLYING NO AMBIENTE DE TRABALHO UMA OMISSÃO NORMATIVA**

**IARA LIMA AGUIAR:** Bacharela em Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG<sup>20</sup>.

**PAULO IZIDIO DA SILVA REZENDE**<sup>[1]</sup>.

(orientador)

**RESUMO:** O aumento da criminalidade se insurge contra a população brasileira que sofre com as consequências da violência. Espalhada, saindo os agressores da prática de bullying no ambiente de trabalho impunes, não sofrendo nenhuma consequência jurídica. Diante disso, o presente estudo tem como objetivo principal que seja discutido que o bullying é uma forma de agressão que não é protegida pela legislação brasileira e deve ser tipificada para que haja uma segurança social. Para melhor compreensão deste assunto apresentaremos que essa agressão se tem todos os requisitos para ser protegida pela legislação brasileira, tendo como base a Constituição Federal, o direito a uma vida condigna, tendo o estado o direito de assegurar essa dignidade. Para realizar esse estudo, tem-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, baseada em livros, artigos científicos e na legislação brasileira. Nos resultados, detectou que apesar do bullying já ser caracterizado pela Lei nº 13.185/15 ela não é eficaz para trazer a segurança que as vítimas dessa violência buscam.

**Palavras-chave:** Agressão. Bullying. Ambiente de trabalho. Não tipificado.

**ABSTRACT:** The increase in crime is protesting against the Brazilian population that suffers from the consequences of violence. Spread, offenders leaving the practice of bullying in the workplace with impunity, not suffering any legal consequences. Therefore, the main objective of this study is to discuss that bullying is a form of aggression it is not protected by Brazilian law and must be typified in order to have social security. For a better understanding of this matter, we present that this aggression has all the requirements to be protected by Brazilian law, based on the Federal Constitution, the right to a decent life, the state having the right to ensure that dignity. To carry out this study, the bibliographic research is used as a methodology, based on books, scientific articles and on Brazilian legislation. In the results, detected that although bullying is already characterized by Law No. 13,185/15, it is not effective in bringing the security that victims of this violence seek.

**Keywords:** Aggression. Bullying. Workplace. Non typing.

---

<sup>20</sup> E-mail: iaralaguiar@unirg.edu.br

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Bullying. 2.1 Origem. 2.2. Conceituando o bullying. 2.3 tipos de bullying. 2.3.1 Bullying direto. 2.3.2 Bullying verbal. 2.3.3 Bullying indireto. 3. Problemática do bullying. 4. Garantia constitucional do direito á vida. 5. Bullying e o direito ambiental do trabalho. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A atualidade nos revelou a necessidade de termos um novo olhar para algo que não é tão atual, porém perdura desde os primórdios do convívio humano em sociedade, a violência. Essa problemática veio crescendo gradativamente entre crianças e adolescentes, gerando várias consequências, entre uma delas estando bem refletida nas relações sociais destes.

Em sua maioria essas agressões são praticadas por parte das crianças e adolescentes, ficando bem evidente quando manifestada no ambiente de maior convívio deles, o âmbito escolar, porém não pode deixar enganar-se que esse tipo de comportamento não transcende o âmbito escolar, esses comportamentos deixam cada vez mais evidente que o bullying é um problema social, quando os noticiários trazem, reportagens sobre massacres, tanto em colégios como locais abertos para o público e muitos suicídios segundo Aguiar(2012).

Nos dias de hoje, a violência no âmbito escolar tem-se, grande destaque, sendo um objeto de estudo para vários profissionais, tais como, os na área da saúde, educação e ganhou seu lugar também como objeto material para âmbito jurídico, analisando o comportamento inadequado de quem a pratica.

Com esse grande crescimento de violência que ocorre entre as crianças e adolescentes, surgiu-se uma necessidade entre os estudiosos e pesquisadores a discutirem o tema. Ficando o bullying segundo a a Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015, definido como a prática de atos de violência, sejam elas físicas ou psicológicas, feita de modo intencional e repetitiva, podendo ser exercida por um indivíduo por dois ou mais indivíduos, praticado contra uma pessoa ou um grupo de pessoas específico, com intuito de intimidar, agredir, causar dores, angustia ou até mesmo a humilhação ou discriminação da vítima.

Nos dias de hoje, a violência no âmbito escolar tem-se, grande destaque, sendo um objeto de estudo para vários profissionais, tais como, os na área da saúde, educação e ganhou seu lugar também como objeto material para âmbito jurídico, analisando o comportamento inadequado de quem a pratica.

Com esse grande crescimento de violência que ocorre entre as crianças e adolescentes, surgiu-se uma necessidade entre os estudiosos e pesquisadores a discutirem o tema. Ficando o bullying segundo a a Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015, definido como a prática de atos de violência, sejam elas físicas ou psicológicas, feita de modo intencional e repetitiva, podendo ser exercida por um indivíduo por dois ou mais indivíduos, praticado contra uma pessoa ou um grupo de pessoas específico, com intuito de intimidar, agredir, causar dores, angustia ou até mesmo a humilhação ou discriminação da vítima.

Visto que a violência transcende os muros da escola fica evidente que ela não somente é praticada entre crianças e adolescentes, manifestada de maneira alarmante, atinge grupos sociais distintos, em qualquer lugar do convívio humano e é praticada de várias formas. As agressões mesmo que praticadas com frequência, em regra não são motivadas especificadamente por algum ato praticado pela vítima, geralmente são atos não justificados ou motivados por razões ínfimas.

A intimidação sistemática é classificada, por meio das ações praticadas pelo agressor, tais ações como insultar, apelidar pejorativamente, inventar rumores entre tantas outras práticas segundo a Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015.

Esse conceito exposto na lei foi um avanço diante das primeiras análises feitas sobre o bullying, pois ela caracterizou outras formas de agressões além das agressões físicas e verbais, foi de extrema importância essa classificação, pelos estudos feitos com esse fenômeno social, percebeu-se que se fazia necessário incluir outras formas de agressão, como é o caso das agressões indiretas, praticadas de forma sutil.

O bullying acontece numa relação aonde a vítima, se sente em desvantagem (sentindo-se inferiorizada), gerando uma desigualdade aonde faz com que ela não consiga se defender das agressões.

Segundo Antunes (2012), no ambiente de trabalho, não é diferente, pois é composto não apenas pela sua estrutura física, mas também por seres humanos, sujeitos esses cheios de intenções, vontades e sentimentos ao qual se relacionam entre si revelando incertezas, tensões, o enfraquecimento psicológico das pessoas.

Levando-se em consideração esse contexto do bullying nós temos a percepção que o discutir é necessário, não apenas no ambiente de trabalho, mas faz-se necessariamente importante analisar sua relação com o direito.

Quanto à metodologia, qualifica-se que o artigo se enquadra no método hipotético-dedutivo, consistindo em pesquisa teórica, com parâmetro descritivo e comparativo, o estudo foi realizado a partir da pesquisa bibliográfica, levantando

bibliografias referentes a cada um dos tópicos, dessa forma, tem-se como base documentos de outros autores sobre o tema em estudo.

Deste modo, questionamos a falta de tipificação e consequências jurídicas desse comportamento antissocial.

Portanto, este será um trabalho mais embasado em fatos teóricos, com análises documentais de doutrinas, textos, artigos científicos e tem como objetivo identificar o bullying e o relacionar com o direito, o conceituar, descrever seus diferentes tipos, dispor suas características, apresentar as espécies de bullying no ambiente de trabalho e analisar quais são os sujeitos dessa violência.

## **2. BULLYING**

O termo bullying foi adotado em outros países tanto quanto no Brasil pela dificuldade em encontrar outro termo que se adeque tão fielmente quanto o termo inglês, sendo este caracterizado como atos de violência, seja ela, física ou psicológica praticada com continuidade, não sendo praticada uma única vez, refletida em todas as formas de violência, baseadas na intencionalidade do agressor em ridicularizar a vítima, que em grande parte, se sente incapaz de defender-se, por em maioria dos casos está numa relação de desigualdade (Silva, 2017).

### **2.1 ORIGEM**

O termo bullying tem sua origem na palavra inglesa "bully", começando a ser utilizado na década de 1990, por um cientista sueco Dan Olweus, lecionador da Universidade de Bergen, situada na Noruega, quando iniciou a pesquisar jovens que possuíam tendências suicidas em razão de serem vítimas de algum tipo de ameaça, opressão ou até mesmo de intimidação submetida por colegas segundo Antunes (2012). Sendo este, motivo pelo qual, o bullying, é associado como agressões que acontecem em sua maioria entre estudantes.

Ainda não foram criadas em alguns países assim como no Brasil uma nomenclatura tão específica ao fenômeno bullying como a inglesa. Segundo Antunes (2012, pág. 16) "No Brasil e na maioria dos países, adota-se esta mesma nomenclatura por falta de um termo correspondente que seja capaz de refletir as especificidades já associadas ao termo inglês, tão divulgado pela mídia atualmente".

Com tudo, muito país já tem seu próprio termo, que são tão específicos ao fenômeno como o termo inglês, como por exemplo na Dinamarca que se chama mobbing (molestar) e na Itália denominado prepotenza ou bulismo, realidade diversa do Brasil ao

qual só foi divulgado e apresentado ao terno no final dos últimos anos da década de 1990. Como dito anteriormente, inicialmente o bullying foi associado aos estudantes, pelo fato desse fenômeno acontecer em sua maioria no meio deles, muito recentemente também foi percebido que se há também no ambiente de trabalho.

Identificado e caracterizado recentemente também no ambiente de trabalho, o assédio moral, um termo utilizado para caracterizar todos os atos praticados por um indivíduo que tenham como resultado constrangimento, tanto psicológico quanto físico contra outrem. De um ponto de vista conceitual, pode-se analisar que assédio moral e o bullying no ambiente de trabalho são termos semelhantes, mas com características distintas.

## 2.2 CONCEITUANDO O BULLYING

A atualidade demonstra um crescimento gradativo da violência entre os seres humanos em seu convívio social. A cada dia, as pessoas vêm apresentando comportamentos, que são incompatíveis com um bom relacionamento interpessoal. Esses comportamentos são refletidos em todos os lugares do convívio humano, ficando assim evidente também essa violência no ambiente de trabalho.

Sendo o bullying definido como:

[...] um termo de origem inglesa, que atualmente vem sendo adotado por muitos países para denominar, ou seja, nomear, ações deliberadas de maus tratos contra outra pessoa, colocando-a em situações sob tensão constantemente, seja fisicamente, psicologicamente ou as duas possibilidades de uma única vez. (SILVA apud SILVA, 2010 p 12)

Embora a prática do bullying seja bem presente no Brasil, ainda não há uma tradução exata para a língua portuguesa, ficando assim caracterizado quando há violência seja ela física ou psicológica com a prática de atos de intimidação, humilhação e até mesmo de discriminação, ainda que por meio de ataques físicos, insultos pessoais, apelidos ofensivos, comentários sistemáticos, ameaças de qualquer forma e por qualquer meio, grafites que venham ser depreciativos, expressões preconceituosas, isolamento social consciente e premeditado da vítima, de acordo com o Art. 2º da Lei (Brasil, 2018).

Ocorrendo continuamente a prática do bullying, ou seja, é constante, não sendo praticado somente uma vez para a sua caracterização, podendo essa violência ser gradativa, começando com insultos pessoais até chegar a violência física. No ambiente de trabalho é normal brincadeiras entre os que ali convivem, para que se entenda o conceito do bullying faz-se fundamental analisar se essas brincadeiras proferidas continuamente

são de cunho saudável ou maldoso, se a intenção de quem as praticam são intimidar, constranger ou isolar ou não a pessoa a quem as brincadeiras são direcionadas. Tal violência não é recente, segundo Aguiar (2012) sempre existiu entre as relações humanas, porém é recente esse olhar para a prática do bullying, que pode esconder raiva, preconceito, intolerância e covardia por trás das brincadeiras. Tendo o bullying características próprias, presente não somente em escolas, ambiente de trabalho, mas em qualquer lugar, aonde haverá

Após apresentado o conceito acerca do bullying, que é compreendido como um fenômeno, com características próprias, trazida pela Lei **Nº 13.185, de 6 de novembro de 2015 que institui o** programa de combate à intimidação sistemática (bullying), seguiremos com o bullying e seus tipos, esclarecendo esse fenômeno que está presente nas relações, interpessoais. Com foco no ambiente de trabalho, com propósito de alertar a dimensão do bullying e alertar para uma omissão legislativa.

### 2.3 TIPOS DE BULLYING

Quando o bullying é praticado no ambiente de trabalho ele envolve um abuso repetitivo e indesejado, assim gerando a perda da autoestima, ocasionando até mesmo algumas doenças que “são o mal do século”, como a depressão, stress, ansiedade entre outras Antunes (2012).

Tem sido cada vez mais frequente comportamentos agressivos nesse ambiente do convívio humano em particular, direcionados a um ou mais integrantes deste mesmo ambiente, com o intuito de humilhar, ofender, intimidar, causar angustia, denegrindo assim a saúde psíquica e principalmente a carreira profissional de quem a sofre. Acima de qualquer outro fator, criando assim um ambiente improbo a um bom convívio.

A violência sistemática (denominação do bullying, trazido pela Lei nº 13.185/15) diferentemente do assédio sexual trazido pelo Código Penal (Lei nº 2.848/1940) prescreve:

**Art. 216-A.** Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. (BRASIL, 1940)

Aonde para a sua configuração é necessária uma condição superior hierárquica ou qualquer outra condição superior entre agressor e a vítima e que tenha a intenção do agressor em obter um favorecimento sexual para que seja configurado o assédio sexual, enquanto o bullying no local de trabalho pode ser configurado em qualquer nível, não

sendo necessário que se tenha uma motivação evidente para as agressões e nem que haja uma hierárquica, independente do cargo, carreira, nível, e etc.

O bullying é visto por muitos apenas como sendo comentários verbais, como brincadeiras de mal gosto, porém ele vai muito além, sendo considerado como todo ato de violência seja ela psicológica ou física, intencional e repetitiva que ocorre sem motivação evidente, podendo ser praticado por mais de um indivíduo, tendo também a possibilidade de ser praticado contra mais de um indivíduo Brasil (2015).

O bullying não é praticado somente de uma maneira, tendo seus tipos de violência efetiva, e suas características segundo Antunes (2012).

### 2.3.1 BULLYING DIRETO

Em regra, é manifestado através de atos físicos ou até mesmo comentários feitos diretamente a vítima, que sejam agressões verbais, que tenham como resultado o ferimento ou a isolamento da vítima em seu local de trabalho. Tendo a possibilidade de o bullying direto também ser manifestado por meio de contato físico (agressão física).

A pratica desse tipo de bullying traz consigo ações relacionadas com ela, podendo elas serem obvias (bem nítidas), porém nem sempre são, podendo serem bem sutis de forma que a vítima nem perceba tais agressões sofridas por ela.

Caracterizado também nos meios virtuais o bullying virtual, ao qual o agressor se utiliza das plataformas digitais para depreciar, enviar mensagens ofensivas, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de causar sofrimento ou constranger psicologicamente e socialmente.

O bullying direto se caracteriza através de ataques físicos, verbal e até mesmo sexual. “Manifestam-se em insultos, ofensas, xingamentos, apelidos pejorativos, disseminação de piadas ofensivas publicamente, bater, chutar, espancar, empurrar, roubar e furtar objetos da vítima, abusar, violentar, assediar, insinuar, etc.” (SILVA, apud, ANTUNES, 2012, p.23). Caracterizando também pela violência sexual, assediando a vítima, induzir e até mesmo abusando.

### 2.3.2 BULLYING VERBAL

Dentre todos os tipos de bullying este é mais praticado, caracterizado pelas ações praticadas como insultar, xingar, e apelidar pejorativamente, difamar, caluniar, disseminar rumores, abusando da vítima Brasil (2015). Podendo ser classificado como social também, aonde ignora, isola exclui a vítima dessa agressão. Disfarçado de brincadeiras, em muitas ocasiões essas mesmas “brincadeiras” estão camuflando as reais intenções do agressor que é criticar cruelmente raças, opção sexual e entre tantos outros motivos encobertos.

### 2.3.3 BULLYING INDIRETO

Este tipo de bullying tem como requisito para a sua caracterização ataques de teor psicológico, tendo como base para as agressões a humilhação da vítima por motivos sobre o corpo da mesma, condições e região aonde reside, levando-a a se isolar dos demais colegas no local de trabalho, a discriminando pela sua raça, sua opção sexual e até mesmo pequenos costumes segundo Antunes (2012).

Sendo um tipo de bullying muito utilizado com o intuito de afastar a vítima do convívio e ter um bom relacionamento com os colegas do trabalho, agredindo assim moralmente a perseguindo amedrontando, aterrorizando, manipulando, infernizando, disseminando rumores e chantageando, até mesmo chegando a ser uma agressão material com o agressor furtando e destruindo pertences de outrem.

### 3. PROBLEMÁTICA DO BULLYING

Em meados da década de 1990 quando cientista Dan Olweus iniciou sua pesquisa, percebeu-se que grande parte dos suicídios cometidos entre as crianças e adolescentes, muitos sofreram agressões por colegas que tinham alguma superioridade sobre os que sofriam com os ataques propositais e repetitivos Antunes (2012). Ficando claro que estas agressões são tão prejudicial às vítimas, que muitas vezes não são superadas, trazendo consequências irreparáveis.

Na sociedade a violência se manifesta de uma forma alarmante, sempre atingindo grupos sociais distintos, em todos os lugares, de formas imagináveis. Em sua grande maioria essas agressões não se dão por "atos justificáveis", geralmente são injustificáveis e motivados por razões pessoais do agressor que no caso do bullying no ambiente de trabalho são camuflados e até mesmo naturalizados como brincadeiras, como também elucidou Antunes (2012).

Como preconiza Antunes (2012, p.16) "Substituto do termo "assédio moral" para os colaboradores nas organizações, o bullying começou a ser difundido na década de 1990 e apesar de não possuir tradução literal para o português, a expressão tornou-se bem popular no Brasil".

O ambiente de trabalho não é formado somente por sua estrutura física que o abriga, mas principalmente por seres humanos os quais são cheios de sentimentos e vontades, sendo assim se relacionam uns com os outros, onde virá um ambiente propenso para a violência entre si Antunes (2012).

Essa violência afeta a integridade física do indivíduo, afetando a saúde e bem-estar. O Código Penal Brasileiro protege a integridade física conforme dispõe o art. 129º, em seu caput.

Segundo Freitas (2016) o bem jurídico da integridade física abrange também a integridade psíquica, isto é, sendo o Ser Humano unidade indissolúvel psicofísica.

A violência sofrida no bullying ela é tanto física como psicológica, retratada por dois lados em um está envolvida a dominação no outro a submissão e humilhação segundo Aguiar (2012).

O ambiente de trabalho é um lugar aonde é comum os que ali estão, se relacionarem entre si em todas as esferas dos relacionamentos humanos, criarem amizades e etc. as brincadeiras fazem parte de suas rotinas, fazendo com que quem seja vítima da prática de bullying demore a ter uma percepção de que está sendo agredida, deixando assim ela desconfortável com a situação, visto que a crueldade do agressor é constante e não tem limite, bem como aponta Antunes (2012. p. 23):

[...] O bullying no ambiente de trabalho envolve o abuso repetitivo, indesejável, gerando desde a perda da autoestima até o aparecimento de doenças como depressão, stress e muitas outras, [...] Comportamentos agressivos estão cada vez mais frequentes, dirigidos a um ou mais trabalhadores com intenção de causar humilhações, ofensa, intimidações, angústia, colocando a saúde, bem-estar, segurança e carreira dos colaboradores de uma organização em risco. Ademais, interferem no desempenho e criam um ambiente laboral tóxico.

Para que haja a caracterização do bullying no local de trabalho não é necessário que haja uma hierarquia e ser em qualquer corporação podendo ter qualquer cargo entre agressor e vítima, necessário que haja apenas uma repetição da prática de abuso.

#### **4. GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA**

O direito à vida está intimamente ligado com o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso ocorre, porque sem uma tutela adequada do direito à vida, não há como pôr em prática para exercer a dignidade da pessoa humana e os direitos advindos dela, segundo Nunes Júnior (2018).

Porém, já no que diz a respeito do direito à vida, ele não corresponde a um dever de inação pública, pois o Estado tem o direito de assegurar a existência ou subsistência, também sendo dever do mesmo assegurar uma vida digna.

Desta forma, podemos notar que o direito à vida tem duas faces, uma que reflete o direito de se manter vivo (também entendido como o direito de não ser morto), e outra que o direito de ter uma vida digna. No que se refere a primeira face a proteção pela nossa vida, o Estado também tem um dever de não fazer, não interferindo em nossas vidas como preconiza Nunes Júnior (2018). Já no que diz respeito a segunda face do direito à vida o Estado, tem o dever de fazer, interferir para proporcionar a todos uma vida mais próxima o possível de uma vida digna, oferecendo o básico para tal condição de vida.

De acordo com Nunes Júnior (2018 p.867), "um princípio constitucional, decorrente da dignidade da pessoa humana, o direito à vida deve ser tutelado na maior intensidade possível". Tendo o estado o direito de assegurar essa dignidade. Preconizando ainda sobre o estado ter o dever de assegurar uma vida condigna.

[...] O Pacto de Direitos Civis e Políticos (que ingressou no direito brasileiro pelo Decreto 592, 6 de julho de 1992) afirma que " direito à vida é inerente a pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela Lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida" (art.6º, item 1). A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu art. 3º, dispõe que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS, apud NUNES JÚNIOR, 2018 P.867).

Protegido pela Constituição Federal, Pacto de São José da Costa Rica o direito a uma vida digna, com liberdade e segurança pessoal o Estado tem o dever legal de resguardar por essa vida condigna, protegendo o bem-estar psicológico e físico da pessoa humana.

## **5. BULLYING E O DIREITO AMBIENTAL DO TRABALHO**

A prática do bullying no ambiente de trabalho consiste em um abuso contínuo (repetitivo), indesejável, causando assim consequências diversas nas vítimas, ocasionando doenças psicológicas, como depressão entre outras.

Essas agressões em sua maioria são cometidas por motivos íntimos do agressor, tais como intolerância, ignorâncias e até mesmo o ódio, disfarçadas de brincadeiras para com a vítima. Esses comportamentos são cada vez mais frequentes, sendo esta violência também direcionada a mais de um trabalhador Aguiar (2012).

O ambiente de trabalho não é formado somente por sua estrutura física que o abriga, mas principalmente por seres humanos os quais são cheios de sentimentos e

vontades, sendo assim se relacionam uns com os outros, onde virá um ambiente propenso para a violência entre si Antunes (2012).

Essa violência afeta a integridade física do indivíduo, afetando a saúde e bem-estar. O Código Penal Brasileiro protege a integridade física conforme dispõe o art. 129º, em seu caput.

Preconiza-se que o bem jurídico da integridade física abrange também a integridade psíquica, isto é, sendo o ser humano unidade indissolúvel psicofísica Freitas (2016).

A violência sofrida no bullying ela é tanto física como psicológica, retratada por dois lados em um está envolvida a dominação no outro a submissão e humilhação segundo Aguiar (2012).

As pessoas não se dão conta que são vítimas da pratica de bullying e tomam essa situação como um obstáculo a serem superado, em busca que seus empregos na empresa seja mantido Antunes (2012). É normal que os trabalhadores que compõem o ambiente de trabalho se relacionem entre si e criem amizades e as brincadeiras se tornem parte de suas rotinas, no entanto quando essas brincadeiras são feitas com o intuito de humilhar e estejam munidas de crueldade e não há um limite, pode-se analisar que houve a pratica do bullying.

Sendo tipos de bullying: direto aonde o agressor (sujeito ativo) pratica com mais frequência suas agressões na vítima (sujeito passivo) podendo estas serem físicas (como chutes, tapas, empurrões), assediar, etc. O bullying indireto que tem como características aonde o agressor (sujeito ativo) age de maneira mais sutil, com o intuito de que a vítima (sujeito passivo) se isole com a pratica de agressão psicológica.

O Direito Penal é o ramo do direito privado que se preocupa em selecionar e analisar condutas humanas que sejam perigosas e apresentam riscos para a sociedade, para então tipifica-los penalmente como crimes e lhe atribuir a medida cabível para tal conduta a chamada sanção penal. Assim buscando acalmar toda a sociedade, sabendo que quem pratica certa conduta será penalizado.

A título de exemplo Aguiar (2012, p. 18) " O bullying se adequa a vários tipos penais da legislação penal, ao se delimitar cada ato praticado pelo agressor que podem ser: crimes contra a honra, ameaça, lesão corporal, constrangimento ilegal, extorsão e homicídio "

No entanto, não se encontra nenhuma norma jurídica apta a solucionar o problema em relação ao bullying, principalmente pela falta de legislação, lacunas estas que deveriam ter sido sanadas.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto ao decorrer desse estudo, não há como contestar que se tem uma grande inquietação por parte das pessoas que convivem em um ambiente de trabalho, com relação a crescente violência e agressividade dos que ali convivem. Todos nós já sofremos com os efeitos dessa prática de violência em determinado momento ao longo da vida, alguns dos agressores foram sujeitos ativos e até mesmo sujeitos passivos dessa violência, quando faziam parte da comunidade infanto-juvenil, levando a prática dessa violência hoje, para o ambiente de trabalho.

O bullying se adequa a vários tipos penais do direito penal, quando se delimita a cada ato praticado pelo sujeito ativo, porém tendo suas próprias características.

Com a Lei nº 13.185/2015 em seu art 2º trouxe a caracterização da intimidação sistemática (bullying), e ainda em seu parágrafo único a intimidação sistemática na rede mundial de computadores (cyberbullying), porém não trouxe nenhuma consequência jurídica para quem o praticasse, causando assim uma insegurança jurídica para as vítimas dessa violência no ambiente de trabalho.

Trouxe-se a caracterização do bullying, porém é notório que haja uma lacuna no que se trata consequências jurídicas (tipificação e sanções penais) para o sujeito ativo da prática desse instituto, deixando assim uma insegurança jurídica aos sujeitos passivos dessa violência (vítimas) no ambiente de trabalho.

Ao verificar o bullying neste ambiente de trabalho restou que é de suma importância para a sociedade ter a segurança de integridade física e mental resguardada pelo Estado, para que não surja uma insegurança jurídica, aplicando leis que punam aqueles que ferem essa segurança e não tendo nenhuma consequência jurídica.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Laura Emília Lopes. **O BULLYING E AS REPERCUSSÕES JURÍDICAS**. 2012. Disponível em:

<<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/5783/1/PDF%20-%20Laura%20Em%C3%ADlia%20Lopes%20Aguiar.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2021

ANTUNES, Nicolle Araújo. **BULLYING NO AMBIENTE DE TRABALHO**. 2012. Disponível em: <<https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/0911260341.pdf>>. Acesso em 17 out. 2021.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei Federal Nº 13.185, de 6 de novembro de 2015. Dispõe sobre o** programa de combate à intimidação sistemática (bullying). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm)> . Acesso em 17 out. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28692>>. Acesso em: 12 de out. de 2021.

Código Penal Brasileiro, **LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. 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: 07 jun. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 624 p.

FREITAS, André Guilherme Tavares. O Direito à Integridade Física e sua Proteção Penal. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 59, 2016, jan./mar. 2016. Disponível em: <[http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1275172/Andre\\_Guilherme\\_Tavares\\_de\\_Freitas.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1275172/Andre_Guilherme_Tavares_de_Freitas.pdf)> . Acesso em: 07 jun. 2021.

MENDONÇA, Juliana Moro Bueno et alt. **VIOÊNCIAS NO AMBIENTE DE TRABALHO: PONDERAÇÕES TEÓRICAS**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/psoc/a/kNjFccMkmTzSqSFR88f4hBM/abstract/?lang=pt>> . Acesso em: 07 jun. 2021.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. 1706 p.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969

SILVA, Bianca Aparecida Gois. **BULLYING: A VIOLÊNCIA NAS ESCOLAS DE ENSINO FUNDAMENTAL I EDUCANDO PARA A PAZ**. 2017. Disponível em: <http://186.251.225.226:8080/bitstream/handle/123456789/80/Silva%2c%20Bianca%20Aparecida%20Goes%20da%202017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 28 de agost. 2021.

NOTA:

[1] Professor Orientador do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: paulo\_izidio@hotmail.com

## **STALKING: A EFICÁCIA DA MEDIDA PROTETIVA APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 14.132/21**

**CARINA KELLY SALES LIMA:**  
Graduada em Direito pela  
faculdade Serra do Carmo<sup>21</sup>

EDY CÉSAR DOS PASSOS JUNIOR<sup>[1]</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O *stalking* é um comportamento que se faz presente na sociedade desde a antiguidade, entretanto só veio atrair a atenção de estudiosos jurídicos há poucos anos. De forma progressiva, os legisladores vêm reconhecendo a necessidade de tratar desse fenômeno através do Direito Penal, onde se aplica leis já existentes aos casos concretos, de forma comparativa. Entretanto, apenas no ano de 2021 fora promulgada a Lei Federal nº 14.132, onde acrescenta o artigo 147-A ao Código Penal, estabelecendo, assim, o crime de *stalking* (perseguição). O presente artigo busca demonstrar o que vem a ser o *stalking*, qual o perfil dos indivíduos que praticam este ato bem como o perfil das vítimas, observa também a tipificação no direito penal real, bem como a medida protetiva no contexto jurídico e real. O estudo foi desenvolvido por meio de análises bibliográficas sobre o tema acima, levando-se em consideração lei seca, jurisprudências e entendimentos doutrinários, utilizados através do método dedutivo.

**Palavras-chave:** *Stalking*. Código Penal. Perseguição. Tipificação. Medida protetiva.

### **INTRODUÇÃO**

Como já previsto no ordenamento jurídico como crime, não é de hoje a sua repercussão em alguns países como os Estados Unidos, sendo o pioneiro a tipificar este crime. A Lei nº 14.132/21, em seu artigo 147-A, que inseriu esse novo tipo penal no Brasil, traz em sua redação que quando alguém, repetidas vezes, utilizando de meios que restrinja a liberdade da vítima, bem como causando perturbações psicológicas, a pena pode ser de reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Com o início da pandemia da Covi-19, ficamos mais dependentes do mundo digital, o que leva a termos mais acesso à tecnologia e, conseqüentemente, o registro de dados se torna mais frequente, o qual facilita na maneira de agir do perseguidor, tendo em vista ser, para ele, uma oportunidade mais eficaz e de fácil acesso à vida das vítimas. Assim, a

---

21 E-mail: carinakelly2011@hotmail.com

vulnerabilidade existente no meio digital é algo preocupante no mundo todo, pois de qualquer lugar pode-se encontrar informações de determinada pessoa, basta ter conhecimento de como acessar tais dados.

A tipificação desse crime inova no meio social e virtual buscando intervir quando está diante de casos que necessitam do comando judicial para não se tornar algo mais grandioso e perturbador.

Na legislação dos Estados Unidos a qual prevê, no crime praticado de maneira simples, a prisão pode chegar a 5 anos ou multa, e nos casos que decorrem a morte da vítima, qualificando o crime, tende a ser aplicada a prisão perpétua. Comparando com a legislação brasileira, é importante ver a relevância quanto ao rígido sistema penal que vigora naquele País.

A pesquisa abordou a problemática com base no artigo 147-A do código penal, a qual revogou o artigo 65º da lei de contravenções e trouxe algumas inovações quanto à tipificação comparada ao artigo suprimido. Por conseguinte, os objetivos foram desenvolvidos quanto à relevância dessa modificação, abordando o contexto histórico do crime de perseguição, a característica do *stalker* e da vítima, os apontamentos quanto a eficácia da medida protetiva na seara penal e no cenário atual.

Assim, para melhor discorrer sobre o tema, foi utilizado o método da pesquisa bibliográfica, por meio da coleta de dados a partir de artigos já publicados e leis vigentes, sendo, ao final, analisados e interpretados conforme o resultado almejado.

Dessa maneira, com a inovação deste tipo penal observa-se que há uma busca mais efetiva para a proteção da vítima, bem como o abrandamento deste crime na sociedade brasileira.

## **2 ASPECTOS GERAIS DO STALKING**

Conforme Melo (2012) *stalking* é uma forma de doença relacional, onde o crime é intencionalmente uma perseguição repetida ou indesejada, de forma ameaçadora ou que gera medo. Também pode definir-se como a perseguição de uma pessoa, de forma a permanecer no exterior da residência dela ou em locais frequentados por ela, entrar ou interferir na propriedade, manter sob vigilância, causando stress ou medo na vítima.

Como o termo *Stalking* possui diversas definições, a caracterização mais popular seria um ato de perseguição no qual o autor, de maneira obsessiva, utiliza de artifícios temerosos para manter a vítima a seu alcance (TSUTSUI & NETO, 2017). Tais comportamentos possuem padrões: tentativa de comunicação com a vítima, vigilância, perseguição, podendo até mesmo serem feitas de forma virtual.

Pode-se afirmar que, apesar de alguns desses comportamentos serem considerados corriqueiros se analisar o contexto virtual, cumpre ressaltar que essas condutas se consideradas intimidatórias e persistentes, causando desconforto à vítima, atenta diretamente à sua vida privada, considerando-se crime (TSUTSUI & NETO, 2017).

O fato é que o conceito do termo é de difícil definição, já que pode significar múltiplas coisas, na tradução para a língua portuguesa, não existe palavra exata, aproximando-se apenas de “perseguição obsessiva” e “assédio”. A origem dessa expressão é antiga, referia-se ao ato de perseguir uma presa, como caçador, portanto, a prática de perseguição está intrínseca ao ser humano desde o seu princípio (TSUTSUI & NETO, 2017).

A diversidade de casos de *stalking* em vários países do mundo e que foram tipificados em suas legislações, nos faz refletir acerca da disseminação violenta que esse crime ainda vem causando. A título de comparação com o *Bullying*, outra grave ofensa a dignidade humana e previsto como crime, percebe-se a semelhança quanto ao tipo de comportamento no qual ofende a saúde mental, por meio da violência e intimidação à vítima.

É dificultoso um conceito concreto para o *stalking*, já que ele não se resume em apenas um ato ou comportamento, ele se enquadra em diversos comportamentos inseridos em um mesmo contexto, com o objetivo de causar desconforto, medo e pânico nas vítimas, bem como interferir na vida pessoal delas.

O comportamento do autor é feito de forma não consensual, ou seja, sua comunicação é constante, seja ela verbal ou não, escrita ou de várias outras formas. O *Stalking* não se caracteriza apenas como violência física, mas também psicológica e emocional, pois são atos de coerção que instauram medo na vítima.

Com o advento da tecnologia e o avanço das redes sociais, foram acrescentadas novas características à esta prática, de forma a facilitar aqueles que são perseguidores, pois as redes sociais tornaram-se uma ferramenta perfeita para a perseguição. Portanto, o *stalking* se inicia quando o autor começa a ter condutas dirigidas à uma pessoa específica, seja com teor amoroso ou sexual, de forma obsessiva, persegue e assedia incessantemente outrem (MELO, 2012).

Nos dias atuais, a modalidade praticada através de meios eletrônicos se chama *cyberstalking*, pois já que com a facilidade do acesso às redes sociais, os autores desta conduta conseguem invadir o computador da vítima, acesso ao e-mail, redes sociais, tentativas reiteradas de contato virtual através de mensagens ou de conteúdo íntimo. Outro ponto importante é que as redes sociais trazem consigo o artefato do anonimato

para estes autores, o que faz com que sejam ainda mais perigosos fora do ambiente virtual, já que pode nem ser de conhecimento da vítima o proceder do indivíduo (PEREIRA, 2014).

## 2.1 Os Stalkers e as vítimas

As pessoas envolvidas no contexto da perseguição, geralmente, já tiveram algum relacionamento amoroso ou próximo de ter. Mudanças de comportamentos da pessoa inconformada com a frustração da relação geram, por vezes, um desconforto na vida social e pessoal da vítima.

O *stalker* busca através de seus comportamentos obsessivos chatear ou irritar a vítima, reatar um relacionamento ou dar início a um. Em grande maioria, essas pessoas são ex-companheiros que, de forma ameaçadora, podem colocar em risco a vida da vítima, por meio da violência física e até mesmo do homicídio.

De acordo com Pereira (2014) o *stalking* se divide em duas categorias, onde a primeira é dividida em quatro grupos:

- Expressivos: aqueles que são acometidos pelo ciúme e a raiva;
- Instrumentais: aqueles que tem a necessidade de controle e de vingança;
- Intra-individuais: são dependentes e possuem desordem mental;
- Contextuais: não aceitam o fim do relacionamento ou a existência de terceira pessoa;

A segunda classificação é quanto a motivação:

- Aborrecido: necessita externalizar seu amor;
- Intrusivo: precisa ter controle sob a pessoa;
- Organizado: alimenta o ódio e controle;
- Desorganizado: alimenta o ódio e o externa, com perigosidade crescente nas motivações de acordo que vão ocorrendo as tentativas de contato;

Grande parte dos *stalkers* são do sexo masculino, seja pessoa que já teve relacionamento íntimo com a vítima ou não, chegando até em casos de amigos íntimos, membros da família ou conhecidos. Ainda de acordo com Pereira (2014), os *stalkers* se dividem em 5 grupos:

- Rejeitado: após o rompimento da relação, o autor tenta reconciliação ou se vingar da vítima, na maioria dos casos é ex-companheiro, mas pode também ser contra familiar ou amigo. Este tipo é considerado o mais invasivo de todos, podendo se tornar agressivo;
- Que procura intimidade: aquele que não tem intimidade ou proximidade com a vítima, entretanto tem em seu imaginário a existência de uma relação, e busca obter algum contato com a vítima. Em sua grande parte, as vítimas são celebridades ou pessoas de grande relevância social. O autor geralmente apresenta algum problema psiquiátrico;
- Cortejador inadequado: é uma pessoa com pouca competência social, que não é capaz de captar o desinteresse da vítima e compreender que está sendo inconveniente em sua conduta. Geralmente as vítimas não conhecem ou possuem apenas contatos eventuais;
- Ressentido ou rancoroso: têm para si que é vítima de uma injustiça, alimenta ressentimento em relação à vítima e objetiva criar angústia e medo na rotina da mesma, possui consciência do impacto de suas condutas, recorre a ameaça para causar pânico na vítima;
- Predador: os comportamentos deste tipo costumam ser para ataque sexual, geralmente é alguém que vigia a vítima para obter informações que o ajudem a executar a agressão.

O risco nas condutas do *stalker* é variável conforme seu tipo, onde o rejeitado tem risco elevado de violência, persistência e reincidência, bem como dano; o que busca intimidade tem risco elevado de persistência e reincidência, raramente são violentos, mas o risco de dano psicológico na vítima é alto; o ressentido raramente é violento fisicamente, mas possui persistência e pode causar danos psicológicos a vítima; o cortejador inadequado pode ser ameaçador e tem reincidência com novos alvos; o predador tem grande probabilidade de violência e reincidência (PEREIRA, 2014).

Em se tratando das vítimas, em sua maioria são mulheres, onde a maioria teme o uso de violência contra si ou contra conhecidos, o que causa aborrecimento, irritação e medo, as vítimas são mais propensas a desenvolver problemas psicológicos e até mesmo ideias suicidas. Caetano (2015) divide as vítimas em sete categorias:

- Vítimas de ex-parceiros: geralmente do sexo feminino que é perseguida por ex-companheiro, estas experimentam maior número de

comportamentos abusivos e que tem mais durabilidade, também são mais frequentes a ameaças e agressões físicas, podendo chegar ao homicídio;

- Vítimas de conhecidos ou amigos: as condutas surgem após encontros casuais, sofrem menor risco de violência e em sua maioria são perseguidas por cortejadores inadequados;
- Vítimas em situações laborais: são perseguidas por empregadores, colegas de trabalho, clientes e subordinados que são motivados pela vontade de iniciar uma relação ou se vingar;
- Vítimas por desconhecidos: correm menos risco de agressão física, mas são vítimas de stalker estranho, o que causa mais aflição às vítimas;
- Celebidades: todas as pessoas famosas fazem parte desse grupo, atraem stalkers predadores, cortejadores e inadequados e os que tentam relação de intimidade, os atos violentos não costumam acontecer com as vítimas já que estas adotam medidas de segurança;
- Falsas vítimas: podendo ser os próprios *stalkers*, costumam acusar as vítimas de perseguição, ou até mesmo pessoas que tenham sido vítimas anteriormente e após a experiência passam a interpretar comportamentos inofensivos como *stalking*. Também são incluídos neste grupo pessoas com distúrbios mentais acompanhados de delírio e alucinações, que causam a sensação de perseguição, ou também pessoas que dizem estarem sendo vítimas para obter vantagem econômica;
- Vítimas em contexto de uma relação profissional de apoio: professores, advogados, profissionais da saúde etc, que mantêm relações próximas com as pessoas, que geralmente são portadoras de problemas mentais;

No que tange às mudanças de comportamento, Caetano (2015) exemplifica que infelizmente, várias vítimas reagem se isolando do mundo externo – vivem, por exemplo, com as janelas fechadas a maior parte do tempo. Muitas mandam instalar fechaduras mais seguras, adquirem números de telefone novos e compartilham com poucas pessoas e ainda passam a evitar sair de casa.

Não é nada do que se recomenda. Não é correto se esconder do problema, pois isso sim tem um efeito dramático sobre sua vida social: as vítimas se afastam visivelmente da família e de amigos, e muitas enfrentam dificuldades com o parceiro. Outras vítimas acabam mudando de casa e várias pedem demissão do emprego (CAETANO, 2015).

Nesse mesmo sentido, desde tempos remotos, a mulher vem sempre ocupando uma posição de desvantagem na sociedade em relação ao homem. Uma comprovação de que até hoje ainda permeia essa percepção é a majorante inserida no parágrafo 1º do artigo 147-A, a qual atribuiu a qualificadora em razão do sexo feminino.

As críticas, por diversas vezes, são apontadas contra as mulheres, pois são contestadas por aqueles que desconhecem da real tipificação do crime de perseguição, bem como daqueles que não dão tanta importância aos pontos negativos que esse ato pode ocasionar na vida delas. No entanto, a mulher precisa ser menos injustiçada quanto ao sexo e às atitudes de pessoas que não possuem discernimento ao cometer este crime.

Assim, quanto a caracterização da vítima, observa-se que, na maioria dos casos, a ligação com o sexo feminino é predominante. A vulnerabilidade interligada a este sexo abrange sentimentos de medo e temor que justificam os demasiados casos de envolvimento com os feminicídios ocorridos no Brasil.

## 2.2 Direito Comparado

A legislação brasileira demorou a reconhecer o crime de *stalking*, já em outros países existem legislações que penalizam a conduta, sendo os Estados Unidos o pioneiro para a tipificação mundial, após um caso com a atriz Rebecca Schaeffer, causando grande repercussão midiática. (MARCHESINI, 2015). Anteriormente, nos EUA o *stalking* era definido como assédio, obsessão e até mesmo violência doméstica, e apenas após a devida criminalização que foram desenvolvidos estudos que serviram de modelo para investigações nos demais países.

Nos EUA, em 1990, a Califórnia promulgou a primeira lei estadual de combate ao *stalking*, dando brecha para os demais cinquenta Estados aprovarem leis com o mesmo intuito, o de combate ao *stalking*. Foi então no ano de 1996 que o Congresso Nacional veio a criminalizar a perseguição interestadual como um delito federal, e posteriormente, modificou o estatuto e incluiu a perseguição via comunicações eletrônicas (PRADO, 2013).

No Reino Unido a conduta foi criminalizada no ano de 1997, com a entrada em vigor da Lei de Proteção contra o Assédio, e deu, posteriormente, a previsão da possibilidade de o Tribunal emitir ordem de restrição e aproximação, além da pena aplicada ao fim do processo. Já na Irlanda, no mesmo ano, fora incluso na Lei das Ofensas Simples Contra as Pessoas o crime de *stalking*, onde a pena de prisão pode chegar até 7 anos, e também os tribunais determinam medidas preventivas de restrições (TSUTSUI & NETO, 2017).

A Holanda introduziu o artigo 285-B ao Código Penal Holandês, no ano de 2000, se tipifica a violação da privacidade e a instigação de medo na vítima com pena que varia de

até três anos ou multa. A Áustria, no ano de 2006, instituiu o artigo 107-A ao seu Código Penal, onde a principal questão apontada é a invasão da privacidade da vítima, não sendo necessário observar sentimento de temor ou qualquer reação (TSUTSUI & NETO, 2017).

Na Alemanha a criminalização fora realizada em duas etapas: primeiro na esfera civil e posteriormente na penal. No ano de 2002 o Código Civil introduziu em seu bojo ordem de restrição entre medidas cautelares e, apenas em 2007 criou-se o artigo 238 do Código Penal, que menciona o delito de “assédio severo”, sem qualquer menção ao termo *stalking*.

Em Portugal incluiu recentemente o crime em seu Código Penal, através do artigo 154-A, no ano de 2015, onde o legislador entendeu pelo termo “perseguição”. A tipificação trouxe consigo divergências, pois parte da doutrina entendia pela desnecessidade, já que havia outros tipos penais que poderiam ser aplicados.

Um típico exemplo de *stalker* no mundo virtual, e fictício, é a serie da Netflix “YOU (VOCÊ)” na qual retrata a mente de um perseguidor o qual utiliza o meio virtual para saber tudo sobre a vida de uma moça, os lugares que ela frequenta, fazendo com que ela se apaixone por ele. Mas, essa tal paixão, trata-se de uma pessoa psicopata que invade a vida dela de tal modo que se torna imperceptível tamanha invasão, chegando até mesmo arriscar sua própria vida pela falsa ilusão amorosa.

Dessa maneira, a desativação do localizador de lugares do aparelho celular, seria um alerta e uma forma de evitar o compartilhamento de endereços dos lugares que a vítima tenha frequentado ou esteja frequentando em tempo real. Portanto, deve-se ter cuidado e estar sempre vigilante diante dos meios inesperados que o perseguidor pode utilizar.

Nos dias atuais, com a crueldade inestimável que as pessoas chegam a atacar a vida de outras, é de grande valia a cautela que se deve ter ao expor a vida pessoal, seja virtualmente ou pessoalmente. Pois, a vulnerabilidade perfaz a finalidade que o perseguidor pretende alcançar, qual seja, a “posse” sobre a vida daquela pessoa.

Ante o exposto, pode-se notar a diversidade de circunstâncias que deram origem aos processos de criminalização do *stalking*, a maior dificuldade enfrentada pela maioria dos países é a conceituação do crime bem como a delimitação das condutas que o caracterizam.

### **3 O CRIME DE PERSEGUIÇÃO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA**

A legislação brasileira, recorrentemente, inova no mundo jurídico em decorrência da sociedade sofrer com o surgimento de condutas contrárias à dignidade humana. Uma dessas condutas, que será tema deste artigo, envolve a privação da liberdade, bem como os efeitos psicológicos e físicos que essa privação pode causar. Assim, o surgimento do

novo tipo penal, *Stalking*, abrange estes comportamentos dentre outros que serão analisados a seguir.

A vida privada é o cerne todo o contexto dessa nova legislação, pois diz respeito ao direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988. Portanto, é um direito inerente à vida humana que deve ser preservado em sua totalidade.

Ainda, cabe destacar a diferença entre o direito à vida privada e o direito à intimidade, sendo este, também, expresso na Carta Magna. James Eduardo Oliveira citado por Lobo (2013, p. 107-108) explica bem essa distinção:

O direito à intimidade diz respeito a fatos, situações e acontecimentos que a pessoa deseja ver sob seu domínio exclusivo, sem compartilhar com qualquer outra. É a parte interior da história de vida de cada um, que o singulariza, e que deve ser mantida sob reserva. Estão cobertos pelo manto tutelar da intimidade os dados e documentos cuja revelação possam trazer constrangimentos e prejuízos à reputação da pessoa, quer estejam na moradia, no automóvel, no clube, nos arquivos pessoais, na bagagem, no computador, no ambiente de trabalho.

No entanto, o direito à intimidade refere-se à personalidade de cada pessoa, na qual está ligada todos os acontecimentos pessoais que não são compartilhados ou mesmo vivenciados com ninguém. Por outro lado, o direito à vida privada é vivenciado socialmente, mas há uma limitação na maneira que a pessoa compartilha seus momentos de intimidade. Ou seja, por mais que esses direitos apresentam características distintas, ainda assim se complementam de alguma forma.

O conceito de intimidade varia de pessoa para pessoa, mas acima de tudo depende da cultura de onde emergiu sua formação, em cada época e nos diferentes lugares onde desenvolva seu projeto existencial. O direito à vida privada diz respeito ao ambiente familiar, cuja lesão resvala nos outros membros do grupo. O gosto pessoal, a intimidade do lar, as amizades, as preferências artísticas, literárias, sociais, gastronômicas, sexuais, as doenças porventura existentes, medicamentos tomados, lugares frequentados, as pessoas com quem se conversa e sai, até o lixo produzido, interessam exclusivamente a cada indivíduo, devendo ficar fora da curiosidade, intromissão ou interferência de quem quer que seja (LOBO, 2013, p. 108).

Como já dito, o ato de perseguição há anos vem se tornando algo comum no mundo todo. No Brasil, já existem diversos casos que envolveram tanto pessoas famosas quanto anônimas. Ademais, o processo de mudança da legislação penal acompanhou a recorrência com que esse ato vem se expondo na sociedade.

Precipuamente, o artigo 65 da lei de contravenções penais não apresentava um tratamento específico que se encaixava no real contexto de obsessiva perseguição de liberdade, ou seja, dava mais ênfase a perturbação de tranquilidade, a saber: Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Dá análise do citado artigo, a depender dos fatos, o autor poderia até incorrer em outro crime. Então, não havia uma importância tão minuciosa da perseguição reiterada, obsessiva como expressa o atual artigo 147-A do Código Penal.

Relevante frisar quanto as provas documentadas que dão veracidade aos fatos narrados pela vítima e, conseqüentemente, a celeridade nas investigações. Além disso, há muito o que ser discutido acerca das formas legítimas de provas que, às vezes, não se concretizam por condutas que estejam em desfavor de quem está sendo perseguido.

Em relação a tipicidade objetiva, o verbo perseguir constante no tipo penal não está relacionado somente a perseguição física, podendo, também, ocorrer por qualquer outro meio. No entanto, abrange o meio virtual fazendo referência ao *cybertalking*.

A referida contravenção penal assumia um caráter sancionador que não expressava tanta segurança na prática em razão das medidas que o artigo propunha não serem mais efetivas. Assim, o novo artigo busca sanar as omissões dando mais confiança para a vítima.

Tendo em vista a comparação com o dispositivo revogado, o crime de perseguição vem se perpetuando de forma mais gravosa com a pessoa que sofre esses ataques e, com isso, a reforma da lei se faz necessária para resguardar princípios previstos em nossa Carta Magna.

Importante ressaltar a ampliação dos requisitos para o enquadramento penal diante da abrangência de elementos significativos para poder punir o causador desse delito. No entanto, a vítima terá uma tutela maior em decorrência desse acréscimo no tipo penal.

Ainda, por mais que as vítimas que mais sofrem perseguição são as do sexo feminino e que possuem relação afetiva com o perseguidor, também há casos em que as vítimas não possuem qualquer vínculo afetivo e mesmo assim são lesionados tanto psicologicamente quanto fisicamente.

A obsessão, às vezes, pode passar despercebida até pelo próprio perseguidor que, por achar que seja condutas normais, não mensura a gravidade que seus atos podem causar. Por isso, é preciso estar vigilante acerca de atitudes constrangedoras que atentam contra a vida social e íntima da vítima.

### 3.1 Dos requisitos para tipificação do crime

Até o ano de 2020 não havia tipificação expressa do ato de *stalking* no Brasil, onde apenas se encontra a previsão de legal de atos característicos. Os tribunais no decorrer dos anos iniciaram a se referir expressamente sobre tal fenômeno, verificando a sua incidência nos julgamentos de casos de violência doméstica e reparação civil (LESSA, 2021).

Conforme Greco (2009) o Direito Penal possui suas bases em princípios fundamentais, destacando-se o princípio da legalidade, que se ramifica em três dimensões: reserva legal, anterioridade da lei penal e taxatividade.

Para se tipificar um novo crime deverá ser observado o princípio da legalidade, onde a lei é a única fonte do direito penal, a necessidade de criação de lei escrita é a reserva legal e representa a garantia aos indivíduos que o Poder Legislativo tenha legitimidade para desempenhar o papel normativo.

O princípio da legalidade diz que não pode haver crime sem lei, está previsto na Magna Carta em seu artigo 5º, II. Conforme Prado (2013):

Desse modo, torna-se imperiosa para o Poder Legislativo a proibição de utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos na construção dos tipos legais de delito. Visa cumprir a exigência da certeza (*lex certa*), no sentido de que o conteúdo da lei possa ser conhecido por seus destinatários, permitindo-lhes diferenciar entre o penalmente lícito e o ilícito. Pela taxatividade, busca-se estabelecer as margens penais às quais está vinculado o julgador. Isso vale dizer: deve ele interpretar e aplicar a norma penal incriminadora nos limites estritos em que foi formulada, para satisfazer a exigência de garantia, evitando-se eventual abuso judicial. (p. 163).

Portanto, cumprindo o devido princípio da legalidade e da reserva legal, o legislador, através do Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, o artigo 147 traz em seu bojo:

Perseguição obsessiva ou insidiosa Art. 147. Perseguir alguém, de forma reiterada ou continuada, ameaçando-lhe a integridade física

ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade [...]

A proposta do tipo penal traz consigo a incriminação da perseguição consistente, podendo ser praticada pelo *stalker* de qualquer forma, via internet, pessoalmente etc., desde que ocorra de forma que restrinja a capacidade de locomoção da vítima e que ameace sua integridade física e psicológica, causando-lhe perturbações. De acordo com Gomes (2016), na criminalização do *stalking* não é comprometida apenas a liberdade da vítima como também sua privacidade, saúde e imagem.

Em se tratando de execução vinculada, a forma da prática do ato ilícito é indicada no tipo objetivo do crime, portanto a proposta de criminalização enxerga o *stalking* como um crime de execução vinculada já que o tipo penal restringe os meios de sua prática.

O ilícito também aparece como crime formal e não material, já que o legislador, mesmo que tenha descrito de forma superficial as lesões causadas aos bens tutelados, o fez de forma ampla, não observando a exigência que existe nos crimes de resultado ou materiais (PRADO, 2013). Portanto, para que haja punibilidade do autor, é necessário a prova da lesão ao bem jurídico.

Em relação a autoria, divide-se em dois tipos: os comuns e próprios, onde o primeiro são delitos que podem ser praticados por qualquer indivíduo, independentemente de sua qualidade. Já o segundo são aqueles em que é necessário que o agente possua qualidade específica. No caso em tela, o *stalking* é considerado crime comum, já que não há a exigência de característica específica ao agente para que seja concretizado (CAETANO, 2015).

O elemento subjetivo do crime é a título de dolo, significa dizer que o sujeito deve querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo, conforme artigo 18, I do Código Penal. Sendo assim, o dolo pode ser direito ou eventual, mesmo que a vontade do sujeito não seja perturbar a vítima, mas somente a aproximação, bastando a consciência e a conformação do fato de que as investidas de contato com a vítima já violam a legislação penal (CAETANO, 2015).

Para Gomes (2016), a consumação do crime em alguns casos, mesmo diante da conduta do agente poder se classificar como *stalking* não é o suficiente para gerar ameaça ou causar danos emocionais ou físicos. Há situações em que alguém segue uma vítima sem que esta se dê conta, ou até mesmo “inspeciona” sua vida pelas redes sociais, mas sem fazer ameaças ou ter grandes aproximações, portanto fica claro que para se consumir o crime, tem-se que caracterizar o tipo penal de ameaça à integridade física ou emocional, restrição da capacidade de locomoção ou perturbação da privacidade. No entanto, para a

consumação do delito é necessário observar a frequência dos atos, o dolo, e se a vítima se sente incomodada com as práticas.

#### **4 A MEDIDA PROTETIVA NO CONTEXTO JURÍDICO E REAL**

Conforme visto anteriormente, a legislação brasileira ainda não acompanhava a diversidade das relações humanas, e por consequência não consegue resolução para certas questões, como o do *stalking*. O tipo penal que mais se assemelhava com ao caso em tela é a contravenção penal elencada no artigo 65 do Decreto-Lei 3.688/41: “Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acidente ou por motivo reprovável [...]”

Deve-se levar em consideração que apenas a perturbação da tranquilidade não é o suficiente, já que o *stalking* ultrapassa a esfera psicológica ou moral, incidindo perturbação no trabalho ou sossego alheio, importunação ofensiva ao pudor, constrangimento ilegal, ameaça bem como lesões corporais. O fato é que não existe ainda na legislação brasileira um tipo penal específico, mas um conjunto de artigos destinados à outras questões que também podem ser aplicados par ao caso em tela.

Mesmo que sem tipificação expressa, era possível encontrar menções do *stalking* em alguns julgamentos dos Tribunais, onde em sua grande maioria, utiliza-se o termo para definir a perseguição ou assédio persistente, em grande parte dentro de casos de violência doméstica, entretanto existem também ações cíveis para a reparação de dano e obrigação de fazer (CAETANO, 2015).

À título exemplificativo, há a existência do HC 359.050/SC, julgado pelo STJ, onde retrata caso de violência doméstica onde a vítima era perseguida devido ao término do relacionamento amoroso com o autor. Como se demonstra:

As condutas do paciente, consistentes em incessante perseguição e vigília; de busca por contatos pessoais; de direcionamento de palavras depreciativas e opressivas; de limitação do direito de ir e vir; de atitudes ameaçadoras e causadoras dos mais diversos constrangimentos à vítima, aptos a causarem intensa sensação de insegurança e intranquilidade, representam o que é conhecido na psicologia como *stalking*, o que confirma a instabilidade dos traços emocionais e comportamentais do paciente, aptos a justificar a elevação da basal, inexistindo teratologia ou ilegalidade a ser reparada. 7. Habeas corpus denegado. (HC 359.050/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/03/2017, DJe 20/04/2017)

Há relatos também de julgados que evidenciam o envio constante de mensagens do réu para a vítima, que ultrapassou o mero dissabor, causando-lhe perturbações:

As constantes mensagens enviadas pelo réu para a autora, conforme se verifica pelos documentos de fls.24,25,26,27,28,29 evidenciam conduta que a caracterização de intromissão persistente do réu em relação a autora. Não me parece razoável que se possa justificar a conduta do réu pelo simples fato da autora remeter, igualmente, mensagens. Caso não fosse objetivo do réu em perturbar a autora deveria ter cessado a remessa das mensagens. O teor das mensagens de fls.24/29 ultrapassam o simples dissabor ou circunstância normal da vida. É evidente o objetivo da parte ré em perturbar e se imiscuir indevida no íntimo da autora. Neste sentido tenho que a sentença deva ser reformada, pois o conteúdo das mensagens permite evidenciar que atributos da personalidade foram violados e, portanto, caracterizado se encontra a agressão a atributos da personalidade. A intimidade e o sossego se encontram violados permitindo a caracterização e a condenação em danos morais. (Apelação Cível Nº 70074154501, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 30/08/2017).

Como se vê acima citado, os julgadores se referiam ao *stalking* como fenômeno psicológico, não um crime de fato, já que não havia precedentes tipificados na legislação pátria até aquela presente data.

Dessa forma, fora apenas no ano presente ano (2021) que fora tipificada pelo legislador através da Lei 17.914/21, que acrescentou o artigo 147-A ao Código Penal, como se vê:

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I - contra criança, adolescente ou idoso;

II - contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

III - mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação."

De acordo com Lessa (2021), a tipificação do crime em tela fora medida solicitada pela Associação dos Magistrados Brasileiros junto ao Congresso Nacional no Pacote Basta. Dessa forma, foi sancionada pelo presidente Jair Bolsonaro e passou a vigorar na data de sua publicação.

O crime possui três vertentes: perseguição reiterada com ameaça à integridade física ou psicológica, a perseguição constante que visa restringir a locomoção da vítima ou a perseguição constante com invasão ou perturbação da liberdade. Dessa forma, a infração penal deve ser habitual, e por isso, não se admite tentativa.

O crime também prevê o aumento da pena se este for cometido contra criança, adolescente ou idoso, também incide majorante em casos de crimes cometidos contra a mulher, por razões da condição de sexo feminino, como disposto no artigo 121, § 2º-A do Código Penal, ou seja, em casos de perseguição de violência doméstica e familiar.

Também prevê aumento em caso de concurso de duas ou mais pessoas ou se houver emprego de arma. Ademais, a norma se vê apenas na modalidade dolosa, não incidindo a culposa, prevê a cumulação de pena do delito de perseguição.

Importante salientar que o legislador tipificou como uma Ação Penal Pública Condicionada a Representação, ou seja, para que as autoridades prossigam com a investigação e que o autor seja devidamente processado, a vítima precisa fazer uma representação em até 6 meses a partir do momento em que se sabe quem é o autor do crime (LESSA, 2021).

Vale ressaltar que as vítimas do crime de *stalking* podem se valer das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, com o intuito de sanar e obstar que o perseguidor continue o constrangimento e a invasão da privacidade. As medidas são cautelares e se destinam a proteção da mulher, abrangem relações íntimas de afeto, onde o agressor convive ou convivia com a vítima, independente de coabitação (REIS, 2020).

Em casos ocorridos, uma juíza de São Paulo concedeu medida protetiva de urgência a uma vítima de *stalking* contra pessoa que estava a perseguindo objetivando iniciar relacionamento amoroso, mesmo após várias recusas da vítima. O *stalker* fazia várias

ligações para a vítima com números diferentes, chegando até a comparecer no local de trabalho da vítima, além de criar perfis falsos em redes sociais para tentar contato com familiares e amigos. Assim, a magistrada concedeu medida protetiva que proibia o autor do crime de se aproximar ou fazer contato com a vítima ou seus familiares (REIS, 2020).

Ademais, através da Resolução Conjunta nº 05/2020 CNJ/CNMP, fora instaurado o Formulário Nacional de Avaliação de Risco, que demonstra às autoridades o prenúncio de feminicídio, podendo também ser aplicado nos casos de *stalking*, mesmo os que não são praticados em ambiente doméstico, sendo completamente plausível a aplicação de medida protetiva em favor de uma mulher contra desconhecido perseguidor. O *stalking* também pode ser punido na esfera cível, já que causa abalo moral e emocional as vítimas, que podem pleitear ações de danos cíveis.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No decorrer do presente artigo, observou-se a crescente modernização da legislação brasileira no reconhecimento do *stalking*, expondo o perfil dos autores desse ilícito, perfil da vítima e suas diversas tipificações no decorrer dos anos.

A pesquisa teve como objetivo demonstrar os conceitos de *stalking*, quais condutas são tipificadas como o ato, descrever os perfis dos *stalkers* bem como demonstrar as consequências de tais atos na vida privada das vítimas. Se atestou, também, a gravidade das condutas, podendo tirar a vida de muitas vítimas.

A criminalização do *stalking* no Brasil foi um grande avanço no âmbito jurídico, já que visa a proteger todos os bens jurídicos que são feridos por meio de tal conduta delituosa. E a sua importância torna-se ainda fundamental devido ao uso de medidas protetivas, seja estas dadas por outras matérias legislativas.

Apesar da criminalização, o fenômeno aqui estudado ainda precisa de grande desenvolvimento na jurisdição brasileira, pois ainda há a necessidade de se observar as particularidades de tal prática em território nacional, já que mesmo com o direito comparado de diversos estudos de outros países, há a necessidade da observação da cultura brasileira.

Conclui-se que com a inclusão do crime de perseguição no Código Penal, traz modernização à legislação, que passa a punir de forma mais branda aqueles que praticam tais atos taxativos contra as vítimas. Também importa mencionar que as medidas protetivas e demais leis que compõem o ordenamento jurídico brasileiro podem servir de direito comparativo para os julgados, e serem devidamente aplicadas a cada caso concreto.

O Brasil ainda tem carência científica para explorar o fenômeno acima narrado, necessita da devida conscientização dos problemas bem como sua neutralização, para tanto é necessário o uso adequado do instrumento jurídico, já que o *stalking* contém mais de uma conduta criminosa, se observado o já disposto na legislação penal vingente, sendo necessário o reconhecimento magistral de que a conduta não é isolada, e sim um *modus operandi* estrito.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, (2021). **Lei nº. 14.132**, de 31 de março de 2021, acrescenta o art. 147-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição; e revoga o art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 marc.2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14132.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14132.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. **Lei das Contravenções Penais**: Decreto-Lei Nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm)> Acesso em: 02 nov. 2021.

CAETANO, Eduardo Paixão. **Perseguição obsessiva que ofende os valores de direitos humanos, o crime de stalking**. Conteúdo Jurídico, 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/coluna/2089/perseguiacao-obsessiva-que-ofende-os-valores-de-direitos-humanos-o-crime-de-stalking>>. Acesso em: 24 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução Conjunta nº 5/2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3218>. Acesso em: 14/11/2021

COSTA, Susana Manuela Fernandes. **Stalking: Prevalência junto de profissionais de saúde mental**. 2011. 51 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Minho, Braga, 2011. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/18632/1/Susana>

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 15. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

LESSA, Marcelo de Lima. **Primeiras impressões sobre o crime de perseguição**. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/89565/primeiras-impressoes-sobre-o-novo-crime-de-perseguiacao-lei-n-14-132-de-31-de-marco-de-2021>. Acesso 12/11/2021

MELO, Jamil Nadafde. **Crime de stalking e seu reflexo na legislação brasileira**. 2009. 71 p. monografia (graduação em direito)- ufsc, Florianópolis, 2012. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/o-crime-de-stalking-e-seu-reflexo-na-legislacao-brasileira-parte-1>. Acesso em: 15 jun. De 2021.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Constituição Federal anotada e comentada: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Romano, Tadeu Rogério. O Crime de Stalking. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/89587/o-crime-de-stalking>> Acesso em: 15 jun. De 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 873 p. v. 1

**Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 - (NOVO CÓDIGO PENAL)**. [S.l.: s.n.], 2012. 1 p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf> . Acesso em: 18 nov. 2021

TSUTSUI, F. C. & Neto, R. P. A. (2017) ano. **A tipicidade do stalking no brasil**. Revista Interfaces, 9(1), 97-109 (pag revista).

NOTA:

⌘ Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins. Bacharel em Direito pela Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Advogado e professor da Faculdade Serra do Carmo - FASEC. E-mail [prof.edyjunior@fasec.edu.br](mailto:prof.edyjunior@fasec.edu.br)

## **A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO UM NOVO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL**

**ANA MARIA CAROLINA OKAMURA FERNANDES:**

Bacharelanda em direito/ Bacharel em serviço social pela UFAM. Pós Graduada Em Gestão de Pessoas e Coaching/ Pós graduada em gerenciamento de projetos<sup>22</sup>.

**RESUMO:** Este trabalho tem o intuito de descrever o processo de Judicialização da Saúde no Brasil, abarcando seus aspectos históricos, fazendo uma breve contextualização desse processo e um dos principais motivos que impulsionam os indivíduos a Judicializar em suas demandas através da justiça. Tal procedimento tem ganhado relevância no cenário jurídico, levando em consideração que o cidadão necessita recorrer às vias judiciais para buscar a efetivação dos seus direitos sociais, que estão respaldados na Carta Magna de 1988, que também criou as Defensorias Públicas, visando facilitar o acesso dos usuários à Justiça. Sendo assim, devido a promulgação da Constituição Federal, diversos direitos e garantias foram asseguradas por ela, vale ressaltar que o SUS – Sistema Único de Saúde também contribuiu para que o Direito à Saúde. O estudo enfatiza que o Direito à Saúde é dever do Estado, este por sua vez, precisa atender as demandas através do SUS, quando isso não ocorre, a principal maneira de se efetivar esse direito é judicializando essa demanda. Na maioria dos casos, ela está relacionada diretamente a aquisição de medicamentos, sejam eles ofertados pelo governo ou aqueles com o intuito de tratar doenças raras e que não são fornecidos pelos hospitais públicos. Todas essas demandas são solicitadas com a finalidade de “forçar” o governo na aquisição desses medicamentos através de uma decisão judicial. Usuários de várias localidades do Brasil judicializaram suas demandas, sejam elas na educação, na saúde, na previdência e na assistência num modo de agilizar e/ou efetivar um direito que está sendo violado pelo poder público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Judicialização da Saúde. Direitos fundamentais. Dignidade Humana. Direito à Saúde.

**ABSTRACT:** This paper aims to describe the Health Judicialization process in Brazil, covering its historical aspects, providing a brief contextualization of this process and one of the main reasons that drive individuals to Judicialize their demands through justice. This procedure has gained relevance in the legal scenario, taking into account that the citizen

---

<sup>22</sup> E-mail: ana\_okamura@hotmail.com

needs to resort to judicial channels to seek the realization of their social rights, which are supported by the Magna Carta of 1988, which also created the Public Defenders, in order to facilitate access to users to justice. Thus, due to the promulgation of the Federal Constitution, several rights and guarantees were ensured by it, it is noteworthy that the SUS - Unified Health System also contributed to the Right to Health. The study emphasizes that the Right to Health is a duty of the State, which, in turn, needs to meet the demands through the SUS, when this does not occur, the main way to enforce this right is to judicialize this demand. In most cases, it is directly related to the acquisition of medicines, whether offered by the government or those intended to treat rare diseases that are not provided by public hospitals. All these demands are requested with the purpose of "forcing" the government to acquire these drugs through a court decision. Users from various locations in Brazil have judicialized their demands, whether in education, health, social security and assistance in a way to streamline and/or enforce a right that is being violated by the government.

**KEYWORDS:** Judicialization of Health. Fundamental rights. Human dignity. Right to health.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Aspectos históricos do processo de judicialização no Brasil. 2.1. O debate sobre a judicialização e constituição federal de 1988. 3. Conceito de judicialização. 3.1 Contextualização do processo de judicialização da saúde no Brasil. 4. Judicialização da saúde como efetivação dos direitos sociais. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Quando um indivíduo necessita de um medicamento específico, para tratar uma enfermidade e não tem acesso, pois o referido não está disponível no Sistema Único de Saúde, a forma mais viável que o indivíduo tem de reivindicar as doses necessárias é entrando na justiça em face ao Governo, tendo em vista que é dever do Estado garantir a saúde a todos. Esse processo é denominado Judicialização da Saúde.

No início deste estudo, procuramos entender a contextualização sobre a temática da judicialização, que contou com o objetivo de conhecer de uma forma mais detalhada sobre assunto, Carvalho (2004), MACIEL, KOERNER (2002), NETO (2009), SIERRA (2011), VIANNA (2007) e dentre outros autores que foram a base desta pesquisa, visando contextualizar e entender como ocorre este processo de Judicialização.

A judicialização se tornou um procedimento necessário e muito utilizado para efetivação dos direitos sociais. Tal processo, vem ganhando cada vez mais ênfase no cenário brasileiro. Diante dos fatos, essa temática também é considerada relevante e muito discutida nos Supremos Tribunais.

Por isso, o foco principal dessa pesquisa será a Judicialização da Saúde como principal mecanismo de efetivação de direitos.

Nesse contexto, o intuito deste artigo é enfatizar o processo da Judicialização, desde sua gênese ao fato que propiciou aos cidadãos a buscarem exigir seus direitos nas instituições de justiça. No decorrer da pesquisa é visível que a maior demanda desse procedimento está relacionada a área da saúde.

## **2. ASPECTOS HISTÓRICOS DO PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL**

Este processo não é tão contemporâneo, contudo, as demandas de saúde, assistência e previdência aumentaram a partir da criação da Constituição Federal de 1988, esta por sua vez, criou mecanismos dentre eles as Defensorias Públicas com o intuito de auxiliar a sociedade na busca de seus direitos.

Na Carta Magna, a saúde constitui-se como: “Direito de todos e dever do Estado” (Art. 196), assegurando também a universalização, a participação social, a atenção integral e a descentralização com direção única. Diante dos fatos, a saúde é um direito fundamental do ser humano. Por isso, o processo de Judicialização se torna atualmente uma estratégia de se efetivar um direito que está respaldado nos dispositivos legais, dentre eles a Lei Orgânica da saúde, de Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990.

No início da década de oitenta, no Brasil, os movimentos sociais vão se dedicar a promoção dos direitos sociais e econômicos dos setores pobres da população, esses movimentos buscavam melhorias na qualidade de vida, a moradia e o direito a saúde. Diante disso Couto (2010, p. 139) relata que:

As décadas de 1980 e 1990 foram paradigmáticas e paradoxais no encaminhamento de uma nova configuração para o cenário político, econômico e social brasileiro. De um lado, desenvolveu-se um processo singular de reformas, no que se refere à ampliação do processo de democracia – evidenciada pela transição dos governos militares para governos civis – e à organização política e jurídica – especialmente demonstrada no desenho da Constituição promulgada em 1988, considerada, pela maioria dos teóricos que a analisaram, como balizadora da tentativa do estabelecimento de novas relações sociais no país. Por outro lado, efetivou-se um processo de grande recessão e contradições no campo econômico, onde ocorreram várias tentativas de minimizar os processos inflacionários e buscar a retomada do crescimento, tendo como eixo

os princípios da macroeconomia expressa na centralidade da matriz econômica em detrimento da social.

Apesar da transição do governo militar para o civil, foi possível observar que novas mudanças foram feitas, dentre elas a privatização das empresas, aberturas econômicas para capital estrangeiro, minimização dos gastos públicos governamentais na área social e dentre outras características.

De acordo com Pessoa (2011, p.1), os direitos sociais começaram a ter novo significado a partir do século XX, quando o marxismo e o socialismo revolucionário trouxeram uma nova concepção de divisão de trabalho e do capital por isso entende-se que os direitos sociais foram aceitos nos ordenamentos jurídicos por uma questão política, e não social isso é para evitar que o socialismo acabasse por derrubar o capitalismo.

Os principais autores responsáveis pela gênese do termo judicialização foram Tate e Vallinder, com obra *The Global Expansion of Judicial Power (1996)*, onde buscavam mostrar os avanços do poder judiciário nos países norte americanos e evidenciar o fato dos juízes terem opiniões formadas, e tomarem decisões sem deixar que elas sejam decididas em outros órgãos e outras instituições.

Na Carta Magna, a saúde constitui-se como: “Direito de todos e dever do Estado” (Art. 196), assegurando também a universalização, a participação social, a atenção integral e a descentralização com direção única. Diante dos fatos, a saúde é um direito fundamental do ser humano. Entretanto, há ainda limitações nas quais, por exemplo, Machado (2008, p.75) cita:

“(...) a tentativa de desmonte e sucateamento dos serviços públicos, implementada no bojo do processo de remodelação neoliberal do Estado brasileiro (...)”, portanto, há limites e contradições para garantir, de fato, o direito à saúde, devido à falta de acesso aos serviços e/ou precarização dos mesmos, falta de medicamentos, ou o não acesso àqueles medicamentos que os usuários não possuem condições de comprar para completar seu tratamento e materiais que são utilizados para a manutenção da saúde.

Por isso, o processo de Judicialização se torna atualmente uma estratégia de se efetivar um direito que está respaldado nos dispositivos legais, dentre eles a Lei Orgânica da saúde, de Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990.

Partindo desse fato, foi necessário o Estado observar a questão da proteção do trabalho e do direito à saúde, à educação, à moradia e dentre outros. Nesse âmbito, Couto (2010), comenta a respeito dos direitos de segunda geração, os direitos sociais que seriam

de responsabilidade do Estado, e que eles vêm se constituindo desde o século XIX. Contudo, só ganharam ênfase no século XX. Os direitos sociais vão estar ligados na ideia de igualdade, que buscam enfrentar as desigualdades sociais.

Ainda no pensamento da autora, a questão dos direitos de terceira geração, que são entendidos como fruto do amadurecimento das relações entre povos e como resposta de aos conflitos que foram gerados pela repressão política, tendo o seu pensamento voltado para o coletivo.

## **2.1 O debate sobre a Judicialização e Constituição Federal de 1988**

No Brasil, a Constituição Federal 1988, criou mecanismos jurídicos, onde os cidadãos tiveram a oportunidade de exercer a sua cidadania e a sua busca pela efetivação de direitos. Além disso, com a criação das Defensorias Públicas o Poder Judiciário pode ser acionado por qualquer cidadão. Diante desse mesmo fato foram criadas as Defensorias Públicas como um modo de garantir acesso à Justiça para aquelas pessoas que não possuem condições de arcar com advogados e buscar o acesso à saúde e seus direitos que estão assegurados na Carta Magna.

A Defensoria Pública, respaldada no Art. 134 da Carta Constitucional, funciona em 21 núcleos e unidades descentralizadas, a Defensoria Pública busca assegurar, em caráter permanente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, as pessoas, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

A Administração Pública resguardou seus interesses específicos com a criação da Advocacia Geral da União e das Procuradorias Gerais dos Estados e dos Municípios, consolidando-se, também, em sede constitucional, a essencialidade da advocacia privada, para a defesa dos interesses das pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Contudo, a Assembleia Constituinte verificou que apenas essas três instituições não eram suficientes para garantir o pleno acesso de todos os cidadãos à Justiça, tendo em vista que a maioria do povo brasileiro permaneceria à margem do sistema judiciário por razões de ordem econômica, social e cultural. Necessário, então, que o próprio Estado suprisse esse vazio, criando órgão próprio para tal fim. Sendo respaldada na Lei complementar nº 80 de 12 de janeiro de 1994.

Nesse contexto, vale ressaltar que o governo Vargas foi caracterizado pelas mudanças nas políticas públicas, sendo o ano de 1930, responsável por moldar a política pública brasileira estabelecendo um desenvolvimento jurídico e material que deixaria o sistema de proteção social até um período recente. De acordo com Simões (2010, p.126)

“Nos anos de 1930, com o processo de industrialização crescente e a integração social de amplas massas trabalhadoras na estrutura sindical getulista, o Estado passou a implantar políticas sociais.”.

Ainda com Simões (p.147), o critério da categoria profissional veio a ser igualmente instituído pelas leis sindicais getulistas, sistematizado pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), para a organização sindical. A CLT de acordo com o autor deu oportunidade à participação dos sindicatos, através de seus representantes, na administração dos IAPs, que foram transformados em autarquias.

Os IAPs garantiam as aposentadorias, pensões, auxílio-doença e funeral e assistência médica aos vinculados. Esses benefícios variavam de instituto para instituto. Uma das categorias trabalhista que era mais respeitada na época, era a dos bancários (IAPB), devido às garantias que a eles eram ofertadas. Entretanto, à medida que esses trabalhadores se uniam, reivindicações surgiam a respeito da unificação dos benefícios que eram ofertados. Pois, eles desejavam que todos usufríssem de direitos iguais.

O Sistema Único de Saúde é respaldado na Constituição Federal de 1988:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I- descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II- atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III- participação da comunidade.

No Brasil, a Constituição Federal 1988, criou mecanismos jurídicos, onde os cidadãos tiveram a oportunidade de exercer a sua cidadania e a sua busca pela efetivação de direitos. Além disso, com a criação das Defensorias Públicas o Poder Judiciário pode ser acionado por qualquer cidadão. Diante desse mesmo fato foram criadas as Defensorias Públicas como um modo de garantir acesso à Justiça para aquelas pessoas que não possuem condições de arcar com advogados e buscar o acesso à saúde e seus direitos que estão assegurados na Carta Magna.

Noutro giro, de acordo com Pessoa (2011, p.1), os direitos sociais começaram a ter novo significado a partir do século XX, quando o marxismo e o socialismo revolucionário trouxeram uma nova concepção de divisão de trabalho e do capital por isso entende-se que os direitos sociais foram aceitos nos ordenamentos jurídicos por uma questão política, e não social isso é para evitar que o socialismo acabasse por derrubar o capitalismo.

No que tange acerca do conceito de cidadania, cabe mencionar que Dimoulis (2012, p.68) descreve que o termo abrange um conceito histórico derivado do latim *civis-civitas* (homem livre - cidade) e *activa civitatis* (ação do homem livre na cidade e no Estado) e que está atrelado a questão da dignidade da pessoa humana para que o indivíduo tenha papel ativo na sociedade e com isso o exercício de direitos e obrigações. Isto é, para que o indivíduo se entenda como um ser de direitos e deveres.

### 3. CONCEITO DE JUDICIALIZAÇÃO

Judicializar de acordo com o dicionário significa: concernente aos tribunais ou à justiça; forense, que se realiza perante o poder judiciário. O Juiz é o agente político, integrante do Poder Judiciário, a quem a Constituição atribui o exercício da jurisdição, a expressão do poder político com que o Estado soluciona conflitos mediante a afirmação da autoridade da ordem jurídica. Jurisdição Constitucional de acordo com Dimoulis (2012, p.220) é a forma de procedimentalização judicialiforme que visa à atuação (realização e proteção) da Constituição.

Judicializar significa entrar com petição perante o juiz por determinada causa, ou seja, recorrer à justiça. Atualmente se observa como a concretização de um objetivo ou de um direito, pois independente da causa o defensor público ou até mesmo a pessoa que for recorrer a ele, pode retirar argumentos da própria legislação ou da Constituição. Ou seja, dependendo do caso, pode ser citado o direito a saúde respaldado no Art. 196 (p.147) e o Art. 194 (p. 144), sobre a Seguridade Social. Barroso entende acerca da Judicialização (2010, p. 3):

[...] significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo- em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolver uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressão uma tendência mundial; outras são diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Ainda com o pensamento de Barroso (2010), que coloca as três principais causa da judicialização, sendo elas: redemocratização do País, constitucionalização abrangente e a última causa seria o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Respectivamente (p.3-4):

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do País, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978) que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina com aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu.

Diante dos fatos, o principal fundamento em relação a Judicialização da Saúde se encontra na Constituição Federal de 1988, pois o direito à saúde é considerado universal, ou seja, direito de TODOS E DEVER DO ESTADO.

De acordo com Motta (2007), no que se relaciona com a democratização do Poder Judiciário, este por sua vez, foi incorporado à pauta de advogados, juízes, promotores e acadêmicos e militantes de organizações de assistência jurídica e comitês de direitos humanos. A ampliação do acesso à Justiça das classes subalternas e a emergência de uma cultura democrática por parte de movimentos sociais e políticos.

Os autores que começaram a discussão sobre este processo de Judicialização são americanos (Estados Unidos) TATE e VALLINDER (1996) apud Maciel e Koener (2002), que foram criadas a partir de linhas de análise comum para pesquisa do Poder Judiciário em diferentes países. Como foi possível perceber é um tema amplo e que vários profissionais buscam entender e conceituar o que de fato significa judicialização. De acordo com Vianna (2007), a judicialização da política pública é mais do que uma forma de proteção ao direito do cidadão, visto que é necessário frisar a questão do não acesso aos serviços de saúde e sobre questões previdenciárias. A judicialização destes processos relacionados muitas vezes com a área de saúde (medicamentos, consultas e exames) se dá em busca de forçar o governo a cumprir o direito de cada cidadão que se vê destituído do mesmo. O que se pode observar é que isso ocorre devido à incapacidade das instituições de atender as demandas sociais e do Estado, que continua ainda seguindo uma política neoliberal que prevê os mínimos sociais.

Desse modo para Maciel e Koerner *apud* Machado (2008, p.82) este termo judicialização para o estudo de caso brasileiro necessita de melhor definição, buscando identificar de que modo ocorre esse fenômeno no Brasil. Partindo disso eles propõem duas matrizes teóricas influentes no cenário nacional, sendo a primeira, representada por

Arantes (1996-1999), que utiliza a ideia de judicialização da política para referir-se ao ativismo voluntarista do Ministério Público e suas implicações negativas seja para a integridade das funções políticas das instituições representativas, ou ainda, para a própria manutenção da independência funcional da instituição. E a outra representada por Vianna (1997 e 1999), que trata a judicialização “em termos de procedimentalização do direito e da ampliação dos instrumentos judiciais como uma arena pública a propiciar a formação de opinião e o acesso do cidadão à agenda das instituições políticas”.

Sendo assim, Gouvêa, *apud* por Machado (2008, p. 78) afirma, que a partir de estudos a respeito de processos de medicamentos da AIDS, mostrou que no ano de 1996 a postura a ser tomada pelo poder judiciário mudou, pois antes dessa data todas as ações judiciais coletivas e/ou individuais eram negadas.

O autor argumenta que a partir deste ano os pedidos começaram a ser aceitos no Poder Judiciário. Os dispositivos legais que atualmente garantem o fornecimento de remédios pelo SUS são: Constituição Federal de 1988, art. 5º “LXIX, 6º, 23, II E 196 A 200”; Constituição do Estado de São Paulo, artigos 219 a 231, Lei Federal nº 8.080 de 19/12/1990, artigo 6º, I, “d”; Lei Complementar Estadual de São Paulo n. 791 de 08/03/1995; Lei Estadual nº 10.241 de 17/03/1999 do Estado de São Paulo. Norteados por essas citações a distribuição gratuita de medicamentos fornecida pelo SUS está assegurada, podendo nestes casos ser utilizada como argumento, se caso necessário recorrer ao Poder Judiciário.

### **3.1 Contextualização do Processo de Judicialização da Saúde no Brasil**

Sobre a judicialização da saúde, SIERRA (2011) descreve como um fenômeno que dimensionando um papel ativo ao Poder Judiciário na luta pelos direitos e levando em consideração ainda as identidades sociais. Portanto, o processo de Judicialização se torna atualmente uma estratégia de efetivação de um direito constitucional, respaldado em dispositivos legais, dentre eles a Lei Orgânica da saúde, de Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990.

A Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8080/90, que dispõe sobre as condições de promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e outras providências, define o Sistema Único de Saúde (SUS) como:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

Isto é, desde seu marco legal na Carta Magna e Lei Orgânica da Saúde- LOS em 1990, ao longo de duas décadas, o SUS se consolidou e se tornou a maior política de Estado do país, promotor de inclusão e justiça social. Contudo, pode-se dizer que, atualmente, a saúde se encontra precária, pois existe a falta de profissionais de saúde, o difícil acesso aos serviços de saúde pública em todo o Brasil.

Diante desses fatos o SUS foi criado com o intuito de garantir o acesso aos serviços de saúde, de maneira universal, igualitária e “gratuita”, com o processo da Constituição Federal de 1988 foram aprovadas as propostas do movimento sanitaria, Bravo *apud* Simões (2010):

A saúde pública deve ser concebida como direito universal dos cidadãos e dever do Estado, não contributiva... Entre segurados ou não da Previdência Social população urbano e rural e outras; as ações e serviços de saúde devem ser considerados de relevância pública, cabendo ao Poder Público sua regulamentação, fiscalização e controle, mesmo quando exercidos por entidades particulares; as ações e os serviços públicos de saúde, prestados pelo Estado, devem constituir-se em um sistema único, integrando todos os serviços públicos em uma rede hierarquizada, regionalizada, descentralizada e de atendimento integral, com a participação da comunidade; participação do setor privado no sistema de saúde, em regime complementar, mediante a destinação de recursos públicos, para subvenção a entidades sem fins lucrativos; proibição de sangue humano e seus derivados; prioridade para medidas preventivas de saúde.(p.129).

O SUS foi criado justamente para se existir um sistema que fosse para todos, universal, entretanto a luta em busca de um sistema mais humanizado e que ofereça melhores condições de tratamento e atendimento é uma nova luta por parte dos cidadãos brasileiros.

A Constituição de 1988, que é considerada a carta de todos os direitos. Sejam eles na área da saúde, assistência, trabalho e/ou previdência. Ela é atualmente o principal

argumento dos usuários que judicializam as suas demandas para pode conseguir realizar procedimentos em hospitais, ambulatórios e dentre outros.

A Constituição Federal de 1988 foi uma conquista principalmente dos movimentos sociais, e com ela veio uma série de garantidas e de direitos. Podendo ser observado também a questão do TRIPÉ DA SEGURIDADE SOCIAL, que garante o direito à saúde, à previdência e à assistência social. Os direitos a saúde no Brasil apareceram pela primeira vez no inciso XXXI do art. 179 da Constituição de 1824, sob o conceito de socorros públicos. A saúde se relaciona com o Sistema Único de Saúde (SUS) que foi instituído pela Constituição Federal de 1988, assegurado pela LOS nº. 8.080/1990 de acordo com o "Art. 2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.". Diante disso cabe ao Estado assegurar os serviços que são prestados à sociedade brasileira.

#### **4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

A saúde como já foi dita anteriormente, é um direito nosso, respaldado nos Art. 196 ao Art. 200 da Carta Magna, contudo algumas situações, como a dificuldade no acesso aos serviços de saúde levam com que os cidadãos se vejam sem o acesso desse direito. E na maioria dos casos, está relacionada com a aquisição de medicamentos. Portanto, vale ressaltar que a saúde é um direito de todos e está assegurada pela Constituição de 1988, segundo o Art. 196, (p. 147):

A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Atualmente existe um aumento dos processos de judicialização no Brasil. Um dos principais fatores que contribui também para isso é a gestão do SUS, pois o governo ainda não conseguiu administrar de maneira eficaz o sistema de saúde pública (Ventura *et al*/2010).

Quando um paciente necessita de um medicamento específico, para tratar uma enfermidade e não tem acesso, pois o referido não está disponível no Sistema Único de Saúde, a forma mais viável que o indivíduo tem de reivindicar as doses necessárias é entrando na justiça contra o Governo, tendo em vista que é dever do Estado garantir a saúde a todos. Esse processo é denominado Judicialização da Saúde.

Partindo deste fato paramos para refletir, o que fazer em relação à falta de serviços de saúde e de tratamento principalmente? Essa é uma pergunta que fica na cabeça de

muitas pessoas e que muitas vezes não consegue ser respondida. Pensar que a maioria dos cidadãos brasileiros que residem em interior e no Estado do Amazonas não consegue tratamento para doenças mais complexas e exames, por falta muitas vezes de estrutura, mas também a falta de médicos especialistas e hospitais preparados para atender a média e a alta complexidade. Segundo Bravo (2009, p.20):

O SUS completou 15 anos de existência e, não obstante ter conseguido alguns avanços, o SUS real está muito longe do SUS constitucional. Há uma enorme distância entre a proposta do movimento sanitário e a prática social do sistema público de saúde vigente. O SUS foi se consolidando como espaço destinado aos que não têm acesso aos subsistemas privados, como parte de um sistema segmentado. A proposição do SUS inscrita na Constituição de 1988 de um sistema público universal não se efetivou.

A autora deixa bem claro que o SUS que muitos dizem que foi consolidado e estruturado, considerado universal, na realidade é um sistema demorado, um sistema burocrático e que não pode ser considerado um sistema único de saúde. Ela comenta que na saúde é necessário o fortalecimento da Reforma Sanitária, ou seja, realmente rever os princípios que deveriam ter sido executados. Vemos uma grande necessidade de um atendimento igualitário e humanizado, pois observamos que boa parte da população e dos profissionais da área tem a ideia de que a saúde pública é um favor e não um direito. Diante disso também observamos que a própria população de maneira bem superficial começa a entender e a compreender que a saúde é um direito sim e partindo disso começa a reivindicar pelo acesso ao mesmo.

A partir da década de noventa surge à questão dos medicamentos para tratar do vírus HIV/AIDS, estes por sua vez eram de custo extremamente alto. Muitos não estavam registrados no país e na vigilância sanitária e o tratamento era realizado somente fora do país. Para ser mais precisa a partir da promulgação da Constituição a saúde passa ser obrigação do Estado, cabendo a ele ser o responsável por ela. Pepe (2010, p.2406) inicia seu texto descrevendo sobre a Judicialização da saúde, onde comenta que esta demanda se iniciou na década de noventa, com pedidos de medicamentos antirretrovirais para HIV/AIDS, tem se tornado uma alternativa para o cidadão ter acesso a medicamentos pelo SUS (Sistema Único de Saúde).

O Sistema Único de Saúde foi sim um ganho para a população, ainda sim devem existir melhorias na gestão e na aplicação das políticas e programas de saúde, para que o SUS real se pareça com o Constitucional.

A realidade de hoje são pessoas que ao invés de utilizar os serviços públicos de saúde, recorrem muitas vezes aos serviços de saúde privado, ou seja, os famosos "planos

de saúde” e outros o adquirem devido ao seu trabalho, pois algumas empresas fornecem planos de saúde aos seus funcionários. O que ocorre na verdade é que a saúde acaba sendo paga duplamente, com os impostos e com os planos de saúde. Devido os serviços de saúde que estão sendo prestados pelo SUS as pessoas começam a migrar para os planos de saúde. Quando percebem que até os planos de saúde possuem problemas, demora no atendimento, taxas extras, carências e dentre outros fatores, eles acabam retornando ao sistema público de saúde.

Quando o mesmo interesse entra em consenso os cidadãos abrem um processo coletivo para atender sua demanda, entretanto na maioria das vezes os processos são feitos individualmente de acordo com a saúde de cada um, pois são interesses pessoais, como medicamentos, materiais e consultas clínicas e exames. Machado (2008, p. 77) coloca que:

O Ministério Público é uma instituição permanente incumbida da defesa: da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses individuais indisponíveis e dos direitos coletivos e difusos. Além disso, tem-se observado o papel do MP na busca pelo direito à saúde, tanto como instituição provocadora da Justiça quanto como espaço extrajudicial de resolução de conflitos.

Atualmente alguns autores que discutem sobre a judicialização tem buscado relatar a atuação do MP na busca da garantia dos direitos sociais. O que acontece em vários casos também que esses processos têm seus lados negativos, pois quando esses processos são deferidos a necessidade de cumpri-los é imediata, fazendo com que parte da verba que já estivesse destinada, fosse utilizada para esse fim. Ou seja, essa verba não estava prevista no orçamento destinado aos serviços de saúde, fazendo com que haja um desequilíbrio nas contas públicas e ocasionando com que outras pessoas ficassem sem um medicamento ou material, pois o dinheiro teve que ser utilizado para esse fim. (MACHADO, 2008).

De fato, todo esse processo pela busca de direitos, se torna cada vez mais um processo complexo de se entender, os usuários da saúde que judicializam suas demandas conseguem respostas aos seus pedidos judiciais.

Diante disso, é possível observar que são esses alguns dos motivos que levam os usuários de saúde a buscarem o Judiciário, Ministério Público e Defensorias para conseguir atender as suas demandas e suas necessidades enquanto cidadão de direitos.

Não podemos dizer que o Sistema Público de Saúde é um desastre total, mas sabemos que melhorias podem ser realizadas e que uma parte da população pode

procurar recursos para aperfeiçoar esse sistema, para que ele possa realmente ser comparado com o que está assegurado na CF 1988 e na Lei de nº 8080/90.

## 5. CONCLUSÃO

Quando falamos em saúde, entendemos que ela é um direito de todos e que está assegurado pelo Estado. Entretanto temos visualizado em diversos Estados que a saúde no Brasil vem se tornando um assunto em grande debate. Primeiramente, é observado que boa parte dessas doenças poderiam ter sido evitadas ou prevenidas. Em segundo lugar, no contexto amazônico, Manaus passa por uma série de problemas dentre eles a grande demanda que procura as unidades de saúde e que em boa parte dos casos não consegue o acesso aos serviços disponibilizados por essas instituições.

Essa realidade tem se tornado comum, pois cada vez mais a quantidade que necessita de atendimento é maior, e as vagas acabam não sendo suficientes para atender as pessoas que procuram os serviços de saúde. No interior podemos considerar que a situação se torna mais precária, pois a infraestrutura e boa parte dos tratamentos não são encontrados nas unidades de saúde, principalmente a falta de médicos que também é constatada. Devido a esse e a outros motivos esses usuários vêm para a capital em busca de tratamento especializado e sofrem diversas dificuldades, pois na maioria dos casos eles vêm por conta própria e não possuem recursos para se manter na cidade.

A judicialização é uma estratégia de busca pela efetivação de um direito. Ela atualmente tem ganhado espaço no Poder Judiciário e, também, está sendo utilizada por grande parte dos usuários da saúde para conseguir os serviços de saúde de maneira mais rápida. A judicialização da Saúde vem sendo considerada atualmente um processo contemporâneo, pois com a criação das Defensorias Públicas, Ouvidorias o acesso à justiça ficou mais acessível para aqueles que antigamente não tinham recursos para arcar com as despesas de um advogado e dentre outras coisas.

Atualmente, as demandas aumentaram, não somente pelo fato de que os serviços de saúde não conseguem atender toda a população, mas como também a falta de um bom planejamento e gestão acaba influenciando.

Portanto, vale ressaltar que a judicialização se vê atualmente uma necessidade, uma forma de garantir um direito que está assegurado, e que muitas vezes se torna complexo, devido às dificuldades encontradas no acesso aos serviços de saúde. Por isso não podemos deixar de multiplicar tal conhecimento, pois um usuário que consegue o seu direito através do judiciário, com toda a certeza transmitirá essa informação para outras pessoas, possibilitando dessa forma o exercício da cidadania.

## 6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista da Escola de Magistratura Regional Federal, v. 1, p. 389-406, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B., **Metodologia da pesquisa jurídica**. 14. ed. São Paulo. Saraiva, 2016.

BONIS, G. **A Saúde não chega aqui: No Semiárido Baiano, a falta de médicos impõem um verdadeiro suplício à população em busca de assistência**. [Editorial]. Carta Capital, n 762, p. 24-30, ago., 2013.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988: promulgada em 5 de outubro de 1998** I. Pinto, Antônio Luiz Toledo. II- Windt, Maria Cristina Vaz dos Santos. III- Céspedes, Livia. 45. ed. São Paulo. Saraiva, 2011. 441p. (Série Legislação Brasileira)

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19/09/1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 20 de set. 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm). Acesso em: 23 mai. 2021.

BRASIL, **Política Nacional de Humanização: a humanização como eixo norteador das práticas de atenção e gestão em todas as instâncias do SUS**. Brasília. Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/humanizasus\\_2004.pdf](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/humanizasus_2004.pdf). Acesso em: 16 jun. 2021.

BRAVO, M. I. S. Política de Saúde no Brasil. Ana Elizabete Mota; Maria Inês Souza Bravo; Roberta Uchôa; Vera Nogueira; Regina Marsiglia; Luciano Gomes; Marlene Teixeira. (Org.). **Serviço Social e Saúde: formação e trabalho profissional**. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2009, v. 1, p. 88-110.

COUTO, Berenice Rojas. **O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira: uma equação possível?**. 4 ed. São Paulo. Cortez, 2010.

DIMOLIS, Dimitri. **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises**. Revista Lua Nova: Revista de Cultura e Política. N° 57.2002.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. **Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil**. Revista de Direito Sanitário. 2008;9(2):73-91.

MICHAELIS. **Dicionário escolar língua portuguesa**. São Paulo. Melhoramentos, 2008.

MOTTA, Luiz Eduardo. **Acesso à justiça, cidadania e judicialização no Brasil**. Achegas.net, v. 36, p. 1-38, 2007.

PEPE, V. L. E. ; Figueiredo, Tatiana Aragão ; Moraes, Luciana Simas Chaves ; OSORIO-DE-CASTRO, C. G. S. ; VENTURA, M. . **A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica**. Revista Ciência e Saúde Coletiva (Impresso), v. 15, p. 2405-2414, 2010.

SIERRA, Vânia Morales. **A judicialização da política no Brasil e a atuação do assistente social na justiça**. Revista Katál. Florianópolis, 2011. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547/14324>. Acesso em: 17 jun. 2021.

SIMÕES, C. **Curso de Direito do Serviço Social**. 4. Ed. Biblioteca básica de serviço social, v.3. São Paulo: Cortez, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social. Revista de Sociologia da USP, 2007. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547/14324>. Acesso em: 16 jun. 2021.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; FERMIN, Roland Schramm. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. Physis. Revista de Saúde Coletiva, v.20, p. 1-12. Rio de Janeiro, 2010.

## USUCAPIÃO ENTRE HERDEIRO SOBRE BENS IMÓVEIS DO ACERVO HEREDITÁRIO

**GLENDIA ISABELLE SOUZA DA CUNHA:**

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário  
Una<sup>23</sup>.

**RESUMO:** O presente artigo trata da possibilidade jurídica da usucapião pleiteada por herdeiro sobre imóvel objeto de herança. Embora o direito de propriedade seja assegurado pela CF em seu artigo 5º, inciso XXII tal direito é relativo uma vez que a função social age como limitador constitucional e em caso de descumprimento da mesma sob o imóvel, não há que se falar em propriedade plena, podendo o dono do imóvel perder a propriedade em razão de desapropriação por interesse social (art. 182, § 2º, da CF) ou por meio de ação de usucapião. O direito à herança previsto no inciso XXX do artigo 5º da CF também não é tratado como absoluto sendo este passível de limitações, conforme será apresentado ao longo deste artigo. Atualmente não há previsão expressa quanto a possibilidade de o herdeiro pleitear ação de usucapião sobre imóvel objeto de herança, assim como não há norma proibitiva, fazendo com que o tema venha sendo tratado de formas divergentes. Tendo em vista os princípios e garantias fundamentais assegurados na Constituição e a análise do entendimento firmado pelo STJ a respeito do tema, o presente artigo busca a análise e esclarecimento dos requisitos do reconhecimento da usucapião pleiteada por um herdeiro.

**Palavras-chaves:** Usucapião. Herdeiro. Imóvel. Possibilidade. Superior Tribunal de Justiça.

**ABSTRACT:** This article deals with the legal possibility of adverse possession claimed by an heir on the property object of inheritance. Although the right to property is ensured by the Federal Constitution in its article 5, item XXII such right is relative since the social function acts as a constitutional limitation and in case of non-compliance with the property, there is no need to speak of full ownership, the property owner may lose property due to expropriation for social interest (art. 182, § 2, of the CF) or through adverse possession. The right to inheritance provided for in item XXX of article 5 of the CF is also not treated as absolute, which is subject to limitations, as will be presented throughout this article. Currently, there is no express provision regarding the possibility of the heir claiming usucapion action on the property that is the object of inheritance, as well as there is no prohibitive rule, causing the issue to be dealt with in divergent ways. In view of the fundamental principles and guarantees guaranteed in the Constitution and the analysis of the understanding signed by the STJ on the subject, this article seeks to analyze and clarify the requirements for recognizing the adverse possession claimed by an heir.

---

23 E-mail: glenda\_isabelle@hotmail.com

**Keywords:** Usucapion. Heir. Immobile. Possibility. Higher Justice court

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo a análise da possibilidade jurídica de se usucapir bens imóveis de acervo hereditário por herdeiro, bem como baseado em quais elementos e em quais circunstâncias pode-se obter a posse do imóvel em questão pelo instituto da usucapião, de acordo com os preceitos do Código Civil de 2002 bem como também a luz da constituição Federal de 1988. Para tanto, pretende-se abordar, os conceitos, classificação, efeitos da posse e seus requisitos intrínsecos legais.

Após a análise do instituto possessório, iremos abordar a aquisição de propriedade pelo direito sucessório, sendo este modo derivado de aquisição de posse. Segundo ORLANDO GOMES, 2004, p. 200, "adquire-se a posse por modo derivado quando há consentimento de precedente possuidor, ou seja, quando a posse é transferida – o que se verifica com a transmissão da coisa", podendo decorrer da sucessão *inter vivos* ou *causa mortis*.

Dessa forma, tem-se que o exercício fático da posse não é requisito essencial para que o herdeiro tenha o direito a proteção possessória, em virtude do "*direito de saisine*". Independentemente de as partes interessadas expressarem a sua vontade, esta transmissão não será interrompida e prosseguirá de forma cogente.. Isso nos leva a forma de administração do direito hereditário, sob investigação da ótica sucessória nos atuais processos de inventário no Brasil, a fim de que se esclareça como os institutos da sucessão hereditária e da usucapião se encontram.

Tal confluência entre os dois institutos, possessórios e sucessórios, nas decisões judiciais, cabe a análise dos requisitos para seu acolhimento ou não, além dos pressupostos legais que embasam as decisões quanto à possibilidade de usucapir um objeto de herança. Com essas informações, o estudo busca elucidar os requisitos e o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça.

## 1. DA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE NO DIREITO POSSESSÓRIO

### 1.1 Posse e propriedade

Os institutos da posse e da propriedade causam bastante confusão sobre seus conceitos por serem bastantes confundidos. Ter a posse não caracteriza obrigatoriamente ter a propriedade de um bem, sendo essencial diferenciar os conceitos. Sendo através da

posse que podemos dissertar sobre a usucapião que é uma forma de aquisição da propriedade.

A palavra posse refere-se a um poder que se tem sobre uma coisa. A posse trata-se de uma situação fática que acarreta determinados efeitos jurídicos. Conforme menciona CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, a posse refere-se:

*"a ideia de uma situação de fato, em que uma pessoa, independentemente de ser ou de não ser proprietária, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a"* (PEREIRA, 2014, p. 34).

As delimitações conceituais acima são baseadas sob os seguintes dispostos legais do Código Civil:

*"Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.*

*Art. 1.204. Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.*

*Art. 1.205. A posse pode ser adquirida:*

*I - pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante;*

*II - por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação.*

*Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha." (BRASIL, online, 2002)*

Desse modo, sob os ensinamentos doutrinários, a norma jurídica extraída da interpretação dos três dispositivos acima é a seguinte: posse é a situação fática (com reflexos jurídicos) na qual alguém exerce, em nome próprio ou por intermédio, as faculdades de usar, gozar, dispor ou reaver a coisa.

Existem diversas teorias que tentam explicar o instituto possessório, mas as duas teorias que mais tiveram influência foram ambas trazidas por Friedrich Carl von Savigny e Rudolf von Ihering.

Sob a teoria subjetiva de Savigny, o mesmo expõe que a característica da posse é uma combinação de dois elementos: *animus* e *corpus*. Na verdade, esses elementos são elementos materiais, ou seja, o poder de dispor fisicamente das coisas, e elemento de vontade, ou seja, possuir as coisas como suas próprias intenções. Embora tenha tido uma grande influência no pensamento jurídico no século passado, ela contradiz a teoria de Jelling e é doutrinariamente chamada de "teoria objetiva".

Para Jhering, a intenção de se tornar o dono das coisas será renunciada, sendo suficiente a *affectiotenendi*, independentemente de querer ser dono. Essa teoria é chamada de objetiva precisamente por dispensar tais intenções.

Diante das duas teorias apresentadas, adotou-se a teoria de Ihering, conforme art. 1.196 do Código Civil. Nesse sentido, é necessário a abordagem sobre o conceito de detenção tendo em vista que é semelhante à posse, pois muito se confunde.

A detenção refere-se a uma situação onde o detentor tem a "posse" sobre a coisa por conta de uma subordinação ou dependência econômica. Dessa forma o detentor não goza do direito de peticionar ações possessórias em nome próprio. Caso uma ação possessória seja proposta eventualmente de forma incorreta ao detentor, este deverá nomear autor, o proprietário ou possuidor. O Código Civil, dispõe que:

*"Art. 1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas."* (BRASIL, online, 2002)

Nesse sentido, a detenção não corresponde a nenhum direito, diferente da posse.

Conceitua-se como propriedade a faculdade de usar, gozar e possuir bens e dispor deles da maneira como quiser, sendo um instituto de Direito Privado que determina o domínio sobre as coisas, caracterizando os direitos e deveres do proprietário, sendo parte do direito das coisas.

Dessa forma, é possível conceituar cada faculdade mencionada no artigo 1.228, CC.

**Uso:** Uso configura na faculdade que tem o proprietário usar e servir-se da coisa da maneira que achar mais conveniente a si, deletando o intermédio de terceiros, respeitando os limites legais estabelecidos.

**Gozo:** gozo ou fruir propriedade, basicamente refere-se à extrair do bem benefícios e vantagens. Nesse sentido, um exemplo mais comum é o locação de imóveis

**Disponer:** Disponer trata-se de dar à coisa a destinação que for conveniente ao proprietário. Portanto, o proprietário pode vender, dar, abandonar, destruir, dar em pagamento ou em garantia.

**Reivindicação:** Em relação a esta faculdade, entende-se que o titular pode reaver da pessoa que indevidamente o detém ou possui.

## 1.2 Classificação da Posse

Classificar a posse é imprescindível posto que sua correta delimitação auxiliará quando se tratar das ações possessórias e tem efeitos práticos, como na questão dos prazos para usucapir e dos frutos e benfeitorias em coisa alheia. A posse pode ser exercida de forma direta ou indireta ou até mesmo de forma simultânea. Também pode ser classificada de Ad Interdicta, Ad Usocapionem, posse nova e velha.

Posse direta refere-se à posse material e temporária do objeto pelo sujeito, a posse indireta ocorre quando o proprietário cede a propriedade a outrem, ou seja, “a posse indireta ocorre quando alguém detém todos os outros direitos, excluindo o de uso já que esse é exercido em nome do possuidor direto” (PARREIRA, online, 2018). Na posse indireta, o proprietário ou a pessoa que deixou o objeto, transferindo-o a terceiros, perde o contato físico, mas não deixa de ser o proprietário. Por outro lado, os sujeitos que estão em contato físico com o objeto têm propriedade direta.

A propriedade direta e a propriedade indireta coexistem harmoniosamente e não entram em conflito uma com a outra, porque o proprietário direto tem a propriedade efetiva e o proprietário indireto é atribuído o direito de possuir. Com esta classificação, possuidores diretos podem mover a liminar perante o possuidor indireto, tanto este pode impetrar liminar contra aquele, e ambos podem impetrar liminar perante terceiro.

O intuito de dividir a posse em direta e indireta é elucidar em relação às pessoas, a extensão da garantia possessória e suas consequências jurídicas. Uma vez que coexistem e não entram em conflito, é lícito aos titulares defendê-la.

Insta salientar que pode haver a posse **justa e injusta**, considerando a existência ou não de vício, da mesma maneira pode ocorrer o fenômeno possessório de boa-fé e má-fé, de acordo com o conhecimento ou não do possuidor sobre algum vício.

O Código Civil em seu artigo 1.200 define a posse justa como aquela em que não for violenta, clandestina ou precária. Ou seja, posse justa é aquela obtida de maneira lícita. Entende-se que é injusta a posse decorrida de um desses três vícios:

Sendo violenta a posse que é realizada através de constrangimento físico ou moral praticado contra o possuidor ou quem possui em nome dele.

A posse clandestina refere-se a "àquela obtida ou mantida sem o conhecimento público, às escondidas, por meios ardis e sem o emprego de violência" (GOMES, 2009, p. 10). A posse clandestina caracteriza-se bastando que o possuidor esbulhado não tenha ciência desde o início da posse, pois caso tenha sido obtida com publicidade e posteriormente ocultada, não configura em posse clandestina.

Precária é a posse obtida por abuso de confiança, no qual aquele que era comprometido em devolver certo bem, recusa-se a realizar tal bem, ao legítimo proprietário. Na situação desse vício, não cabe a recuperação uma vez que a precariedade jamais cessa, portanto sempre será viciosa.

Não obstante, a posse injusta pode tornar justa se o possuidor que adquiriu o bem pela violência ou clandestinidade vier a comprá-lo ou herdá-lo do esbulhado.

### **Posse *Ad Interdictae* Posse *Ad Usocapionem*, Posse nova e posse velha**

No entanto, a posse ainda se qualifica como posse ad usucapionem, ad interdicta posse de boa-fé e má-fé, bem como, posse nova e posse velha. Quanto à posse de boa fé, pode-se dizer que o possuidor está convencido de que a propriedade realmente pertence ou tem justo título. Tendo se convencido de que a coisa lhe pertence, o possuidor, por conseguinte, ignora o vício impeditivo da aquisição do bem. Ao contrário, se o sujeito tem consciência da existência do vício que impossibilita a sua aquisição, e, não satisfeito, a adquire, torna-se possuidor de má-fé. Em síntese, "*a aquisição deve ter causa legítima, mesmo aparente, admitindo-se, porém, erro escusável*" (GOMES, 2004, p.

54). Contudo, a boa-fé somente acaba a partir do momento em que se instala o litígio em face do possuidor, que o torna ciente dos vícios da posse ou da disputa da coisa.

Portanto, a posse de má-fé é aquela em que o possuidor está ciente que seu fenômeno possessório sobre a coisa é ilegítimo, em decorrência do vício ou obstrução à aquisição, mas ainda assim mantém a posse. A posse justa e a posse de boa-fé não devem ser confundidas. Um possuidor de boa-fé pode ter posse injusta caso tenha adquirido de quem obteve de forma violenta, clandestina ou precária, ignorando o vício. O contrário também, ou seja, um sujeito pode ter posse de má-fé sem ter sido adquirido pela violência, pela clandestinidade ou precariedade.

Em contrapartida, os efeitos da posse podem ser classificados em *ad usucapionem* e *ad interdicta*, posto que a primeira é aquela em que possuidor poderá adquirir a propriedade por meio de usucapião, desde que observados os requisitos dispostos em lei.

Dessa forma, é notável que qualquer posse possui algum tipo de proteção, apesar de sua qualidade. Conforme abordado, mesmo a posse injusta terá um impacto normal sobre terceiros. Nesse sentido, além da posse injusta, também a de má-fé se insere na chamada posse *ad interdicta*, que é uma ação que pode ser utilizada para opor um terceiro por dos interditos possessórios, ou seja, uma ação que visa tutelar a posse. A posse *ad usucapionem* é muito importante, tendo em vista que a partir de seu efeito pode gerar a aquisição da propriedade.

Diferenciar a posse nova da posse velha é imprescindível, visto que é necessário entender ambas de maneira correta para o ajuizamento da Ação de Reintegração de posse. A diferença entre os conceitos têm relação com tempo da posse, para que se possa analisar o caso concreto em si e quando houve os vícios.

### **1.3 Efeitos da posse e sua proteção**

#### **1.3.1 Usucapião**

A usucapião refere-se ao modo de aquisição de propriedade de bens móveis ou imóveis, através do exercício da posse pelos prazos e critérios estabelecidos no código civil de 2002, nos artigos 1.238 a 1.244.

Os requisitos para a usucapião de forma geral são: coisa hábil (*res habilis*), posse (*possessio*) e decurso do tempo (*tempus*), havendo possibilidades diferentes de modalidades de usucapião com especificidades próprias, além dos requisitos citados.

A possibilidade de que a posse continuada gerar a propriedade, justifica-se pelo sentido social e axiológico das coisas. Favorece aquele que garante ao bem, sua função social, em detrimento daquele que apesar de proprietário, deixa escoar o tempo, sem dele utilizar-se.

Isso se deve ao fato de que o possuidor em debate, garante à propriedade função social, contribuindo assim com a coletividade, gerando contribuições, tributárias, econômicas, garantia de direitos...

Nesse sentido, na obra "Curso Didático de Direito Civil" Elpídio Donizetti e Felipe Quintella, versam:

*"A palavra função nos remete à causa final, ou o "para que" da propriedade. A função social da propriedade, genericamente, consiste na manutenção do bem-estar social, na dinâmica dos bens e na circulação de riquezas. Em outras palavras, a propriedade deve servir para que a sociedade se mantenha saudável, para que as pessoas tenham acesso aos bens de que necessitam e para que a economia seja impulsionada, gerando emprego e renda. Em termos específicos, será necessário examinar cada bem, para então descobrir qual é sua função social."* (DONIZETTI, Elpídio, QUINTELLA, Felipe, 2013, p.734)

Dessa forma, o instituto da usucapião, age de forma a favorecer o possuidor do bem, em defasagem do proprietário, por garantir à propriedade função social, dando melhor utilização ao bem.

### **1.3.2. Modalidades de usucapião**

A usucapião de bens imóveis divide-se entre três espécies, como extraordinária, ordinária e a especial, também chamada de constitucional, dividindo-se essa última em rural (pro labore) e urbana (pró moradia ou pro misero e familiar).

Nesse sentido, o referido estudo terá enfoque na modalidade da usucapião na modalidade extraordinária e ordinária, para que posteriormente possamos chegar a modalidade de Usucapião Hereditária, objeto deste artigo.

A usucapião extraordinária, como forma de aquisição originária de propriedade, não é a mais comum, por isso chamada de extraordinária. Prevista no art. 1.238 do código civil, possui como requisitos a posse de quinze anos, que pode ser reduzida caso o possuidor do imóvel tenha estabelecido no local a sua moradia habitual ou esteja realizando no local obras de caráter produtivo que supram melhor a função social do local. Ainda, deve possuir o ânimo de dono, de forma contínua, mansa e pacífica.

Ainda, cumpre salientar que o usucapiente não necessita de justo título nem de boa-fé, pois não se tratam de requisitos exigidos. O título, se existir, será apenas reforço de prova, e nada mais. No entanto, é importante enfatizar que a permissão legal que possibilita a ausência de boa-fé para prescrição aquisitiva ainda exige que o bem seja coisa sem dono ou abandonada.

Por tal motivo, a modalidade é meio viável para proposição da ação de prescrição aquisitiva sobre o acervo hereditário.

Outro aspecto que merece atenção se dá pelos meios de obtenção e exercício dessa posse conforme já explicado anteriormente. Contudo a usucapião não se representa um ataque ao direito de propriedade, mas um tributo à posse, pois só é possível a usucapião através da exigibilidade do possuidor posse por longo período, exercendo-se esse direito contra quem embora fosse dono e possuísse o título de propriedade, abandonou o imóvel.

Diferentemente da usucapião extraordinária, a usucapião ordinária depende de justo título e boa-fé, com prazo igual ou superior há dez anos, e em caso de moradia ou sustento, cinco anos. Tal redução para cinco anos, ocorre quando o possuidor tiver adquirido o imóvel onerosamente com registro cancelado posteriormente e houver realizado investimentos de interesse social, conforme anteriormente preceituado.

Dispõe, com efeito, o art. 1.242 do Código Civil:

*“Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.*

*Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou*

*realizado investimentos de interesse social e econômico*". (BRASIL, online, 2002)

Preceitua o art. 2.029 das "Disposições Transitórias" que:

*"Até dois anos após a entrada em vigor deste Código, os prazos estabelecidos no parágrafo único do art. 1.238 e no parágrafo único do art. 1.242 serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916"*. (BRASIL, online, 2002)

Portanto, tem-se como a usucapião extraordinária como embasamento jurídico, baseada no fator da posse, para obtenção do domínio do bem.

## **2. DA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE NO DIREITO POSSESSÓRIO**

### **2.1 Da sucessão como forma derivada de aquisição da propriedade**

No que tange a sucessão como forma derivada da aquisição da propriedade, sabemos que trata-se de um instituto que tem seu início a partir da morte de um indivíduo que tenha constituído ordem sucessória, ou seja que tenha deixados bens que podem ser transferidos a outrem – herdeiros - em razão do falecimento do autor da ordem sucessória, por isso sucessão *causa mortis*. (VENOSA, 2017, p.697)

Esta é a forma de aquisição da propriedade quando aberta a sucessão transmitem-se o domínio e a posse dos bens de herança para os herdeiros, tornando-os assim coproprietários de um mesmo bem até que seja realizada a partilha entre eles. (ITO, 2018, *online*)

Os herdeiros se dividem entre legítimos e testamentários. Os legítimos são aqueles previstos por lei, seguindo a chamada ordem de vocação hereditária, conforme artigo 1.829, do Código Civil. Entre os herdeiros legítimos, podem existir os herdeiros necessários, que obrigatoriamente herdarão pelo menos a metade do patrimônio do *de cuius*. A outra metade da herança incumbirá aos herdeiros testamentários – se houver – conforme artigo 1.857 e seguintes, do Código Civil, os quais são elencados através da vontade do *de cuius*.

Ressalte-se que o herdeiro fica com a propriedade da herança, independente da transcrição, ou seja, desde o início da sucessão. No entanto, é importante ressaltar que o formal de partilha exige o registro para disponibilizar o imóvel. Portanto, o registro formal

de partilha manterá a continuidade do registro do imóvel e tornará regular a cadeia sucessória.

Contudo, pode-se concluir que existem muitas formas de aquisição da propriedade, inclusive por meio sucessório, onde os herdeiros possuem parte da mesma propriedade, sendo assim faz-se necessário que haja a partilha para que estes recebam o quinhão pertencente ao final da sucessão.

## **2.2 Relação entre usucapião e instituto sucessório**

Conforme já abordado anteriormente, usucapião é o modo de aquisição de propriedade de bens móveis ou imóveis, através do exercício da posse pelos requisitos estabelecidos em lei. Sabemos que não há proibição propriamente dita de que o herdeiro pleiteasse a aquisição do acervo hereditário mediante a ação de usucapião. Estando vedado apenas usucapir imóveis públicos, não incluindo imóveis pertinentes a herdeiros, percebendo-se assim uma lacuna acerca da ação de usucapião ser pleiteada por herdeiro.

Dessa forma, o acervo hereditário pode ser objeto de ação de usucapião, uma vez que o direito à herança vem do direito de propriedade, podendo ser usucapido. Embora o direito à herança ser assegurado no inciso XXX do artigo 5º da Constituição da República de 1988, a garantia constitucional não é absoluta, uma vez que a herança não se trata da inércia não decadencial dos herdeiros, sendo possível ser usucapido da mesma forma qualquer outra propriedade particular. Existe uma limitação expressa acerca do direito de herança no próprio Texto Constitucional em seu inciso XLV do artigo 5º que dispõe que a obrigação de reparação dos danos e o decreto da perda de bens podem ser expandida aos herdeiros e oponentes a eles, limitada ao valor dos bens transferidos, o que reforça a teoria de que o direito à herança não é uma garantia intocável. Portanto o direito do herdeiro sobre seu quinhão hereditário também não é absoluto, podendo ser usucapido por co-herdeiro que exerce a posse sobre a totalidade da herança, posto que não há vedação dos imóveis deixados pelo falecido para serem usucapidos.

O Superior Tribunal de Justiça recentemente, após o tema desse artigo ser discutido, vem admitindo o instituto da usucapião entre os condôminos, concedendo ao condômino a legitimidade para usucapir, em nome próprio, imóvel deixado pelo “de cujos”. A tese é que ele próprio exerça a posse no imóvel, assim como a posse exclusiva como efetivo

animus domini pelo prazo previsto em lei, sem oposição dos demais proprietários/herdeiros.

### **3. DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Em recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça julgou o caso em que a recorrente teria ajuizado uma ação de usucapião sobre imóvel que fazia parte do acervo hereditário. O principal argumento do recurso especial era que, apesar da propriedade do imóvel ser transmitida aos herdeiros após o falecimento da *de cujus*, deveria ser reconhecida a propriedade pertencente somente à recorrente, pois essa teria adquirido esse direito através do instituto da usucapião.

O juiz de primeira instância deste caso entendeu que a ação deveria ser extinta sem resolução do mérito, uma vez que o herdeiro não possuía o direito de pleitear usucapião sobre o imóvel do acervo. O argumento utilizado foi que “havendo herdeiros a serem contemplados numa mesma herança, não é dado a um deles utilizar-se da usucapião, pois a herança é uma universalidade de coisas, achando-se em comum os bens do acervo hereditário, até a últimação da partilha, onde teremos o condomínio de direito”

A recorrente apelou dessa decisão, mas também não obteve êxito em segunda instância, tendo o colegiado negado provimento à apelação interposta sob a alegação de impossibilidade jurídica do pedido.

Sendo este o caso, a recorrente decidiu apelar ao STJ em face de recurso especial. O Recurso Especial nº1.631.859 - SP foi julgado em 2016 tendo como relatora a ministra Nancy Andrighi e este foi favorável à recorrente. Foi sustentado que haveria ocorrido o dissídio jurisprudencial uma vez que não foi dada à recorrente a oportunidade de provar ter o direito à usucapião e foi evidenciado que a justiça não pode *“afastar o animus domini exercido unicamente por um dos condôminos, sem antes examinar detidamente os fatos ocorridos, bem como as provas e peculiaridades do caso concreto”*.

O objetivo do recurso especial era o de determinar a possibilidade de obtenção de bem imóvel objeto de herança através do instituto da usucapião. O relatório diz que *“cabe a esta Corte, tão somente, determinar se é possível à herdeira recorrente ajuizar a presente ação de usucapião, a fim de ver reconhecida, em seu favor, propriedade de imóvel objeto de herança”*.

À luz do direito sucessório, a partir da morte do progenitor o imóvel será transmitido aos seus herdeiros. O artigo 1.784 do Código Civil prevê que essa transmissão é imediata:

*“Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.” (BRASIL, online, 2002)*

De acordo com o entendimento do STJ a partir dessa transmissão é automaticamente instaurado um “condomínio pro indiviso” sobre o acervo hereditário, como previsto no artigo 1791 do Código Civil:

*“Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.*

*Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.” (BRASIL, online, 2002)*

Vale ressaltar sobre este caso que o próprio STJ, em outra oportunidade, julgou que o condomínio poderia usucapir em nome próprio, caso preenchidos os requisitos necessários para a usucapião.

*AÇÃO DE USUCAPIÃO. HERDEIRA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO PELO TRIBUNAL ACERCA DO CARÁTER PÚBLICO DO IMÓVEL OBJETO DE USUCAPIÃO QUE ENCONTRA-SE COM A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. O condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja, desde que comprovados os requisitos legais atinentes à usucapião, bem como tenha sido exercida posse exclusiva com efetivo animus domini pelo prazo determinado em lei, sem qualquer oposição dos demais proprietários. (STJ, REsp: 668.131/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 4ª Turma, DJe 14/09/2010)*

Além do entendimento anterior, o STJ elenca duas decisões anteriores acerca do assunto, em que entendem que é possível a usucapião do condomínio.

Relacionando a jurisprudência anterior com o presente caso, o tribunal entendeu que aquele que é condômino por direito pode sim ter a pretensão de exigir o imóvel do

outro, caso atendidos os requisitos da usucapião extraordinária prevista no artigo 1238 do Código Civil. Assim redige a relatora:

*“Sob essa ótica, tem-se, assim, que é possível à recorrente pleitear a declaração da prescrição aquisitiva em desfavor de seu irmão – o outro herdeiro/condômino –, desde que, obviamente, observados os requisitos para a configuração da usucapião extraordinária, previstos no art. 1.238 do CC/02, quais sejam, lapso temporal de 15 (quinze) anos cumulado com a posse exclusiva, ininterrupta e sem oposição do bem”.*(STJ, REsp 1.631.859/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3º turma, DJe 29/05/18)

Por fim, a decisão final do Superior Tribunal de Justiça conclui o caso da seguinte forma:

*“Conclui-se, portanto, que a presente ação de usucapião ajuizada pela recorrente não deveria ter sido extinta, sem resolução do mérito, devendo os autos retornar à origem a fim de que a esta seja conferida a necessária dilação probatória para a comprovação da exclusividade de sua posse, bem como dos demais requisitos da usucapião extraordinária”.* (STJ, REsp 1.631.859/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3º turma, DJe 29/5/18)

#### **4. CONCLUSÃO**

Ante o exposto, pode-se concluir que a usucapião pleiteada por herdeiro sobre bens do acervo hereditário é plenamente possível, desde que observados os requisitos para a configuração extraordinária, previstos no artigo 1.238 do Código Civil e o requisito estabelecido pelo STJ, isto é, o exercício da posse exclusiva com animus domini pelo prazo de 15 anos, sendo necessária a realização de uma análise do caso concreto antes de chegar à conclusão sobre o início da contagem do prazo. O argumento de que o imóvel adquirido através da herança seja impossível de ser usucapido é questionável, tendo em vista que conforme abordado anteriormente não há proibição propriamente dita da usucapião sobre imóvel adquirido por herança, exceto para imóveis públicos qualquer outro imóvel pode ser usucapido desde preenchido os requisitos legais.

A usucapião serve somente para a pacificação sobre a titularidade da propriedade o imóvel, mas também é usada como instrumento para conceder função social à propriedade. Dessa forma, o herdeiro que confere função social ao acervo hereditário,

enquanto os demais herdeiros ficaram inertes. Sendo recompensado com o título de propriedade sobre a totalidade do acervo deixado pelo *de cuius*.

Contudo, para que seja reconhecida a usucapião pleiteada por herdeiros sobre o imóvel objeto de herança é imprescindível comprovar a posse exclusiva do imóvel, com *animus domini*; o lapso temporal exigido pela legislação vigente e a função social ao imóvel.

## 5. BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Fábio Caldas de. Usucapião. 2.ed.São Paulo: Malheiros Editores, 2013

CARVALHO, Regina. SANTOS, Etéia. BARROSO, Ana Cláudia. Usucapião Extraordinária. Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXX, Nº. 000202, 11/12/2020. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/usucapiao-extrajudicial>. Acesso em: 10/11/2021.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe Curso didático de Direito Civil. – 2ª Edição. São Paulo: Atlas. 2013. Página 734.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das coisas. 12. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil II Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Orlando. Contratos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. ————. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 1970. ————. Direitos reais. 19. ed. atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

GOMES, Vanessa de Souza. Posse: Aquisição Originária e Derivada. Revista de Direito Privado da UEL. Londrina, Vol. 3. n. 3. set./dez. 2009. Disponível em: [https://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Vanessa\\_Gomes\\_Posse\\_aquisi%C3%A7%C3%A3o\\_origin%C3%A1ria\\_derivada.pdf](https://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Vanessa_Gomes_Posse_aquisi%C3%A7%C3%A3o_origin%C3%A1ria_derivada.pdf). Acesso em 10 de novembro de 2021.

ITO, Michel; ITO, Lilian Cavalieri. Das formas e espécies de aquisição da propriedade. Boletim Jurídico, 2021. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-civil/3914/das-formas-especies-aquisicao-propriedade>. Acesso em 18 de setembro de 2021.

OLIVEIRA, Márcio. A usucapião entre herdeiros e o direito de herança. Empório do Direito. 2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-usucapiao-entre-herdeiros-e-o-direito-de-heranca>. Acesso em 09 de novembro de 2021.

PARREIRA, Isabela. Resumo: Classificações da posse (direta e indireta) e mera detenção. Jusbrasil, 2018. Disponível em <https://isabelparreirap.jusbrasil.com.br/artigos/625013413/resumo-classificacoes-da-posse-direta-e-indireta-e-mera-detencao>. Acesso em 10 novembro de 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, vol. IV. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 34.

RIBEIRO, Mayara Santini. Da possibilidade de um herdeiro usucapir bem imóvel objeto de herança. Migalhas, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/346089/da-possibilidade-de-um-herdeiro-usucapir-bem-imovel-objeto-de-heranca>. Acesso em 25 de setembro de 2021.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.631.859 - SP 2016/0072937-5. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 22/05/2018. Terceira Turma. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1717031&num\\_registro=201600729375&data=20180529&formato=](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1717031&num_registro=201600729375&data=20180529&formato=). Acesso em 10 de outubro de 2021.

VENOSA, Silvio de Sálvio. Direito Civil, Direitos Reais. São Paulo: Atlas, 2017.

## A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PARA A PROPOSITURA DE RECLAMAÇÕES CONSTITUCIONAIS POR DESCUMPRIMENTO DE SÚMULAS VINCULANTES

**GUDDSON BARBALHO DO NASCIMENTO LEÃO:**

Bacharel e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Defensor Público do Estado do Rio Grande do Norte. <sup>24</sup>

**RESUMO:** Este artigo objetiva analisar a legitimidade do Ministério Público Estadual para a propositura de reclamações constitucionais nas hipóteses de afronta a preceitos consagrados em súmulas vinculantes, editadas pelo Supremo Tribunal Federal a partir de reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Para tanto, ocupa-se em examinar a natureza jurídica da reclamação constitucional e o papel desempenhado pelo Ministério público na sistemática jurídica e democrático-constitucional, como forma de sustentar a legitimidade *ad causam* do *Parquet* estadual, a quem foi estabelecida a precípua vocação constitucional de zelar pela defesa da ordem jurídica e do regime democrático.

**Palavras-chave:** Reclamação constitucional. Ministério público estadual. Legitimidade.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the legitimacy of the State Prosecutor's Office for the filing of constitutional complaints in the event of affront to principles enshrined in binding precedents, issued by the Supreme Court from repeated decisions on constitutional matters. To this end, is concerned to examine the legal nature of the constitutional complaint and the role of public prosecution in legal and democratic constitutional systematically as a way to support the ad legitimacy cause the *Parquet*, who was established constitutional vocation ensure the defense of the legal order and the democratic system.

### 1. INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, uma interessante discussão agitou o cenário do Supremo Tribunal Federal e tal debate teve por mira asseverar se o Ministério Público estadual possui ou não legitimidade ativa para propor junto ao Supremo Tribunal Federal as devidas reclamações constitucionais quando houver afronta a ato administrativo ou decisão judicial que contrarie súmula aplicável ou que indevidamente a aplique.

---

<sup>24</sup> E-mail: gudsonb@yahoo.com.br

Trata-se do debate acerca da legitimidade do representante do Ministério Público estadual para ajuizar reclamações constitucionais, nas hipóteses de eventual descumprimento da súmula vinculante. A presente questão ganhou relevo quando do julgamento da Reclamação 7.358/SP, por meio da qual se pontuava possível descumprimento da súmula vinculante nº 9, ocasião em que se levantou a preliminar de ilegitimidade ativa do ministério público estadual para impetrar junto à Suprema Corte aquela medida judicial, sob o argumento de que o único legitimado para assentar e fazer as vezes do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) seria o Procurador Geral da República. Por essa razão, naquele instante processual, considerou-se a ilegitimidade do ministério público paulista, tanto que os autos foram encaminhados para àquela Procuradoria que, tendo vistas do conteúdo ali discutido, ratificou a reclamação anteriormente proposta, abraçando a causa suscitada e tornando-se, dessa forma, o *dominus litis* daquela questão.

Pois bem, restou assentado que o Ministério Público estadual possui a dita legitimidade para impetrar junto à Suprema Corte as reclamações constitucionais por descumprimentos de súmulas vinculantes. Nada obstante, a postura de alguns ministros do Supremo Tribunal Federal, no instante em que desconsiderou o *parquet* estadual como legítimo titular para a propositura de reclamações constitucionais por desrespeito a enunciados de súmulas vinculantes, caminha no sentido de arregimentar e perpetrar entre nós o desprestígio do Ministério Público dos estados membros da República Federativa do Brasil. O presente artigo tem exatamente essa missão: destacar a importância do tema e salientar os malefícios que podem decorrer de tal negativa.

Bem assim, torna-se imperativo, ainda que de maneira furtiva, o exame da natureza jurídica da reclamação constitucional. Esta reclamação é instituto jurídico antigo que já se manifestara no direito romano e que, na evolução do ordenamento jurídico brasileiro, apareceu com o advento da criação do Supremo Tribunal Federal, como forma de garantir a competência daquele sodalício. Esta reclamação, que sempre tivera o precípua objetivo de garantir a competência objetiva, primeiramente do STF e a *posteriori* dos demais tribunais superiores, foi premiada com uma nova missão, a partir de dezembro de 2004.

Isso porque, com a chegada da Emenda constitucional 45/2004, injetou-se em nosso ordenamento a previsão de súmulas vinculantes, a serem editadas pelo STF, quando da existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Se esses verbetes sintéticos sempre orientaram a atividade jurisdicional, com o enxerto das súmulas vinculantes, a observância aos seus preceitos tornou-se obrigatória, tanto por parte do Poder Judiciário quanto pela Administração Pública.

Assim, quis o poder constituinte reformador adequar o texto constitucional aos reclames desta sociedade, que já é outra, com feições completamente diferentes daquela

que aqui habitava nos anos de 1988 (instante em que a Constituição Federal vigente foi promulgada). Em se tratando de poder reformador, cumpre destacar que sua inovação encontra-se adstrita à subordinação, derivação e limitação que são características imanentes ao poder constituinte reformador, não havendo negar efetividade aos novéis comandos constitucionais.

De fato, o enxerto de novos regramentos no ordenamento jurídico, sobretudo as alterações de índole constitucional, exigem dos operadores do direito a valorosa missão de torná-los efetivos. Na maioria das vezes, a aplicação das regras constitucionais que não foram cogitadas ou queridas pelo constituinte originário, requer o abandono de posturas vetustas e ultrapassadas, que não mais se amoldam à nova realidade social, cuja transformação está encapsulada naqueles preceitos, reformados ou incluídos por emendas constitucionais.

Mais: exigem a aceitação do fato de que o direito é instrumento de transformação social e de que todos os juristas, como bastiões desse Direito, necessitam atuar como operadores dessa exitosa mudança. Em outras palavras, de nada adianta as alterações legislativas e os progressos aclamados pela doutrina se a jurisprudência não avançar e se os magistrados, diante de novos dispositivos, mantiverem suas visões fincadas em preceitos anacrônicos, premissas ultrapassadas.

Deste modo, o entendimento esposado por alguns ministros do Supremo Tribunal Federal, mas que, alegremente, foi derrotada em sede do julgamento final daquela Corte, vulnera as inovações perpetradas em nosso ordenamento jurídico por força da Emenda Constitucional 45/2004. Essa posição, que tenta negar a legitimidade ativa do Ministério Público estadual para atuar junto ao Supremo nas reclamações constitucionais, nos parece equivocada, para não dizer que configura verdadeiro descalabro em nosso universo jurídico. É, portanto, a atualidade do tema e a importância dos efeitos que dele se dessumem o que nos motiva ao debruce da questão e a elaboração das linhas que doravante seguem.

## **2. A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Não é nossa pretensão desenhar com exatidão, e de maneira exaustiva, o percurso histórico da reclamação constitucional ao longo dos tempos; também não é nossa meta examinar as similitudes e divergências havidas no Direito comparado. Contudo, isso não obsta nem prejudica o exame de fragmentos de historicidade e de certo aporte referencial com o direito alienígena, até porque a compreensão de muitos institutos jurídicos não se desvencilha da análise de suas características. Muitas vezes, esse exame só se torna possível quando tais caracteres são examinados sob a perspectiva temporal, o que envolve um necessário cotejo histórico, ainda que rapidamente realizado.

É da lavra do professor Marcelo Navarro Ribeiro Dantas a obra brasileira mais completa sobre o tema da reclamação constitucional. Nela, o professor e atual ministro do Superior Tribunal de Justiça conclui que, na evolução histórica do instituto em comento, podem ser identificadas cinco fases distintas e sucessivas. Segundo ele, a primeira fase, interstício temporal compreendido entre a criação do Supremo em 1891 e o ano de 1957, esteve relacionada à construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que, embora não unânime, baseava-se na teoria dos poderes implícitos (*implied powers*), com supedâneo no direito americano, sobretudo após o precedente (*stare decisis*) firmado no caso *Mac Culloch x Maryland*. De acordo com essa teoria, no instante em que se atribui competência geral para determinado órgão fazer algo, atribui-se também, ainda que de maneira implícita, os meios necessários à sua execução<sup>25</sup>.

Sobre isso, o ministro Rocha Lagoa, em voto preliminar publicado em 25 de janeiro de 1952, sustentou a posição de que a competência não expressa dos Tribunais Federais poderia sofrer ampliações. No seu entender (*apud* PACHECO, 2002: p.603-604):

Tudo o que for necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional, envolvendo proibição ou restrição ou a garantia a um poder, deve ser julgado implícito e entendido na própria disposição, pois **vão seria o poder, outorgado ao Supremo Tribunal Federal (STF)**, de julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância, **se lhe não fora possível fazer prevalecer seus próprios pronunciamentos, acaso desrespeitados pelas justiças locais**. (Grifos acrescentados).

O segundo estágio teve início em 1957 e se estendeu até a promulgação da Constituição de 1967. Com efeito, foi a emenda ao Regimento Interno do STF que, em 02 de outubro de 1957, incluiu a reclamação no rol das atividades daquele Tribunal, devendo-se frisar, por oportuno, que naquela época a natureza jurídica da reclamação se aproximava mais do recurso do que de uma ação propriamente dita. Sobre isso, o professor Edilson Pereira Nobre Júnior pontifica (NOBRE JUNIOR, 2010, p.6):

No julgamento da Reclamação 831 – DF, o Min. Amaral Santos, ao argumento de que a reclamação pressupõe relação processual em curso, bem assim ato que atente contra a competência ou autoridade do Supremo Tribunal Federal proferida em processo, ou relação jurídico-processual deste dependente, propendeu pelo reconhecimento de que se trata de algo mais próximo do recurso do que duma ação.

---

<sup>25</sup> Vide Rcl 141/SP.

A terceira era da reclamação constitucional, ainda na esteira do que ensina o magistrado, ocorreu entre o ano de 1967 e o ano de 1977, cujo divisor de águas foi a edição da EC 7/77. Essa Emenda Constitucional foi responsável por solidificar os traços deste instituto, tanto que seu quarto estágio perdurou da promulgação dessa emenda até a perda de vigência do referido regime constitucional, quando se iniciou o quinto estágio. Essa etapa, que é a última considerada por aquele autor, brotou juntamente com a Constituição Federal, na primavera de 1988. Acerca desse patamar da evolução histórica da reclamação constitucional, Edilson Pereira Nobre Junior sinaliza (NOBRE JUNIOR, 2010, p. 7):

Com a promulgação da Constituição de 1988, ingressa-se na quinta fase, com a consagração explícita da reclamação no âmbito da competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *l*) e do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *f*)<sup>26</sup>, recebendo o seu processamento tratamento legislativo com os arts. 13 a 18 da Lei 8.038/90.

Nada obstante o acerto sistemático empreendido pelo professor Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, é necessário lembrar que sua obra foi publicada no ano 2000 e que nosso ordenamento jurídico já foi, desde então, alvo de inúmeras reformas, algumas extremamente marcantes. Uma dessas alterações foi produzida por intermédio da EC 45/2004, que teve o condão de proporcionar a Reforma no Poder Judiciário. São frutos dessa emenda, por exemplo, a exigência de repercussão geral para as causas afetas ao Supremo Tribunal Federal, a criação do Conselho Nacional de Justiça e o instituto da súmula vinculante.

Essa súmula vinculante seria, portanto, o verbete sintético numerado que consagra o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca de determinado assunto, com *status* constitucional. Sua previsão está expressa no art. 103-A da Constituição Federal, *in verbis*.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, **aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante** em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

---

<sup>26</sup> O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça se ocupa da reclamação nos seus arts. 187 a 192.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º **Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.** (Grifos acrescidos)

Pois bem. O enxerto desse dispositivo constitucional, no ano de 2004, teve o condão de inaugurar uma nova etapa na breve história da nossa reclamação constitucional. Essa etapa, por óbvio, não foi descrita na obra do professor Marcelo Navarro, pois as forças que lhe deram respaldo são posteriores à publicação daquele livro. A bem da verdade, esse sexto episódio da evolução histórica das reclamações constitucionais traz consigo o surgimento de uma nova modalidade de ação autônoma de competência do Supremo Tribunal Federal, órgão a quem compete a exclusiva missão de editar súmulas vinculantes; nessa nova etapa histórica, a reclamação constitucional revigora suas forças de medida autônoma, a ser ajuizada no STF para fazer valer o atributo de vinculatividade daquelas súmulas que surgem com essa pretensão.

Nesse ponto, as reclamações constitucionais contra atos administrativos ou decisões que contrariem dispositivos de súmula vinculante ou que indevidamente a aplicar aproxima-se das ações típicas do controle de constitucionalidade concentrado. Mas as semelhanças não conseguem ofuscar as discrepâncias que há entre elas, de modo que, embora sejam ações de competência originária do Supremo, as características que as revestem e os procedimentos correlatos ao exame de sua admissibilidade, por exemplo, são de todo diversos<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> A reclamação constitucional está regulada nos arts. 156 a 162 do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*.

Por tudo isso, faz-se imprescindível a análise da natureza jurídica da reclamação constitucional, no sentido de clarear seus caracteres e definir se trata de ação, recurso ou incidente processual, por se tratar de atividade de jurisdição contenciosa. Sobre o assunto, é intensa a cizânia doutrinária e, por mais que haja posição majoritária, estamos longe de vislumbrar pacificação sobre o assunto.

De acordo com Pontes de Miranda (MIRANDA, 1974, p. 384), a reclamação não pode ser considerada recurso, devendo ser vista como “ação contra ato do juiz suscetível de exame fora da via recursal”. Todavia, o posicionamento sustentado pelo autor não prospera, pois, embora considere a reclamação como ação, o faz comparando-a com a correição parcial, cuja natureza é eminentemente administrativa e não jurisdicional. Assim, para Pontes de Miranda a reclamação teria natureza jurídica de ação de direito material e não de remédio processual, razão por que não perfilhamos da corrente por ele capitaneada.

De fato, ela não detém natureza correicional, tampouco tenha viés recursal, pois, além de não estar prevista em qualquer dispositivo de lei federal como recurso e ter por objetivo genérico a manutenção da competência originária dos tribunais, a interposição da reclamação independe da existência de sucumbência, gravame ou prejuízo interposto ao reclamante, tal qual ocorre nos recursos. Sobre isso, destacam-se as lições de Fredie Didier Junior e Leonardo José Carneiro da Cunha (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2014, p. 376):

---

**Art. 156.** Caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões. **Parágrafo único.** A reclamação será instruída com prova documental.

**Art. 157.** O Relator requisitará informações da autoridade, a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de *cinco dias*.

**Art. 158.** O Relator poderá determinar a suspensão do curso do processo em que se tenha verificado o ato reclamado, ou a remessa dos respectivos autos ao Tribunal.

**Art. 159.** Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

**Art. 160.** Decorrido o prazo para informações, dar-se-á vista ao Procurador- Geral, quando a reclamação não tenha sido por ele formulada.

**Art. 161.** Julgando procedente a reclamação, o Plenário ou a Turma poderá: **I** – avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência; **II** – ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto; **III** – cassar decisão exorbitante de seu julgado, ou determinar medida adequada à observância de sua jurisdição. **Parágrafo único.** O Relator poderá julgar a reclamação quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal.

**Art. 162.** O Presidente do Tribunal ou da Turma determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

Para que dado mecanismo seja enquadrado na moldura de recurso é preciso que esteja previsto em lei como tal. Realmente, de acordo com o princípio da taxatividade, somente são recursos aqueles que integram um rol taxativo previsto em lei. Daí por que somente são recursos aqueles capitulados no art. 496 do CPC ou assim previstos em dispositivo de lei federal.

Já para Egaz Moniz Aragão (*apud* DONADEL, 2011, p.3), a reclamação constitucional possui natureza de incidente processual, isto é, um incidente de competência, provocado pela parte que tem por vistas fazer com que o STF imponha sua competência quando usurpada, explícita ou implicitamente, por qualquer outro tribunal ou juiz. Igualmente, Cândido Rangel Dinamarco e Nelson Nery da Silva Júnior (*apud* DIDIER, 2015, p. 345) defendem tal posição, que não consideramos acertada, por não se tratar de situação nova que incide sobre algo que preexiste. O incidente pressupõe sempre a existência de um processo, o que não ocorre na reclamação, que pode ser impetrada para questionar até mesmo ato administrativo, bastando que tal conduta da Administração lesione preceito estampado em súmula vinculante.

Pois bem, compreende-se aqui a reclamação constitucional não como recurso e tampouco como incidente processual; trata-se de medida autônoma que consiste em verdadeira manifestação do direito de petição constitucionalmente garantido<sup>28</sup>, consubstanciada numa ação ajuizada originariamente nos tribunais (exclusivamente no Pretório Excelso, nas hipóteses em que se trata de afronta à Súmula vinculante), com vistas a obter a preservação de sua competência ou a salvaguarda da autoridade de seus julgados<sup>29</sup>.

### **3. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

A Constituição Federal, ao consignar o Ministério Público como instituição permanente, quis salientar a relação umbilical havida entre a entidade ministerial e o Estado Democrático de Direito, cujo engenho e manutenção, em certa medida, dependem da força que for dada ao *Parquet*. É, portanto, entidade de vital importância, tendo sido-lhe entregue a precípua missão de tutelar a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses (e direitos) sociais e individuais indisponíveis.

---

<sup>28</sup> Consoante os ensinamentos do professor Artur Cortez Bonifácio (2004, p.81), o direito de petição sinaliza a interação entre o indivíduo e os poderes públicos e os órgãos em que se expressam. Ensina ainda que o direito de petição é um direito de liberdade e também um direito prestacional e por mais razão um direito de participação do cidadão nas decisões políticas que lhe afetam.

<sup>29</sup> De igual modo, para Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (DANTAS, 2000, p.19), a reclamação constitucional pode significar uma manifestação do direito de petição, na medida em que traz ínsita a noção de objeção de qualquer natureza.

A atuação do Ministério Público mereceu especial destaque no Novo Código de Processo Civil (Lei 13015/2015), tanto que lhe foi dedicado um título próprio (arts. 176 a 181), fortalecendo-lhe seu múnus na “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.”

A consideração dessa importância, porém, não é algo recente e também não constitui particularidade de nosso ordenamento jurídico. Tanto é assim, que Piero Calamandrei, célebre jurista italiano, vaticinou o seguinte pensamento (*apud* VASCONCELOS, 2009, p.12):

Entre todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado; como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado.

Embora a manifestação de Calamandrei tenha por mira a análise do papel do promotor nas causas criminais, é possível que a utilizemos para as demais áreas afetas ao Ministério Público, sobretudo o brasileiro e dos demais países subdesenvolvidos onde, em virtude do índice de consciência social ainda diminuto, são atribuídas ao *Parquet* causas diversas daquelas de natureza criminal, que constitui o cerne de sua atuação ao longo dos anos, nos mais diversos países do mundo.

Avive-se que a história do surgimento Ministério Público, ainda que não haja pacificação doutrinária sobre o assunto<sup>30</sup>, retroage aos idos do século XIII e XIV, mormente na França medieval, nos tempos da Ordenança francesa de 25 de março de 1302, de Felipe IV (o Belo) em que ganharam importância os procuradores do rei (*procureurs de roi*), com o destaque para o fato de que naquele instante tinham o afã de defender os interesses do monarca perante os Tribunais. Segundo histórico ventilado por Clever Rodolfo Carvalho

---

<sup>30</sup> Há certa cizânia doutrinária no sentido de apontar, com certeza e rigorismo histórico, a origem do Ministério Público. Parte da doutrina aponta o Egito Antigo, pois ali se descobriram funcionários reais que, em nome dos faraós, reprimiam rebeldes e protegiam os demais cidadãos, ofertando acusações daqueles e buscando a verdade. Outros apontam a Grécia Antiga e ainda há aqueles que vinculam o surgimento ministerial à figura germânica do *comum acusador* (*Gemeiner Anklage*), que era o responsável por promover a ação penal, nos casos em que os ofendidos e seus representantes não perseguiram o suposto ofensor. (MENDES *et al*, 2009, p. 1037)

Vasconcelos (VASCONCELOS, 2009), no Brasil surgiram os procuradores do rei em 1609 com o advento do Alvará de 7 março, responsável por instituir o Procurador da Coroa de Portugal junto ao Tribunal de Relação da Bahia.

Ainda que indiretamente previsto desde antanho, apenas com a República, mais especificamente com o Decreto 848, datado de 11 de outubro de 1890, o *Parquet brasileiro* alçou patamar de instituição, com o decalque no fato de que a primeira Constituição republicana (1891) apenas determinava que o Procurador Geral da República seria recrutado do universo dos ministros do Supremo Tribunal Federal e que tal escolha seria realizada pelo presidente da República.

Nesse íter, cumpre destacar que o *status* constitucional, adquirido já com a Constituição de 1934, apenas seria fortalecido, incrementado e robustecido com a chegada da Constituição cidadã, que celebrou a trajetória ministerial, transformando-o em entidade permanente, cuja existência já não pode mais ser ameaçada pelo alvedrio do constituinte derivado. Isto é, desde a Constituição de 1988, o Ministério Público cresceu em prestígio institucional e adquiriu ornamentos de entidade permanente, não podendo mais sucumbir por força de emenda constitucional alguma.

Dentre os princípios institucionais que lhes dão respaldo e envergadura, destacam-se aqueles elencados no § 1º do art. 127 da Constituição Federal: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Graças ao princípio da unidade, o Ministério Público é uno, indivisível, valendo-se ressaltar que a unidade (e indivisibilidade) vigoram dentro de cada uma das instituições ministeriais, razão por que não há falar em unidade e indivisibilidade entre o *Parquet* da União (composto pelo Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios) e cada *Parquet* estadual (VASCONCELOS, 2009).

Nesse ponto, não se sustenta a posição que alega ser processual o princípio da unidade ministerial, até porque há jurisdições bem delineadas para cada parcela do Ministério Público e existem atribuições afeitas ao Ministério Público estadual que são estranhas ao Ministério Público da União.

Inclusive, ao se estudar a matéria de competência, parte da atenção é direcionada para a atuação do *Parquet*, pois, inobstante o famigerado princípio da unidade, há um liame entre aquilo que pode ser argüido pelo Ministério Público estadual e o que pode ser proposto apenas pelo Ministério Público da União, em quaisquer de seus ramos; e há uma zona cinzenta de atribuições comuns a ambos os representantes do Ministério Público. Mas frise-se: a unidade do Ministério Público não pode ser invocada para atentar contra a autonomia de nenhum de seus componentes, tampouco pode afrontar contra as atribuições dos Ministérios Públicos estaduais.

É verdade que o princípio da unidade e da indivisibilidade estão intrinsecamente relacionados, mas esta adjunção manifesta, por exemplo, não outorga ao Ministério Público da União a responsabilidade por todos os atos judiciais interpostos junto ao Supremo Tribunal Federal, por exemplo. Também não se pode, com base em tais princípios, minorar ou até mesmo extirpar a parcela de legitimidade que cabe a cada um dos Ministérios estaduais. Vale lembrar que, embora haja previsão de indivisibilidade e unidade, a maioria das condutas processuais levadas a efeito pelo *Parquet*, sobretudo nos tribunais superiores, são realizadas por intermédio dos Ministérios Públicos estaduais que, tendo acompanhado a causa desde a origem, podem trazer para a instância superior bagagem discursiva mais elevada, ampliando a carga discursiva retórica, instrumentalizando com mais eficácia e maior fôlego o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Não há verdade quando se diz que as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal são exercidas com exclusividade pelo Procurador Geral, nos termos do art. 103 §1º da Constituição Federal, pois se assim o fosse, os Ministérios Públicos estaduais também não seriam legitimados a propositura de recursos extraordinários, habeas corpus e tantos outros recursos, ações, incidentes processuais e demais impetrações de estilo, constantemente ajuizadas naquele Pretório Excelso.

É que a Constituição Federal, embora tenha previsto com desenganado acerto o arcabouço principiológico de respaldo do Ministério Público, não quis extrair dos representantes estaduais a possibilidade de levarem à frente o debate acerca das causas em que atuam. Defender posição contrária significa guerrear contra a independência funcional que foi atribuída, em igual dosagem, a toda a entidade ministerial, seja ela estadual ou federal. A propósito, tal ilação é igualmente válida para os processos que tramitam no Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que bem pontuou o ministro Ari Pargendler, nos autos do EREsp 1.327.573-RJ:

Perante o Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público Federal exerce ambas as funções. No âmbito cível, ele atua como autor, portanto como parte, quando propõe, por exemplo, uma ação rescisória, e age como *custos legis* quando, v.g., opina em mandado de segurança, em recursos, etc.

No âmbito criminal, ele é autor da ação, portanto parte, quando esta deve ser processada e julgada originariamente, e funciona como *custos legis* quando, v.g., opina em *habeas corpus*, em recursos, etc. Tais funções podem ser cumuladas no mesmo processo; é o caso da

ação rescisória, em que o Ministério Público Federal opina mesmo sendo o autor (AR nº 384, PR, de minha relatoria, DJ, 1º.09.97).

*Quid*, se a ação, cível ou penal, é proposta pelo Ministério Público Estadual, perante o 1º grau de jurisdição, e o processo é alçado ao Superior Tribunal de Justiça por meio de recurso?

Salvo melhor juízo, em sede de recursos, o Ministério Público Federal exerce apenas uma de suas funções, qual seja, a de *custos legis*, o recurso é da parte, e o Ministério Público, à vista do ordenamento jurídico, pode opinar pelo provimento ou pelo desprovimento da irresignação.

Cindido em um processo o exercício das funções do Ministério Público (o Ministério Público Estadual sendo o autor da ação, e o Ministério Público Federal opinando acerca do recurso interposto nos respectivos autos), não há razão legal, nem qualquer outra ditada pelo interesse público, que autorize uma restrição ao Ministério Público Estadual enquanto autor da ação. Do ponto de vista legal, como exposto, o Subprocurador Geral da República opina como *custos legis* em recursos interpostos pelo Ministério Público dos Estados.

**Sob o prisma do interesse público, nada justifica a restrição à atuação do Ministério Público Estadual, que tem o direito de atuar perante o Superior Tribunal de Justiça no interesse dos recursos que interpõe, sustentando-os oralmente, interpondo agravos regimentais contra decisões que os denegam, etc."**  
(Grifos Acrescidos)

Ocorre que a Constituição não fez juízo de comparação entre os órgãos do Ministério Público dos Estados ou da União. Ao revés, festejou o princípio da unidade até como forma de zelar pelo prestígio do Ministério Público estadual, pois o histórico brasileiro mostra uma prevalência constante das entidades e institutos federais em detrimento daqueles estaduais. Ou seja, a carta política quis dizer que, afora os casos em que ela mesma estabeleceu algum tipo de tratamento diferenciado com relação aos representantes do Ministério Público, não poderá haver dissensão trazida pelo Estado, no sentido de conturbar a atuação ministerial.

Assim, nem a Administração Pública com seus atos, nem o Poder Judiciário através de suas decisões e hermenêuticas e tampouco o Legislativo, pelas suas espécies normativas, podem restringir a atuação do Ministério Público estadual, uma vez que

qualquer conduta nesse sentido seria atentatória ao Estado Democrático de Direito, em geral, e à vontade político-democrática do Constituinte originário, em particular. Seria, em termos mais fortes, ato inconstitucional.

#### **4. A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E A (I)LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**

No revogado Código de 1973 (Código Buzaid), consoante explicitava remansosa doutrina, a legitimidade afigurava-se como condição da ação (DIDIER, 2014, p. 42), porquanto eram rotulados como “condições da ação” o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade. O Novo Código, em vigor a partir de 18 de março de 2016, inovando também nesta matéria, abandonou tal denominação, limitando-se a estabelecer os pressupostos processuais à lide, agora encapsulados no art. 17 da Lei 13.105/2015, de sorte que “para postular em Juízo é necessário ter interesse e legitimidade”.

Pois bem, a legitimidade *ad causam* quer dizer, em regra, a possibilidade de as pessoas só poderem ir a juízo, na condição de partes, postular e defender direitos quer alegam ser próprios, e não alheios. Consoante pontua Marcus Vinicius Rios Gonçalves, trata-se de sábia norma, porquanto “seria muito complicado se, em regra, as pessoas pudessem postular, em nome próprio, interesses alheios” (GONÇALVES, 2015, p. 157).

No entanto, a citada regra possui exceções, verificadas nas hipóteses em que a lei autoriza alguém a, em nome próprio, ir a Juízo, para postular ou defender interesse alheio. Em casos tais, fala-se em legitimidade extraordinária (ou substituição processual), isto é, diz-se da possibilidade que o ordenamento jurídico outorga para que uma determinada pessoa ou órgão postule em Juízo interesse alheio, valendo-se para tanto de seu próprio nome. A legitimidade ostentada pelo ministério Público amolda-se a esta categoria, portanto.

Insta pontuar que tal legitimidade extraordinária não se confunde com a representação processual, de forma que o ponto de destaque entre ambas reside na autonomia da representatividade com a qual o postulante comparece em Juízo, eis que nas representações (a exemplo de demandas postuladas por absolutamente incapazes, por outrem representante), o representante postula em Juízo direito alheio, em nome de outrem e não em seu próprio nome, diversamente do que ocorre nas situações de legitimidade extraordinária. De maneira didática, a questão é bem explicada nos seguintes termos (GONÇALVES, 2016, p. 158):

Não se pode confundir legitimidade extraordinária com representação. Imagine-se que um incapaz precise ir a juízo, postular

um direito. Por exemplo, um menor, abandonado pelo pai, que precisa de alimentos. Ao ajuizar a demanda, ele é que figurará como autor, será o demandante. Mas, como é incapaz, é preciso que venha representado pela mãe, ou por quem tenha a sua guarda. O incapaz estará em nome próprio (ele é o autor) defendendo direito próprio. Na legitimidade extraordinária, aquele que figura como parte postula ou defende direito alheio. É o que ocorre, por exemplo, se a lei autorizar X a ajuizar uma demanda, em nome próprio, mas na defesa de interesses de Y. Haverá uma dissociação: aquele que figura como parte (X) não é o titular do direito; e o titular do direito (Y) não é quem figura como parte.

No que pertine à legitimidade para a propositura de reclamações constitucionais perante o Supremo, há de se destacar que, em um primeiro instante, no julgamento da Rcl 7358/SP, a ministra Ellen reconheceu a legitimidade exclusiva do Procurador Geral da República para exercer funções do *Parquet* no Supremo Tribunal Federal. Amparou seu entendimento em reiterados posicionamentos daquela casa, afirmando a necessidade da ilegitimidade ativa ser corrigida pelo procurador geral, que, no caso concreto, a ratificou e assumiu a titularidade da demanda.

Naquela hipótese, foi o ministro Marco Aurélio quem abordou o *punctum dolens* da questão, responsável pela criação de um sério problema, que, ao fim e a cabo, desaguaria no descredenciamento do papel do Ministério Público estadual na precípua missão de promover o acesso à Justiça. Segundo ele, “a organicidade do direito, principalmente da grei instrumental, é refratária a uma alternância”.

De fato, quando atua na origem e desde o primeiro grau, o Ministério público de um Estado qualquer, tendo interposto recurso em virtude do prejuízo havido com a decisão prolatada no juízo de primeira instância, não há razão para retirar de sua alçada os instrumentos necessários perante o Supremo; também não haveria motivos para sustentar a legitimidade necessária do Ministério Público da União, pois é o *Parquet* estadual o órgão diretamente interessado na questão ali versada.

Teria até mesmo o Ministério Público da União (sobretudo o Federal, que desempenha as atribuições correlatas às desempenhadas pelo *Parquet* estadual) uma destacada dificuldade em acompanhar os julgamentos de todos os casos que se desenrolam nos tribunais de justiça Brasil adentro. Nos casos em que os agentes políticos de uma entidade estadual vislumbrem ofensa ao verbete do Supremo, nada mais justo e coerente que lhe seja franqueada a possibilidade de reclamar ao Pretório Excelso, pela via que a própria Constituição elegeu como adequada. E tal permissão foi-lhe concedida independentemente do beneplácito ou aval do Procurador Geral da República.

O Ministério Público estadual deve, portanto, ser encarado como parte legítima para alcançar o Supremo mediante Reclamação Constitucional (NOBRE JUNIOR, 2010, p. 6). É que o *Parquet* do Estado membro dispõe de legitimidade ativa para formular, *di per sí*, perante o Supremo, reclamações nas situações em que se vislumbre afronta ao enunciado sumular com efeitos vinculantes. Nem parece acertado o posicionamento assente do Supremo Tribunal Federal que o Ministério Público do Trabalho não dispõe de tal legitimação, pois a possibilidade de propor Reclamação constitucional foi ofertada pelo constituinte reformador (com o advento da EC/45) a todos os prejudicados por ato administrativo ou decisão judicial que descumpra preceito de súmula vinculante ou que indevidamente a aplicar.

Não quis o constituinte apartar esse ou aquele órgão do Ministério Público. Quis apenas garantir a competência dos tribunais e sufragar o prestígio das súmulas vinculantes editadas pela mais alta corte judicial de nosso país, não havendo razão para negar a ramo ministerial algum a possibilidade de levar a discussão ao Supremo, nas hipóteses de desrespeito previstas constitucionalmente e que impliquem em flagrante prejuízo aos interesses que juridicamente almeja defender.

Apesar de discordar desse entendimento, acredita-se que ele ainda se justifica por uma questão de mera singularidade: O Ministério Público do Trabalho, assim como o Federal, o Militar e dos Territórios integram o Ministério Público da União, cujo chefe é mesmo o Procurador-Geral da República. Mas não existe qualquer relação de dependência, ainda que de caráter administrativo, entre o *Parquet* da União e o Ministério Público dos Estados federados.

Muitas vezes, o órgão ministerial dos estados pode formular reclamação perante o Supremo, deduzindo pretensão com a qual não concorde, eventualmente, a chefia do Ministério Público da União. Nesses casos, não haveria a necessária ratificação por parte do Procurador Geral e, com isso, estaria sobremaneira prejudicado o ingresso da possível reclamação. Não há dúvidas de que isto prejudicaria consideravelmente o acesso ao Judiciário; aniquila a possibilidade do *Parquet* estadual levar ao Judiciário a sua pretensão, desconstruindo as bases constitucionais que lajeiam nosso Estado Democrático de Direito. Isto é, negar tal legitimidade ao Ministério Público seria o mesmo que negar a possibilidade de controlar o respeito e observância aos verbetes sumulares impregnados de eficácia vinculante editados pela Suprema Corte.

Com efeito, nesses casos, o Ministério Público estadual nada mais faz do que utilizar um remédio previsto no próprio texto constitucional. Ele não está usurpando atribuições do Procurador Geral da República; apenas está manejando um instrumento que a Constituição Federal achou por bem oferecer.

Em casos outros, há possibilidade do Procurador Geral de Justiça de um estado sustentar oralmente as razões do MP estadual em mandado de segurança interposto perante o Supremo, na defesa de prerrogativa institucional do Ministério Público do respectivo estado membro. Nestas circunstâncias, o Supremo admite a legitimidade por entender que não cabe ao procurador Geral da República impetrar em nome próprio um mandado de segurança para defender prerrogativa do *Parquet* estadual. Assim, tal qual nessa hipótese, nos casos de reclamação constitucional, sustenta-se uma alargada possibilidade de o Ministério estadual formular originariamente a reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.

Defender posição contrária é o mesmo que amparar um posicionamento que está em combate com a paridade de armas, uma vez que o outro pólo da ação pode ingressar com reclamação constitucional ante o Supremo, independentemente de quaisquer beneplácitos. Se assim for, outra saída não há senão reconhecer maior poder processual a outra parte, contra quem estaria contendendo o *Parquet*, numa determinada lide. E esta postura nos parece inadmissível nos dias atuais.

Bem assim, sustentar a ilegitimidade reclamatória do *Parquet* estadual arranha a paridade de armas, pois, em uma dada relação jurídica (uma ação pública incondicionada, por exemplo) que tenha em um dos polos um Ministério Público estadual e de outra banda um indiciado, a afronta a uma dada súmula vinculante poderá ser arguida junto ao Supremo pelo indivíduo que figura como réu, mas não poderá ser levada pelo *Parquet* estadual, uma vez que a condução de suas reclamações para contestar descumprimento de súmulas vinculantes estaria condicionada ao aval e ratificação do Procurador-Geral da República. Isto configuraria diferenças de tratamento, dentro de uma mesma causa e tal posicionamento não merece prosperar, sobretudo em um país que se intitula Democrático de Direito, que tem como vigas mestras o princípio da isonomia e o princípio federalista.

Não parece acertada a idéia de que alargar a possibilidade para todos os Ministérios Públicos estaduais seria atitude suicida, por possibilitar inúmeros processos que atingiriam o Supremo sem ter passado pelo crivo do Procurador Geral da República. Os que assim defendem alegam que a Suprema Corte não pode andar na contramão do que ocorre em todos os países do mundo, em que a legitimação para atuar perante a Suprema Corte é extremamente restrita. Mas esquecem, por exemplo, que na Alemanha, berço do direito constitucional e cujo Tribunal Federal irradia influência em todos os cantos do mundo, existe um remédio processual, coincidentemente denominado "reclamação constitucional" que pode ser impetrado por qualquer pessoa, bastando a suposta violação de um direito fundamental do qual seja titular. Para os que assim se posicionam, parece que não lhe agrada muito os ideais de um amplo acesso à justiça.

Do ponto de vista do *locus* de atuação, ocorre nestes casos o mesmo que se passa quando o Ministério Público estadual, de uma decisão que não o satisfaça, interpõe

recurso extraordinário perante o Supremo. Em ambas as situações, o *locus* de atuação é o mesmo. Conforme frisamos, se imaginarmos que o fato de o Ministério público interpor um remédio jurídico direto ao Supremo Tribunal Federal contra outra decisão que não seja do Supremo pudesse representar atuação perante a Corte, então, o *Parquet* estadual jamais teria legitimidade para atuar perante aquela Casa, inclusive através do ajuizamento de recursos extraordinários, mandados de segurança e demais impetrações de estilo.

É bem verdade que a reclamação constitucional por descumprimento de súmula com eficácia vinculativa é medida autônoma, é ação de competência originária do Supremo, mas vale lembrar que sua natureza jurídica tem que ver com o direito de petição, constitucionalmente garantido, embora a estrutura de sua pretensão seja a mesma que a dos recursos extraordinários, por exemplo. É que o sistema jurídico forneceu um instrumento mais ágil e vigoroso para impugnar certas decisões, o que não deixa de ser um dos remédios possíveis para questionar decisão dos tribunais locais. E o *parquet*, seja estadual, seja federal, impescinde de poderes suficientes para tanto.

Uma pergunta inquieta: *tem ou não tem o Ministério público estadual legitimidade para usar dos remédios jurídicos que constam no ordenamento para impugnar decisões dos tribunais locais?* Parte da doutrina, e alguns ministros, entendem que para ingressar com qualquer pedido, medida ou ação originária naquela Casa, é necessário que se esteja listado entre aqueles que têm legitimidade para atuar perante o Supremo. Mas tal entendimento findaria por estabelecer uma inconveniente relação de dependência entre os Ministérios Públicos estaduais e o Ministério Público da União, subordinando aqueles à figura do chefe do Ministério Público da União (MASSON, 2011, p. 526).

Bem provável que haverá pretensões que não merecerão o apoio da Procuradoria Geral da República, de modo que defender tal posicionamento seria o mesmo que extirpar do Ministério Público estadual a possibilidade de defender a força das súmulas com efeito vinculante, nas hipóteses em que condutas de determinados tribunais afrontassem o seu teor e direção, prejudicando com isso as questões judicialmente tuteladas por aquele específico Ministério Público.

Não se quer aqui sustentar entendimento que afasta a Procuradoria Geral da República do cenário de atuação perante o Supremo. Sempre haverá o controle por parte desta douta Procuradoria quanto à pretensão reclamatória, uma vez que o Ministério Público Federal, por intermédio de seu chefe, intervém, necessariamente, nos processos de reclamação, opinando como *custus legis*, inclusive. Nessas hipóteses, o *Parquet* estadual seria sujeito parcial da relação jurídica, ao passo que a procuradoria Geral da República, ao

intervir, agiria na condição de fiscal da lei, atuando, portanto, de maneira estreme de vínculos e ponderações parciais.

O que não se pode defender é a submissão dos Ministérios Públicos estaduais à Procuradora Geral da República, sob pena de se provocar uma mutilação na autonomia de cada entidade do Ministério Público estadual, espalhado pelos rincões do Brasil.

Ora, a orientação do STF que consigna a Procuradoria Geral da República como arauto do Ministério Público nas pretensões reclamatórias tem por fulcro o art.46 e 47 da Lei Complementar nº 75/93, que é lei orgânica do MP da União, cuja seção segunda do primeiro capítulo do segundo título é aberta com a seguinte rubrica: *da chefia do Ministério Público Federal*.

Aliás, esse título versa sobre os ramos do Ministério Público da União e como se sabe, o Procurador Geral da República não é vocacionado à defesa direta das questões dos Ministérios Públicos estaduais. E mais: ainda que a ele se atribua o exercício, junto ao Supremo, das funções típicas do Ministério Público, é preciso lembrar que oferecer reclamação constitucional não é função típica de *Parquet* algum; é, isso sim, necessidade de todo aquele que se sente agravado e ofendido por desprestígio da competência objetiva de algum tribunal superior ou por violação de verbete sumular vinculante.

De fato, a Constituição Federal, quando cuidou da habilitação processual ativa, em matéria de controle objetivo de constitucionalidade, por se tratar de questões *per saltum*, apenas habilitou o Procurador Geral da República. E, nesse ponto, excluiu os demais ramos do Ministério Público e até mesmo os representantes ministeriais dos estados membros; assim como também retirou daquele estreito rol os cidadãos. Isso quer dizer que, embora seja o Supremo instância única e última para a análise de reclamação por descumprimento (ou aplicação inadequada) de súmula vinculante, não quis o constituinte originário estreitar o elenco de seus legitimados.

É que, embora seja ação autônoma, semelhante aquelas do controle concentrado de constitucionalidade havidas junto ao Supremo, diverge com elas em pontos fulcrais. Em se tratando da legitimidade *ad causam*, por exemplo, enquanto no controle de constitucionalidade só se consideram legítimos aqueles enunciados no art. 103-A, para propor a reclamação constitucional basta apenas que exista a afronta ao preceito da súmula vinculante e o interesse por parte do lesado de ver corrigida tal inobservância. O critério aqui é objetivo, até porque não quis a Constituição filtrar os legitimados para a propositura desse valoroso instrumento processual (ALVES, 2010, p. 89); e não pode interpretação alguma querer trancafiar as portas de legitimidade que foram franqueadas pela Constituição.

Não se pode suprimir a possibilidade de acesso do Ministério Público dos estados membros ao Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses em que a Constituição não obsteu tal ingresso. Em outras palavras, é bom lembrar que, quando a Constituição cuidou da propositura de ADIN, por exemplo, o fez habilitando, exclusivamente, o chefe de um dos ramos do Ministério Público, a saber, o chefe do Ministério Público da União; e retirou de todos os cidadãos a possibilidade de propô-la.

Com efeito, qualquer cidadão do povo pode, mediante se deduzir da leitura do dispositivo constitucional, impetrar reclamação constitucional, para contestar afronta a preceito de súmula vinculante, seja quando o descalabro for cometido por meio de ato administrativo (pois a súmula vinculante irradia efeitos, inclusive, sobre a Administração Pública) seja quando a lesão é promovida por decisão judicial<sup>31</sup>. Assim sendo, não há razão para, em um só instante, defender a legitimidade ativa de qualquer do povo e excluir desse vultoso rol o Ministério Público dos estados. A legitimidade para a propositura de reclamações constitucionais por descumprimento à sumula com eficácia vinculativa há de ser a mais ampla possível.

Ademais, há funções do Ministério Público estadual que não são exercidas pelo *Parquet* federal, de forma que retirar de sua esfera o manto que reveste sua legitimidade pode tornar inócua a busca pela efetiva prestação jurisdicional do caso concreto; e pode retirar, em tese, da esfera de apreciação judicial aquelas reclamações constitucionais que não forem ratificadas pela Procuradoria Geral da República. Isso seria o mesmo que retirar do Ministério Público dos estados membros um instrumento indispensável para a realização de suas funções. O sistema jurídico precisa envidar esforços para incrementar e robustecer, cada vez mais, a atuação do Ministério Público, e não minar suas forças, obstruindo suas atribuições e descredenciando a porção de legitimidade, constitucionalmente outorgada.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história da reclamação constitucional revela a sua clássica função de instrumento processual a ser utilizado como forma de garantir a competência objetiva dos Tribunais Superiores. Todavia, com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, foi enxertada em nosso ordenamento jurídico uma nova modalidade reclamatória, qual seja, aquela que se encontra estampada no art. 103-A da Constituição e que tem por objetivo a manutenção do prestígio alçado pelas súmulas vinculantes. Assim, segundo reza o preceito constitucional, caberá reclamação ao Supremo do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar. Essa modalidade de

---

<sup>31</sup> Para Edilson Pereira Nobre Junior, a Súmula, com eficácia vinculativa, constitui verdadeira fonte de direito, elaborada a partir de processo objetivo de fiscalização de constitucionalidade. (NOBRE JUNIOR, 2008, p. 31)

reclamação, bem mais do que garantir a mera competência objetiva, tem o intuito de fazer respeitada as decisões do STF que porventura venham a ser convertidas em verbetes sintéticos dotados de eficácia vinculante.

Por outro lado, viu-se que o Ministério Público é entidade permanente cuja criação, embora remonte tempos pretéritos, apenas teve sua estrutura consolidada, no Brasil, sob a batuta da Constituição federal de 1988. Esta Constituição brindou sobremaneira a importância da instituição, reconhecendo-lhe um papel de magnitude inédita na nossa história e até mesmo no direito comparado. Na tentativa de organizá-lo, o constituinte originário consagrou a existência do Ministério Público da União (formado pelo Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e também pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios) e do Ministério Público de cada estado membro, ambos regidos pelos princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional.

Contudo, os princípios da unidade e da indivisibilidade não podem ser utilizados como supedâneo para a tese da ilegitimidade ativa do *parquet* estadual, pois se assim o fosse o Ministério Público estadual nunca seria legítimo para atuar junto ao Supremo Tribunal Federal. Ocorre que, por questões de vontade constitucional, não quis o constituinte originário restringir a legitimidade ativa para a propositura de reclamações constitucionais, tanto é assim que facultou a todos os cidadãos a possibilidade de fazê-lo, exigindo apenas a afronta ao preceito sumular ou a aplicação inadequada.

Por essa razão, não se considera acertada a posição que descredencia do Ministério Público estadual a legitimidade para o ajuizamento destas reclamações constitucionais junto ao Supremo Tribunal Federal. Sustentar tal postura é conduta que não se alinha com os preceitos que alicerçam o Estado Democrático de Direito e que desprestigia, consideravelmente, o Ministério Público de cada estado membro, por mitigar suas atribuições e marchar no sentido oposto àquela rota traçada pelo texto constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. **Ministério público em ação:** atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional. Bahia: Editora juspodivm, 2010.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Reflexões que envolvem a nova hipótese de reclamação junto ao STF advinda da EC nº 45. **Repertório de jurisprudência IOB**, n. 8/2005, v. III, 2 quin. Abr. de 2005.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição:** garantia constitucional. São Paulo: Editora Método, 2004.

CONCEIÇÃO, Marcelo Moura da. **Reclamação constitucional. Natureza jurídica. Atualidades.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso em: 10-03-2024.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional no direito brasileiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** Bahia: juspodivm, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** Editora jusPodv: Salvador, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reclamação no processo civil brasileiro. **Revista Forense**, a. 99, v. 366, p. 11, mar/abr. 2003.

DONADEL, Adriane. **A reclamação no STF e no STJ.** Disponível em <http://www.tex.pro.br/wwwroot/curso/recursos/areclamacaonostfenostfadriane..htm>. Acesso em 27.03.2024

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil.** Editora Saraiva: São Paulo, 2016.

MASSON, et al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado.** Editora Método: São Paulo, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; *et al.* **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974. Tomo V

MORATO, Leonardo. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC comparado.** Editora Método: São Paulo, 2015.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Reclamação e justiça dos estados.** Artigo científico n.p. Disponível em: < >. Acesso em 03 de março de 2024.

\_\_\_\_\_. **Súmula vinculante: o desafio de sua implementação.** São Paulo: MP editora, 2008.

**Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em:  
[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_fevereiro\\_2010.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_fevereiro_2010.pdf), acesso em 12.02.2024.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. **Ministério Público na Constituição Federal:** doutrina esquematizada e jurisprudência. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

## ALGUMAS CONEXÕES ENTRE O DIREITO URBANÍSTICO E A TEORIA DA COMPLEXIDADE

**JOÃO CARLOS PARCIANELLO:**  
Mestre em Desenvolvimento.  
Especialista em Docência do Ensino Superior. Bacharel em Direito<sup>32</sup>.

**RESUMO:** Este artigo tem por escopo analisar algumas conexões do Direito Urbanístico com a teoria da complexidade de Edgar Morin, além de explorar estudos de diversos autores que trabalham com a temática da complexidade, relacionando estes escritos com o Direito Urbanístico. O Direito Urbanístico auxilia o entendimento da complexidade e da reforma do pensamento proposta por Morin, pois estas se apoiam fundamentalmente na junção dos mais diversos saberes, nos mesmos moldes deste ramo da ciência jurídica, como exposto no estudo, pois se trata de uma área interdisciplinar do Direito. Ademais, a ligação dos saberes também é fonte da ética abordada por Morin.

**Palavras-chave:** Direito Urbanístico. Teoria da complexidade. Interdisciplinaridade.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 O Direito e a complexidade exposta por Edgar Morin. 2 Complexidade urbana. Considerações finais. Referências.

### Introdução

Nos dias atuais muitos estudos pautam em fazer uso da interdisciplinaridade para analisar o Direito. Este estudo utiliza da epistemologia da complexidade e parte das ideias da reforma do pensamento de Edgar Morin para compreender o Direito Urbanístico.

Em relação ao principal autor citado neste artigo, Edgar Morin nasceu no ano de 1921, na cidade de Paris, França. Aos dez anos perde sua mãe. E, ainda na infância, é atraído pela literatura e cinema. Durante a segunda guerra, adere à resistência francesa, quando troca o sobrenome Naum por Morin. Posteriormente à guerra, trabalha como redator de jornais. Nesta época escreve "O homem e a morte", que dá início à sua sabedoria transdisciplinar, com conhecimento em etnografia, psicanálise, história das religiões, história das ideias e filosofia, entre outras. Na sequência, viaja pela América Latina, onde se embevece pela cultura. Após estudos em biologia e cibernética, envolve-se em movimentos estudantis na França. Nas três décadas seguintes trabalha nos seis volumes

---

32 E-mail: [joaocarlosparcianello@gmail.com](mailto:joaocarlosparcianello@gmail.com)

de “O método”, considerada sua grande obra. É chamado pelo governo francês para trabalhar na reforma do ensino secundário e universitário deste país pelo seu notável saber interdisciplinar (CARVALHO e ASPIS, 2011). Morin (2006, p. 13-14) auxilia na compreensão da complexidade ao explicar:

O que é a complexidade? A um primeiro olhar, a complexidade é um tecido (complexus: o que é tecido junto) de constituintes heterogêneas inseparavelmente associadas: ela coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Num segundo momento, a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem nosso mundo fenomênico. Mas então a complexidade se apresenta com os traços inquietantes do emaranhado, do inextricável, da desordem, da ambiguidade, da incerteza... Por isso o conhecimento necessita ordenar os fenômenos rechaçando a desordem, afastar o incerto, isto é, selecionar os elementos da ordem e da certeza, precisar, clarificar, distinguir, hierarquizar... Mas tais operações, necessária à inteligibilidade, correm risco de provocar a cegueira, se elas eliminam os outros aspectos do complexus; e efetivamente, como eu o indiquei, elas nos deixaram cegos.

Ademais, a presente pesquisa bibliográfica possui uma abordagem qualitativa, onde o processo e seus significados são os objetivos de abordagem, os quais não podem ser traduzidos em números. A espinha dorsal de uma pesquisa remonta à base ontológica. Esta reflete a crença do pesquisador quanto ao mundo que o cerca e sobre o que pode ser compreendido sobre o mesmo. Esta pesquisa possui um caráter interpretativista da esfera social, onde se considera que a realidade é subjetiva, holística e complexa (HIRSCHMAN, 1986). A essência da crítica interpretativista concentra-se no objetivismo acentuado e, até mesmo, restritivo do funcionalismo. Neste contexto, as ações interagem entre si, de forma a dar sentido ao mundo (VERGARA e CALDAS, 2005). O interpretativismo está mais associado à pesquisas qualitativas, termo o qual é utilizado para cobrir uma vasta gama de abordagens e métodos oriundos de diversas disciplinas de pesquisa (TEIXEIRA et al, 2012). Este paradigma foi empregado na presente pesquisa porque configura, em última análise, no entendimento do imbricamento do Direito Urbanístico com a complexidade de Morin. Dessa forma, com suporte nesta abordagem, este trabalho possui análise e interpretação dos dados à luz da epistemologia da complexidade.

Para tanto, no presente estudo, de cunho exploratório, buscou-se informações qualitativas, por meio de análise bibliográfica. Além do jurista, filósofo e sociólogo Edgar Morin, a discussão foi realizada por meio da análise das obras de autores variados. Em suas entrevistas aos meios de comunicação, de forma espontânea, Morin faz uso de ideias presentes em seus livros para responder as diversas perguntas dos entrevistadores. Deste modo, as suas entrevistas configuram uma fonte muito rica de consulta para a

compreensão da complexidade. Algumas destas entrevistas concedidas à mídia brasileira também subsidiaram o presente estudo.

Nesta pesquisa, os mais variados autores, estão dispostos para “conversarem juntos”, mesmo havendo, algumas vezes, certas diferenças de concepções epistemológicas. Isto foi executado porque se acredita, com base na epistemologia da complexidade, que a relação dialógica é imprescindível para construir um ambiente de crescimento intelectual.

Dessa forma, esta pesquisa se justifica pela contribuição que pode dar como fonte de conhecimento científico para contribuir com a epistemologia da complexidade, além de corroborar com a compreensão de uma visão alternativa do Direito Urbanístico.

## **1 O Direito e a complexidade exposta por Edgar Morin**

A incompreensão nas relações entre as pessoas e entre estas e o meio em que estão inseridas é marcante. Esta incompreensão se inicia nas relações simples entre os indivíduos, passa pela família, pelo trabalho e atinge até mesmo os povos. Esta problemática decorre principalmente do desconhecimento ou desconsideração da complexidade. Nesse viés, Morin (2015, p. 80) propõe que: *“A compreensão intelectual necessita apreender o texto e o contexto, o ser e o seu meio, o local e o global, juntos”*. O meio, então, não pode ser eficientemente abordado de maneira afastada dos indivíduos e de outras esferas do conhecimento. Destarte, o Direito Urbanístico, por versar – e disciplinar – sobre o ordenamento do solo urbano, possuir caráter interdisciplinar, além de abarcar temas de áreas como cível, administrativo, ambiental, entre outros, pode facilitar a resolução do problema do conhecimento levantado pelo referido sociólogo.

Um dos motivos de se tratar nesta pesquisa o Direito Urbanístico Brasileiro e não de outro país e também o motivo de se escolher como grande pensador do trabalho Morin, ao invés de outro filósofo ou jurista, configura a conexão que este possui com o Brasil, além de suas obras, como se observa no trecho de sua entrevista concedida (MORIN, 2000, Não paginado), à TV Cultura, em visita ao Brasil:

Sabe, não procurei e não procuro algo especial. Eu encontrei. E encontrei no Brasil. Meus primeiros encontros no Brasil foram para mim... eu diria um encanto. (...) E encontrei no Brasil essa civilização. Encontrei, é claro, um país de uma grande diversidade, mas um país que me encantava porque o que caracterizava, por exemplo, Rio e São Paulo era diferente do que caracterizava Natal e Belém. Eu sempre vi esta diversidade. E também é um país onde encontrei, pessoalmente, uma acolhida mais agradável ainda por não se limitar à minha pessoa, mas pelas idéias que defendo. Há um

entendimento das minhas idéias... no Brasil. Portanto, evidentemente, fiz muitas amizades, amizades muito queridas e profundas. E, se me permite, considero o Brasil uma segunda pátria, se ele quiser me acolher.

E ainda, para compreender a complexidade é importante verificar a dimensão histórica. Não se pode olvidar que no contexto histórico e evolutivo, nesta passagem da modernidade para a pós-modernidade, houve implicações na sociedade. Lyotard (1984) estipula que a partir do final da década de 1950 está em curso a era pós-moderna, embora com um ritmo diferente de país para país. Desta época em diante, a direção da nova pesquisa é ditada pela possibilidade de seus eventuais resultados serem traduzíveis em linguagem de computador. Neste contexto, o usuário do conhecimento deve possuir os meios de traduzir para essa linguagem o que quer. A hegemonia dos computadores possui um conjunto de prescrições que determinam que as declarações sejam aceitas como declarações de conhecimento. A informatização das sociedades mais desenvolvidas permite destacar certos aspectos da transformação do conhecimento e seus efeitos sobre o poder público e as instituições civis, de difícil percepção a partir de outros pontos de vista.

Lyotard (1984) parte da premissa de que o acesso aos dados constitui a prerrogativa de especialistas de todos os setores, de forma que a classe dominante é a classe de tomadores de decisão. Afirma ainda que, na atualidade, a classe dominante não é mais composta da classe política tradicional, mas de uma camada de líderes empresariais, de gestores de alto nível e de chefes das principais organizações profissionais, de trabalho, políticas e outras. Nesse ambiente, com o domínio das telecomunicações, são privilegiadas certas classes de declarações, cuja predominância caracteriza o discurso da instituição em questão.

Dentro desta discussão, Morin (2015) propõe o pensamento complexo para religar os mais diversos saberes, sem, no entanto, negar a importância dos especialistas. Aventa um pensamento organizador, que separa e religa. Este pensador se destaca pelo estudo da complexidade, em que desenvolve uma epistemologia que coloca esta forma de compreender o mundo no centro de grandes desafios da atualidade, como a educação e a ética. Conforme Silva (2011) explica, Morin repete a todo momento que a premissa constitui que não se pode reformar as instituições sem antes reformar o pensamento.

Brito e Ribeiro (2003) escrevem sobre a modernização na era de incertezas, em que criticam as teorias do desenvolvimento calcadas nos pressupostos da modernidade e situam algumas alternativas que pregam a possibilidade de uma nova teorização sobre o desenvolvimento. Para este fim, explicam que se faz necessário compreender a modernidade. Entendem por modernidade um cenário de compressão do tempo e do espaço pelos homens modernos que, ao prometer transformação por outro lado, coloca

em constante ameaça o próprio homem e suas realizações. Acreditava-se que a modernidade, com a ciência e a técnica, daria garantias ao progresso, tendo o mercado e o Estado como aliados e organizadores da sociedade, os quais deveriam atuar para realizar a vocação inovadora do homem moderno que, sem as amarras da tradição, transformaria para si e para enriquecer a nação.

E ainda, na modernidade acreditava-se que a ciência seria quem forneceria ao homem um amparo moral e ético, contra a perda de sentido proveniente do desencantamento do mundo. Hodiernamente, de maneira geral caiu a promessa de realização de um futuro virtuoso, com base na razão, no progresso, no individualismo, na igualdade e na ciência, derivados de um entendimento filosófico, num complexo processo de tomada de consciência histórica do homem moderno. Isto deriva de um processo que resulta em transformações, no pensamento e no nível histórico, a ponto de se colocar em xeque as próprias instituições modernas. O juízo de desenvolvimento era tido como um elemento modernizador pautado no progresso e aprimoramento da técnica.

Brito e Ribeiro (2003) entendem que as mudanças que estão ocorrendo têm uma função mais estética, sem gerar mudanças profundas para a construção de um novo estilo de vida. Nesse sentido, o pensamento social contemporâneo está dominado pela ideia de crise, com o colapso das narrativas otimistas de mudança social. E mais, com seu desenrolar, a modernização industrial foi guiada pela dinâmica do ideal econômico, cujo resultado foi o aumento da produtividade e a maximização do lucro. Como consequências da modernidade têm-se insegurança, perigo e a sociedade de risco, onde o impacto da globalização, as mudanças na vida cotidiana e pessoal e o surgimento da sociedade pós-tradicional ultrapassam a modernidade ocidental e alcançam o mundo todo.

O pós-modernismo surge como uma concepção de homem e de organização singulares, onde a organização é menos a expressão do pensamento planejado e da ação calculada e mais uma ação defensiva a forças intrínsecas ao corpo social que ameaçam constantemente a estabilidade da vida organizada. Portanto, o mito do desenvolvimento amparado nas dimensões ilimitadas do crescimento, por meio das atividades econômicas que acabaram por gerar riscos individuais e globais em nome de um progresso que prometia generalizar-se a toda humanidade através do avanço da ciência e da técnica, não se realizou. E a implantação do desenvolvimento, nas diversas esferas da sociedade, está além de modismos da administração, como algumas inovações gerenciais (MENDES, 2004). Neste diapasão despontam a teoria da complexidade e o Direito Urbanístico, entre outros ramos do Direito, na salvaguarda da sustentabilidade.

Ademais, usualmente, na Antiguidade o homem guiava suas ações com base no místico, após a Revolução Industrial pelo mercado e, no século passado, pela ciência

normal clássica. Mas nenhuma dessas abordagens, por si só, na atualidade, impera como solução da ampla gama de problemas da sociedade e, até mesmo, como explicação total da realidade. Nesse viés, entende-se que a busca da compreensão da complexidade – tratada não apenas como teoria ou epistemologia, mas como ontologia – pode coabitar a razão humana para existir, complementarmente ao mercado e à ciência.

Cembranel (2015) explorou a base de dados *Scientific Electronic Libraly Online* (SCIELO), filtrando artigos com o termo Edgar Morin, encontrando na área temática de sociologia cinco artigos e na área temática de gestão quatro artigos. Nota-se que, à exceção de um artigo relacionado à gestão, prevaleceu como metodologia a revisão bibliográfica. Tal fato corrobora com a ideia de que a pesquisa bibliográfica pode ser produtiva em relação ao tema complexidade.

Além disso, os processos sociais e econômicos evoluem rumo à estruturas mais complexas e apresentam infinitos caminhos de desenvolvimento (NAVEIRA, 1998). A produção acelerada de necessidades na atual economia global e a poluição tem gerado sérias consequências para o meio ambiente e os indivíduos. Isso se mostra altamente imbricado na sustentabilidade, nas suas várias faces.

Entre suas análises relativas à complexidade, Morin (2015) parte das consequências éticas do circuito das ciências. Afirma que a verdade, a solidariedade e a responsabilidade são engendradas de forma abstrata, ou seja, excessivamente teórica e impalpável. Simplifica com o exemplo de que estes princípios não podem ser impostos aos indivíduos (MORIN, 2015, p. 132). O caminho alternativo seria pelas experiências vividas, em uma religião ao cosmos, com a compreensão da grande narrativa.

De maneira bastante sucinta, a grande narrativa inclui o ser humano em uma imensa história, que inicia com o nascimento do universo há bilhões de anos. Depois o nascimento do sol e o nosso planeta, passando pelo surgimento da vida, o desenvolvimento dos mamíferos e a ramificação dos primatas que deu origem aos bípedes. Na sequência, a aventura da “hominização” – a formação do homem, até os indivíduos de hoje, que passaram da pré-história à globalização atual (MORIN, 2015).

Este pensamento que abrange a interiorização de que os indivíduos fazem parte da natureza, religa e traz solidariedade. Morin (2015, p. 133) mostra o problema do oposto que impera:

Mas o que destrói essa solidariedade e esta responsabilidade? É a degradação do individualismo em egoísmo e, simultaneamente, o modo compartimentalizado e parcelar no qual vivem não apenas os especialistas, técnicos e experts, bem como os que se encontram compartimentalizados nas administrações e escritórios. Se perdemos

de vista o olhar do conjunto, o do local no qual trabalhamos e, bem entendido, o da cidade em que vivemos, perdemos ipso facto o sentido da responsabilidade: exercitamos simplesmente um mínimo de responsabilidade profissional em nossas tarefas. (...) Enquanto não tentarmos reformar esse modo de organização do saber, todos os discursos sobre a responsabilidade e a solidariedade serão vãos.

A partir destas considerações se pode inferir, ao menos provisoriamente, que as políticas urbanas estão imbricadas com a complexidade dentro do Direito Urbanístico. Isto porque quando se apresentam as normas urbanísticas como imprescindíveis, mas sem um enfoque interdisciplinar, os indivíduos terão a tendência de não compreender o Direito Urbanístico como parte de suas vidas e, por consequência, não seguir corretamente os preceitos por mais éticos que pareçam.

Morin (2015) é categórico ao afirmar que a tendência à redução afasta a compreensão entre os indivíduos. Isto ocorre entre diversos âmbitos sociais, como povos, sociedades e as pessoas em geral. Sem a compreensão impera a desordem. Desta forma, a compreensão, que abrange o pensar de maneira complexa, ao invés de linear e apenas especializada, está no cerne da ética da epistemologia complexa. De acordo com Morin (2015, p. 136): *“a reforma do pensamento conduz a uma reforma de vida que é necessária ao bem-viver”*.

Em meados do século XIX, a sofisticação que o conhecimento tinha alcançado levou ao questionamento da milenar explicação mágica do mundo, em que reinava muitas vezes a compreensão irracional da realidade. Então surgiram novas teorias objetivas para explicar a relação do ser humano com a realidade e entre elas se destaca o embate entre o materialismo e o idealismo. Em primeiro plano, pode-se dizer que no idealismo o elemento primordial é a ideia ou o pensamento. Já no materialismo a única realidade é a matéria em movimento, que compõe tanto uma pedra como um animal, produz tanto o som como a consciência. Porém, existem também várias formas de compreender o materialismo. No materialismo mecanicista o mundo é um conjunto de coisas acabadas, onde impera o determinismo, no qual o homem é produto passivo da matéria. O pensamento se reduz à secreção do cérebro e o homem é diminuído às necessidades orgânicas elementares como comer e beber. No materialismo dialético o mundo é um complexo de processos, de forma que a consciência no homem tem duplo papel: ela é determinada, mas também reage, determinando, pois não é pura passividade. A consciência que se tem do determinismo liberta o homem através da ação deste sobre o mundo. Neste pode-se dizer aqui que as ideias são forças ativas (ARANHA e MARTINS, 1986). No estudo que se segue nas próximas páginas, se extrapolam os paradigmas citados neste parágrafo e se explora a compreensão

dialógica do homem e do universo, a qual é empreendida por Morin, que assume a presença necessária e complementar de processos e instâncias antagônicas.

A grande narrativa, descrita por Morin (2015), corrobora com a compreensão da condição humana, ou seja, o entendimento do homem como indivíduo-espécie-sociedade, onde um produz outro, como bem define e sintetiza o autor. Esta condição humana, por sua vez, dá sentido à ética ambiental. Auxilia na “interiorização” do pensamento de que preservar o meio ambiente é imprescindível, pois todos compartilham uma origem comum, na origem do cosmos e da vida. Nesse viés, o ensino e a cobrança das normas positivadas, por si só, não possui a mesma eficiência que a compreensão da complexidade do ambiente urbano. O Direito Urbanístico, além de se constituir em uma ferramenta de resolução de conflitos e desenvolvimento nas cidades, configura um campo de estudo amplamente interdisciplinar e complexo, como se verifica neste artigo, com muitos assuntos que tratam diretamente ou tangenciam esta temática.

## 2 Complexidade urbana

Em artigo acadêmico, Vargas e Cervi (2012) sistematizaram que, a partir da reforma inicial da universidade, a lição de Morin é no sentido que a reforma do pensamento consiga se estender em uma ética de solidariedade que auxilie no senso de responsabilidade e cidadania.

Hodiernamente, as ciências jurídicas, assim como as demais ciências humanas, estão partindo para o estudo das relações sociais sem reverenciar as verdades absolutas. O Direito não se limita à um receituário pronto para todas as mazelas sociais, prescrevendo a solução apenas de aplicar a lei ao caso concreto. Marin (2011) afiança: *“Enfim, o direito rompeu com o cartesianismo, com o racionalismo e encontrou-se num novo locus das ciências do espírito”*. Defende que o Direito ultrapasse o Positivismo Ortodoxo e que se desenvolva, em suas, palavras, uma “pedagogia da alfabetização ecológica”.

Escreve Marin (2011, p. 130):

Isso é percebido, também, na Ciência Jurídica. O processo de simplificação do conhecimento é notória e, infelizmente, crescente. A compreensão crítica do direito não cresce, muito pelo contrário, retrocede. O período é de consolidação da objetificação, da simplificação, da técnica, da burocratização. A cultura manuelesca, que impera no ensino jurídico, faz com que se proliferem as sínteses, os resumos, os esquemas, os quadros sinópticos, enfim, a redução da compreensão do Direito à busca de informações sintéticas e minimizadas que não traduzem a profundidade e a reflexão necessárias à construção de um conhecimento crítico e não

repetidor das velhas estruturas do passado. As obras clássicas dão lugar aos manuais simplórios. O exame dos institutos dá lugar à análise acrítica da norma.

A nova realidade e consequente aplicabilidade atual do Direito podem ser mais bem compreendidas por esta explanação de Naveira (1998, p. 71):

Mas, ao longo do século XX, a ciência atualizou a sua visão clássica de uma realidade em permanente equilíbrio para uma visão de uma realidade sujeita, sim, a perturbações – mas que tendia naturalmente a retornar ao equilíbrio. Nessa nova etapa, a palavra-chave eficiência foi substituída pela palavra eficácia. Não bastava mais fazer bem-feito, era preciso agora que este bem-feito fosse adequado às circunstâncias vigentes. Era preciso fazer a coisa certa de um modo “suficientemente certo” enquanto ainda fosse tempo, de nada adiantando fazer certo a coisa errada, ou fazer a coisa certa tarde demais. Atributos como flexibilidade e criatividade adquiriram mais importância que a mera eficiência.

Ainda neste sentido, Morin (1997, p. 19) exprime a reforma do pensamento:

Sim, precisa-se de ideias externas, críticas e contestações de fora, mas é fundamental, sobretudo, reflexão interna. A reforma virá do interior através do retorno às fontes do pensamento europeu moderno a problematização; hoje, não basta problematizar o homem, deve-se problematizar a ciência, a técnica, o que acreditávamos ser a razão e era com frequência uma abstrata racionalização.

A reforma do pensamento é necessária por dois fatores principalmente, como elucida Morin (1997). Primeiro, pressão superadaptativa de acomodação entre ensino, pesquisa, demandas econômicas, técnicas e administrativas. Tal adaptação, contudo, pode ser sinônimo de perda de capacidade inovativa, por afastar a cultura humanista. Segundo, compartimentação e disjunção entre a cultura científica e a cultura humanista, pois uma visa a teoria e a outra a reflexão, sem uma ligação adequada.

Morin (1997) ainda aduz a busca da transdisciplinaridade, para a reforma do pensamento, pois o saber contemporâneo é disperso. Para isso, o autor informa que se faz necessário trocar o pensamento que separa por um pensamento que une, além da substituição da rigidez da lógica clássica por uma dialógica que abrange conceitos complementares e, até mesmo, antagônicas. A reforma do pensamento é intrinsecamente

profunda, paradigmática, de organização do conhecimento, como esclarece Morin (1997, p. 19):

A reforma do pensamento permitirá frear a regressão democrática que suscita, em todos os campos da política, a expansão da autoridade dos experts, especialistas de todos os tipos, estreitando progressivamente a competência dos cidadãos, condenados à aceitação ignorante das decisões dos pretensos conhecedores, mas de fato praticantes de uma inteligência cega, posto que parcelar e abstrata, evitando a globalidade e a contextualização dos problemas. O desenvolvimento de uma democracia cognitiva só é possível numa reorganização do saber, a qual reclama uma reforma do pensamento capaz de permitir, não somente a separação para conhecer, mas a ligação do que está separado.

Nesse sentido, observe a questão da gestão das grandes cidades. Nestas regiões, as políticas urbanas possuem uma complexidade ainda maior, pois se intensificam os problemas ambientais, de mobilidade, de moradia, entre outros.

### **Considerações finais**

Um ponto que merece destaque é a grande variedade de autores que se fez imprescindível citar para embasar o estudo. Embora Morin tenha sido destaque por força de sua sugestão de reforma do pensamento, muitos outros autores de áreas diversas foram citados nesta pesquisa.

O pensamento científico que aflorou no século XVII, embora tenha dado origem ao método cartesiano, que fundamentou a ciência clássica, contribuiu para fundar as bases da epistemologia complexa do século XX e XXI, pois como se observa no disposto neste artigo, principalmente em Morin, a complexidade não nega os conhecimentos científicos, ao contrário, propõe religá-los e, ainda, considera outros conhecimentos.

O Direito passa por um processo em que necessita cada vez mais o pensamento complexo para solucionar as questões a que se propõe. Administração pública, gestão, inovação e ética geral são alguns exemplos de esferas as quais o Direito se relaciona, como se verifica no artigo.

Então, o Direito Urbanístico auxilia o entendimento da complexidade e da reforma do pensamento proposta por Morin, pois estas se apóiam fundamentalmente na religação dos mais diversos saberes, nos mesmos moldes deste ramo da ciência jurídica, como exposto no estudo. Ademais, a religação dos saberes também é fonte da ética abordada por Morin.

## Referências

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: introdução à filosofia**. São Paulo: Moderna, 1986.

BRITO, D. C.; RIBEIRO, T. G. A modernização na era das incertezas: crise e desafios da teoria social. **Ambiente & Sociedade**, v. 5, n. 2, ago./dez. 2002; v. 6, n. 1, jan./jul., 2003. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/317/31713417009/>>. Acesso em: 28 Jan 2024.

CARVALHO, Edgar Assis. ASPIS, Paulo. Edgar Morin. **Pensamento biocêntrico**. 2011. Disponível em: <<http://www.pensamentobiocentrico.com.br/content/bv/edgar-amorin.pdf>>. Acesso em 28 Jan 2024.

CEMBRANEL, Priscila, Teoria da Complexidade e racionalidade ambiental: um estudo bibliométrico a cerca dos estudos de Leff e Morin. **Ciências Sociais Unisinos**, vol 2,1 nº 2, p. 144-151, maio/agosto 2015. Disponível em: <[http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias\\_sociais/article/view/csu.2015.51.2.04/4788](http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2015.51.2.04/4788)>. Acesso em: 28 Jan 2024.

HIRSCHMAN, Elizabeth. C. Humanistic Inquiry in Marketing Research: Philosophy, Method, and Criteria. **Journal of Marketing Research**. v. 23, n. 3. p. 237-249, 1986. Disponível em: <[http://www.jstor.org/stable/3151482?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/3151482?seq=1#page_scan_tab_contents)>. Acesso em: 28 Jan 2024.

LYOTARD, Jean-François. **The postmodern condition: a report of knowlwdge**. Disponível em: <<https://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/fr/lyotard.htm>>. Acesso em: 28 Jan 2024.

MARIN, Jeferson Dytz. Alfabetização ecológica e cultura constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 39, 2011. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/180/162>>. Acesso em: 28 Jan 2024.

MENDES, Dayse. O Caleidoscópio: modismos e pós-modernidade. Encontro Anual da **ANPAD**, v. 28. Anais em meio eletrônico. Curitiba, 2004.

MORIN, Edgar. **Imaginários da educação**: por uma reforma da universidade e do pensamento. Tradução de Juremir Machado da Silva. **Revista Famecos**. Porto Alegre, n. 6, jun. 1997, semestral. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/2959/2242>>. Acesso em: 28 Jan 2024.

\_\_\_\_\_. Programa Roda Viva. **TV Cultura**, 18 Dez 2000. Entrevista concedida a Heródo Barbeiro et al. Disponível em: <[http://www.rodaviva.fapesp.br/materia/49/entrevistados/edgar\\_morin\\_2000.htm](http://www.rodaviva.fapesp.br/materia/49/entrevistados/edgar_morin_2000.htm)>. Acesso em: 28 Jan 2024.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao pensamento complexo.** Tradução do francês Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2006. Disponível em:  
<[http://ruipaz.pro.br/textos\\_pos/introducao\\_pensamentocomplexo.pdf](http://ruipaz.pro.br/textos_pos/introducao_pensamentocomplexo.pdf)>. Acesso em: 28 Jan 2024.

\_\_\_\_\_. **Ensinar a viver:** manifesto para mudar a educação. Tradução de Edgar de Assis Carvalho e Mariza Perassi. Porto Alegre: Sulina, 2015.

NAVEIRA, Rubens Bauer. Caos e complexidade nas organizações. **Revista de Administração Pública**, v.2, n.5, p.69-80, Set/Out 1998. Disponível em:  
<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7756/6348>>. Acesso em: 28 Jan 2024.

PAULO, Rodolfo Fares. O desenvolvimento industrial e o crescimento populacional como fatores geradores do impacto ambiental. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.7. n.13/14. p.173-189. Jan/Dez de 2010. Disponível em:  
<<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/180/153>>. Acesso em 28 Jan 2024.

SILVA, Bruno Pedroso Lima. A teoria da complexidade e o seu princípio educativo: as ideias educacionais de Edgar Morin. **Revista Polyphonia**, v. 22, n. 2, 2011. Disponível em  
<<https://www.revistas.ufg.br/sv/article/view/26682/15277>>. Acesso em: 28 Jan 2024.

TEIXEIRA, Juliana Cristina. NASCIMENTO, Marco César Ribeiro. CARRIERI, A. P. Triangulação entre métodos na administração: gerando conversações paradigmáticas ou meras validações "convergentes"? **Revista de administração pública**, v. 46, n. 1, p. 191-220, 2012. Disponível em:  
<<http://www.scielo.br/pdf/rap/v46n1/v46n1a10>>. Acesso em: 28 Jan 2024.

VARGAS, Janaine Machado dos Santos Bertazo; CERVI, Taciana Marconatto Damo. Direito dos animais não humanos versus cultura acadêmica: A experimentação científica em questão. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 1, n. 4, p. 2449-2472, 2012. Disponível em  
<[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/04/2012\\_04\\_2449\\_2472.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/04/2012_04_2449_2472.pdf)>. Acesso em: 28 Jan 2024.

VERGARA, Sylvia Constant. CALDAS, Miguel P. Paradigma interpretacionista: a busca da superação do objetivismo funcionalista nos anos de 1980 e 1990. **RAE - Revista de Administração de Empresas**, v. 45, n. 4, p. 66-72, 2005. Disponível em:  
<<http://www.scielo.br/pdf/rae/v45n4/v45n4a06>>. Acesso em: 28 Jan 2024.

## **A IMPORTÂNCIA DA CAPACITAÇÃO TÉCNICA DO CANDIDATO QUE ALMEJA UMA VAGA PARA EXERCER O CARGO POLÍTICO DE VEREADOR**

**SIMONILSON FERNANDES DE ARAUJO:**

Bacharelando do Curso de Direito do Centro  
Universitário FAMETRO<sup>33</sup>

**RESUMO:** A atual conjuntura política do Brasil aponta cada vez mais para a necessidade do desenvolvimento de pesquisas que busquem elucidar acerca das competências dos políticos que representam o povo brasileiro, destacando o cargo público de vereador. Este estudo teve como objetivo geral analisar a relevância da capacitação técnica de um candidato à vereador para melhor exercício do cargo público. Através de uma pesquisa bibliográfica e documental, foi possível cumprir a meta proposta apresentada desde o contexto histórico e conceitual da função pública em tela, até a identificação da necessidade de cumprimento das capacidades técnicas necessárias para o exercício da função, passando pela identificação das atribuições inerentes ao cargo e, de igual forma passando inclusive pelas limitações. Neste sentido, com a realização deste estudo foi possível identificar que somente a eleição democrática não se apresenta como a única inerência a um mandato eficaz de vereador, sendo necessário que o mesmo possua capacidades técnicas específicas para tal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Vereador. Atribuições do vereador. Capacitações técnicas do vereador.

**ABSTRACT:** The current political situation in Brazil increasingly points to the need to develop research that seeks to elucidate the skills of politicians who represent the Brazilian people, highlighting the public office of councilor. This study aimed to analyze the relevance of the technical capacity of a candidate for councilor for better exercise of public office. Through a bibliographical and documentary research, it was possible to fulfill the proposed goal, presenting from the historical and conceptual context of the civil service in question, to the identification of the need to fulfill the technical capacities necessary for the exercise of the function, passing through the identification of the inherent attributions to the position and, likewise, going through the limitations. In this sense, with the completion of this study, it was possible to identify that democratic election alone does not present itself as the only inherent in an effective councilor mandate, as it is necessary for him to have specific technical skills for such.

---

33 E-mail: simonilson\_araujo@hotmail.com

**KEYWORDS:** Councilor. Attributions of the councilor. Technical capabilities of the councilor.

## INTRODUÇÃO

O estudo acerca da importância da capacitação técnica de um vereador se mostra pertinente em diversos âmbitos, os quais se expandem desde as contribuições para a sociedade até a construção do processo de cidadania de cada sujeito, perpassando inclusive pelo aporte na formação acadêmica de estudantes de direito e áreas afins, da mesma forma que se apresenta como pertinente para profissionais em atuação no mercado legal.

A atual conjuntura do país, em que é notado um despertar popular para questões de ordem política fomenta de igual maneira o desenvolvimento de pesquisas que busquem se aprofundar na atuação dos eleitos para representantes do povo, sendo de fundamental relevância que tais conhecimentos sejam debatidos de forma clara e objetiva, o que é determinante para a fácil compreensão de todos os envolvidos. Assim, a problemática identificada neste contexto é se a capacitação técnica de um candidato a vereador é importante para o exercício das atribuições deste cargo político? Permitindo como hipótese que para exercer de forma competente o cargo de vereador é necessário que o candidato seja dotado de capacidades técnicas específicas para tal função.

Este estudo contribui para o esclarecimento sobre as reais atribuições e possibilidades de atuação do vereador após eleito, uma vez que, de posse de tais informações, torna-se possível tanto realizar melhores escolhas de candidatos no período eleitoral, quanto nota-se que há um desenvolvimento maior de noções do que reivindicar dos eleitos em relação a sua atuação.

Também é possível apresentar como justificativa para este estudo as colaborações voltadas para a promoção de mudanças sociais advindas do reconhecimento do processo político em si, o que se manifesta como uma estratégia de fomento da consciência cidadã da sociedade como um todo.

Este estudo tem como objetivo geral analisar a relevância da capacitação técnica de um candidato a vereador para melhor exercício do cargo público. Com o intuito de alcançar tais essa meta, foram estipulados como objetivos específicos: a) apresentar as bases conceituais e legais do papel do vereador; b) identificar as principais atribuições de um vereador; e c) estudar as principais capacidades técnicas necessárias ao vereador.

A pesquisa teve como aporte teórico-metodológico o método dedutivo, que segundo a acepção clássica, consiste no método que parte do geral para o particular. A pesquisa bibliográfica será utilizada como procedimento, por considerá-la como a mais

adequada para o estudo proposto. Trata-se de uma pesquisa de natureza básica do tipo não experimental. Neste tipo de estudo, o pesquisador estuda os fenômenos sem intervir de forma sistemática, ou seja, observa, registra, analisa e correlaciona fatos e variáveis sem manipulá-los. A pesquisa descritiva foi definida para o estudo proposto. Os dados serão coletados a partir dos cruzamentos das seguintes palavras-chave: "vereador", "atribuições do vereador" e "capacitações técnicas do vereador". Foram incluídos, os achados científicos publicados no período de 2016 a 2021, indexados nas línguas portuguesa ou inglesa que apresentem relação com os objetivos da pesquisa proposta, sendo excluídos os estudos não indexados em revistas científicas e aqueles que se apresentem contraditórios aos objetivos propostos.

## **1 VEREADOR: ASPECTOS CONCEITUAIS E LEGAIS**

As bases teóricas sobre a presente pesquisa devem ser fundamentadas inicialmente na apresentação dos conceitos e legislações pertinentes ao trabalho do vereador, a identificação de quais são as atribuições deste cargo público, bem como o estudo das características técnicas são imprescindíveis para o exercício da função de vereador.

### **1.1 Conceitos e fundamentos da função de vereador**

Anterior ao aprofundamento nas definições do cargo de vereador faz-se mister o reconhecimento das raízes históricas que determinaram sua origem, o que se apresenta como embasamento para a compreensão tanto da função quanto de sua construção histórica.

Segundo Reale (2017, p. 21) a formação política brasileira, seja nos âmbitos executivos ou legislativos, se deu primordialmente nos moldes das heranças portuguesas da época da colonização, sendo natural das raízes locais a municipalização das localidades, com a eleição de representantes formando assim conselhos de oficiais. De acordo com Domingues e Pinto (2016, p.13) a função de vereador não se constituiu de forma diferenciada, uma vez que o reinado de Portugal em terras brasileiras já apresentava as câmaras municipais e os vereadores. Este modelo de gestão municipal português, de origem nos moldes romanos, foram primordiais para a consolidação das cidades, uma vez que a função de vereador tinha impactos na administração do local, seja no âmbito econômico quanto em generalidades (BACKER; SOUZA, 2013, p. 10).

Nota-se na avaliação das bases históricas do sistema político brasileiro, pautado nos moldes portugueses, que o representante da população se elegia em conformidade com as necessidades de cada localidade, constituindo-se assim os modelos já adotados em Portugal.

Dias (2014, p. 32) afirma que dois códigos jurídicos, instituídos entre 1521 e 1822, serviram de bases para a definição de diretrizes sobre a função de vereador. O Código Manuelino, é apresentado como um compilado de legislações portuguesas entre 1521 e 1603, em que as câmaras das localidades eram reconhecidas através de seus poderes executivos, legislativos e judiciários (REZENDE, 2016, p. 37). Já o Código Filipino, com os preceitos legislativos entre 1513 e 1603, esclareceu que cabia ao vereador a gestão do município de forma a assegurar o bom funcionamento do mesmo, bem como zelar pelo patrimônio público e fiscalizar qualquer irregularidade (DIAS, 2014, p.19).

Ainda na avaliação das bases portuguesas da gestão pública é observado que os referidos códigos foram determinantes na apresentação das atribuições dos vereadores nas localidades que representavam, prezando principalmente pelo bem-estar comunitário e pelo patrimônio local.

Além do contexto histórico da função do vereador enquanto cargo público é imprescindível a compreensão sobre o conceito da mesma, bem como seus fundamentos para tal.

Etimologicamente, a raiz da palavra vereador se baseia na ação de verificador, ou aquele que verifica, que cuida, administra, legisla em relação à uma determinada localidade (WHITAKER, 2017, p. 31). Tatagiba e Blikstad (2011, p. 54) complementam tal afirmação ao indicar que derivar da palavra verificar já impõe ao servidor sua função de fiscalizador.

É notado que a raiz etimológica da palavra vereador já apresenta as atribuições comuns ao cargo, sendo inclusive importante a análise de sua finalidade de verificar as condições e o andamento das questões municipais.

Conceitualmente, o cargo político de vereador é apresentado por Braga, Leine e Sabbag (2017, p, 43) como aquele agente político nas esferas municipais no Brasil, eleito pelo voto direto em conformidade com o processo democrático de eleições diretas vigente no Brasil. Whitaker (2017, p. 22) afirma ainda que a definição de vereador se dá como o membro da câmara municipal, órgão este que perfaz em um colegiado destinado à representação dos munícipes.

Nota-se que a definição de vereador no Brasil se constitui principalmente em consideração ao processo democrático que o rodeia, uma vez que o cargo a que se destina é instituído através de eleição, bem como se perfaz como agente público representativo da sociedade.

Messias (2019, p. 31) complementa que cabe à este cargo as tratativas do poder legislativo condizentes aos municípios, ou seja, trata das leis no âmbito das cidades, bem como a realização de um expediente executivo. Ainda sobre a caracterização do vereador,

Guedon (2017, p. 28) elucida que este político se determina como o representante mais próximo da população.

É observado assim que a definição de vereador perpassa principalmente por suas atribuições como forma de elucidar as questões destinadas ao entendimento deste cargo público.

## **1.2 Embasamento legal brasileiro do papel do vereador**

As bases legais do exercício do vereador no Brasil constam na Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), citando o Capítulo V que trata das peculiaridades dos municípios brasileiros. De acordo com Kauchakje (2012, p.43) ao se apresentar na Carta Magna, a função de vereador passa a ser notada como constitucional e de obrigatório exercício nos municípios, seguindo principalmente as determinações impostas nos artigos vindouros.

Observa-se que com as bases legais constitucionais acerca da função de vereador apontam para a importância da mesma, bem como demonstram que tais atribuições devem ser cumpridas à risca, obedecendo o que é determinado pela lei, bem como determinando as peculiaridades inerentes e norteadoras do cargo.

Sobre os artigos da Constituição Federal que tratam acerca da função de vereador, Cattani (2020, p. 29) elucida que os mesmos são apresentados desde o artigo vigésimo nono ao trigésimo primeiro, estipulando diversas questões como a duração de quatro anos de seu mandato, a idade mínima de 18 anos para investidura ao cargo, quantos integrantes à Câmara Municipal são possíveis variando de nove a cinquenta e cinco em conformidade com a população local, o direito da inviolabilidade de suas palavras, votos e opiniões, participar da elaboração e efetivação da Lei Orgânica Municipal, legislar na esfera municipal e fiscalizar as ações e contas do poder executivo do município.

Observa-se que a função de vereador, ao se apresentar como uma atribuição normativa do âmbito municipal deve se relacionar diretamente à esta esfera pública, sendo necessário que o servidor eleito compreenda das peculiaridades comuns ao cargo que estão estipuladas na Carta Magna, como idade, mandato e quantidade de cargos disponíveis.

No que tange aos subsídios dos vereadores, a Carta Magna (BRASIL, 1988) versa que:

VI - o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que

dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos:

a) em Municípios de até dez mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a vinte por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

b) em Municípios de dez mil e um a cinquenta mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a trinta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

c) em Municípios de cinquenta mil e um a cem mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a quarenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

d) em Municípios de cem mil e um a trezentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a cinquenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

e) em Municípios de trezentos mil e um a quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a sessenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

f) em Municípios de mais de quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a setenta e cinco por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

VII - o total da despesa com a remuneração dos Vereadores não poderá ultrapassar o montante de cinco por cento da receita do Município;

Considerando um dos principais pontos estipulados pela constituição, as despesas com remuneração dos vereadores se apresentam como uma questão de suma importância, uma vez que tal subsídio se origina da receita municipal e deve contemplar os gastos colocados de acordo com a quantidade de vereadores eleitos na localidade.

## **2 AS ATRIBUIÇÕES DO VEREADOR NO PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL**

A explanação acerca das atribuições do vereador é apresentada por através dos pilares da legislação e da fiscalização. De acordo com Naves (2016, p. 19) a principal função relacionada ao cargo é legislar no âmbito municipal, ou seja, cabe a este agente político eleito pela população criar, aprimorar, excluir e emendar leis municipais para atender as

demandas do município. Cattani (2020, p. 31) complementa que suas ações legislativas se concentram na esfera municipal ao qual estão vinculados.

## **2.1 Atribuições legislativas do vereador**

Silva (2018, p. 43) esclarece que essa função legislativa do vereador deve atender aos interesses da população, buscando manter a justiça e a representação do que é melhor para a maioria, sendo comparada às funções de deputados e senadores, guardando as proporções municipais. A propositura de legislações municipais pelo vereador deve sempre ser pautada no atendimento às demandas apresentadas pela população, seja através da apresentação de Projetos de Lei ou ainda em apoio à sugestão de outros vereadores, bem como emendas à Lei Orgânica Municipal (ARQUER, 2018, p. 21).

De acordo com Santos (2019, 31) é possível citar igualmente que é de atribuição deste cargo público em específico a propositura de alterações na Lei Orgânica do município em questão, bem como na criação ou extinção de impostos e tributos que sejam revertidos em benefícios para os municípios. Leal (2017, p. 17) esclarece que neste sentido é possível citar ainda a função investigativa, com a criação de comissões voltadas para a investigação de irregularidades que possam ocorrer na esfera pública municipal, como por exemplo a contratação da iniciativa privada.

Nota-se que as atribuições legislativas inerentes ao cargo de vereador que as mesmas se mostram imprescindíveis no que tange ao atendimento das necessidades comunitárias, uma vez que cabe a este cargo o poder de legislar para tal, o que lhe confere a possibilidade de atualizar as leis já existentes ou ainda criar novas leis.

## **2.2 Atribuições executivas do vereador**

Segundo Martins e Kerkauly (2017, p. 34) a segunda função pertinente ao cargo de vereador é a de fiscal do executivo municipal, ou seja, tem como um de seus papéis o acompanhamento do trabalho público executado pelo prefeito. Menegat e Filippim (2020, p. 22) complementam afirmando que cabe ao vereador o monitoramento do emprego de verbas municipais, com a fiscalização das contas da prefeitura, os investimentos, a execução orçamentária, a realização de obras propostas pela prefeitura, entre outros.

Albano, Junior e Souza (2017, p. 49) afirmam ainda que é papel fiscalizador do vereador o acompanhamento da prestação de serviços ao público por parte de órgãos municipais, sendo sua atribuição a visita nestes locais. Os autores esclarecem que, diante de suspeitas de atos ilícitos e ilegais da prática do gestor municipal, é função do vereador criar comissões parlamentares de inquérito assim como o questionamento do controle das contas, convocando inclusive os Tribunais de Contas.

É observado que a atribuição executiva do vereador se dá em conformidade com a necessidade de monitoramento e fiscalização do poder executivo municipal, ou seja, é uma das principais atribuições do vereador a averiguação dos atos do prefeito da localidade, o que lhe confere a possibilidade de identificar todas as atividades administrativas e operacionais realizadas na gestão desta esfera, bem como interferir quando encontrar alguma inconsistência.

Um ponto interessante quando questionadas as atribuições do vereador é a interferência no poder executivo do município. Segundo Rinaldi e Cardoso (2019, p. 16) essa possível confusão de papéis gera descrédito tanto para a atuação do político quanto por parte da sociedade, uma vez que nem todos os cidadãos possuem ciência das reais competências destes cargos. Os mesmos elucidam que nesta seara é comum o entendimento leigo de que cabe ao vereador a execução de obras públicas como pavimentação de ruas, construção de prédios como escolas e postos de saúde, reforço dos serviços de segurança, entre outros.

Sobre isto, Matias et al. (2020, p. 34) explicam que tais entendimentos errôneos podem na verdade fundamentar ações de má fé uma vez que são prometidas intervenções que na verdade não cabem ao trabalho do vereador, e sim ao poder executivo municipal, como por exemplo a deliberação para a construção de prédios públicos.

Assim, percebe-se que diante da função executiva de fiscalização da gestão municipal é comum o desconhecimento dos limites de tal ação, uma vez que se tornou natural a interferência de vereadores para além de suas atribuições nas ações executivas do município, o que demanda maiores conhecimentos destes agentes públicos, direcionando assim para a necessidade de compreensão das capacidades comuns aos vereadores.

### **3 CAPACITAÇÃO TÉCNICA NECESSÁRIA AO VEREADOR**

No que concerne às atribuições técnicas necessárias para o exercício da função de vereador, Naves (2016, p. 22) cita que é necessário que o pretense servidor público, com o intuito de exercer minimamente suas atribuições anteriormente citadas, tenha conhecimento aprofundado inicialmente na Constituição Federal (BRASIL, 1988). Silva et al. (2018, p.41) complementam, ainda na seara legal, que o vereador também deve ter ciência das legislações que versam sobre suas ações, assim como a Lei Orgânica do Município que representará, bem como das leis municipais em geral.

As questões pertinentes ao reconhecimento das necessidades de capacitações técnicas à função de vereador perpassam invariavelmente pela identificação das capacidades legais e executivas pertinentes ao cargo, sendo estas em consideração as principais atribuições do mesmo.

### 3.1 Capacidades legislativas e executivas do vereador

Whitaker (2017, p. 22) afirma ainda que cabe ao vereador ser devidamente capacitado sobre as legislações nos mais diversos níveis da federação principalmente em virtude tanto das possibilidades e limitações que o cargo infere em relação à legislatura, quanto como respaldo de sua prática enquanto fiscalizador do exercício das tarefas do executivo municipal, uma vez que deve sempre estar amparado legalmente para ambas atribuições.

Kazmirczak e Minatti-Ferreira (2018, p. 21) esclarecem que, no que tange de forma mais específica à suas atribuições enquanto membro do cenário político municipal é salutar que o vereador compreenda sobre as leis que regem a cidade para o qual presta seu serviço, destacando a Lei Orgânica Municipal, a qual se destaca como legislação de elevado nível da cidade, o Regimento Interno da Câmara, o qual orienta sobre o funcionamento local e determina sobre as possibilidades de atuação interna de cada membro, o Plano Diretor Municipal, sendo este o documento municipal que ordena todo o solo urbano do município, oficializando a ocupação do mesmo e disposição espaços para a convivência particular e coletiva dos munícipes.

Nunes e Oliveira (2017, p. 32) complementam ainda que outras legislações se destacam para as capacidade técnica dos vereadores em sua atuação, como o Código de Obras Municipal, documento composto de leis que auxiliam a administração municipal em relação ao controle e fiscalização de construções em espaços públicos, o Código Tributário do Município, o qual se destina a organização de toda a atividade tributária do município, abrangendo a instituição, pagamento e aplicação dos dividendos.

Silva (2021, p. 19) afirma que ao compreender acerca das leis municipais, o vereador desenvolve capacidades de ordem legislativa não somente por compreender acerca do funcionamento da cidade, mas também por entender as possibilidades de legislatura que se apresentam, o que é determinante em sua atuação diante tanto das possibilidades que lhe cabem quanto das possibilidades do município enquanto estrutura para atendimento.

Observa-se assim, que o conhecimento básico sobre a legislatura não é suficiente para o exercício das funções de vereador, uma vez que se mostra necessário o aprofundamento nas legislações mais específicas, principalmente no que tange ao orçamento e planos de organização da cidade. De igual forma que se destaca como uma necessidade inclusive para a função executiva inerente ao cargo, uma vez que toda a ação executiva do vereador deve ser pautada no que é preconizado em lei.

Outro conhecimento básico comum à função de vereador é acerca da administração pública, o que Santos e Andrade (2019, p. 21) justificam sendo crucial para a supervisão,

fiscalização e monitoramento do trabalho do gestor executivo municipal. Sobre isto, Menegat e Filippim (2020, p. 33) esclarecem que este tipo de conhecimento, somado aos específicos da área, se apresenta como fundamental para que o serviço público exercido neste cargo seja devidamente organizado.

Dantas e Santos (2020, p. 43) complementam tais ideias ao afirmar que ao tomar conhecimento da estrutura municipal, as nuances da administração pública, tanto as estipuladas em lei quanto as efetivamente em aplicação, o vereador passa a desenvolver as capacidades executivas que lhe são conferidas, uma vez que constrói arcabouço técnico específico para tal.

Nota-se que novamente é solicitado ao vereador que o mesmo tenha conhecimentos precisos acerca das principais atividades do poder público municipal, o que proporcionará melhores intervenções junto ao que lhe cabe conferir e monitorar, possibilitando assim o exercício de seu mandato de forma mais efetiva e que atenda aos interesses da população de forma responsável e dentro da legalidade.

Ainda sobre a relação entre o trabalho do vereador e a administração pública, Fanticci (2012, p. 35) elucidam que as características comuns ao legislativo como a formação deste e as contradições de informações se produz em uma questão a ser encarada como desafio, pois

no Poder Legislativo há uma diversidade de informações produzidas por políticos, técnicos, acadêmicos, representantes de setores da sociedade, num ambiente de conflitos de interesses e marcado pela assimetria informacional referida anteriormente. Nesse caso, soma-se também a assimetria de informação entre o Legislativo e a sociedade. Esta última, muitas vezes, detém mais conhecimento que o próprio Parlamento (p. 35)

É percebido que a diversidade de informações acerca do trabalho a ser exercido pelo vereador e a administração municipal se mostra uma questão que por diversas vezes acaba por interferir de forma negativa na gestão municipal, bem como confundir os cidadãos acerca das atribuições e capacidades dos vereadores, o que deve ser uma das frentes de trabalho dos mesmos, o esclarecimento da população sobre as possibilidades e limitações da atuação do vereador.

Assim, uma das capacidades técnicas imprescindíveis ao vereador é a compreensão acerca de suas limitações enquanto cargo público legislativo, o que se torna possível principalmente diante do conhecimento das legislações que embasam o cargo (REITER; ANDREATA; REITER, 2018, p.29). Fanticci (2012, p. 12) esclarece que se observa comumente a falta de conhecimento por parte de populares, e por vezes dos

próprios vereadores, sobre tais limitações, o que gera entre outras complicações expectativas que não serão cumpridas, bem como problemas de ordem executiva que esbarram na legalidade do cargo.

De acordo com Naves (2016, p. 31) este conhecimento específico se mostra pertinente quando se trata o vereador passa a ser cobrado em relação a pedidos que não podem ser atendidos, o que demanda desgostos por parte tanto da população ou ainda por possíveis desacordos políticos. Toledo (2017) complementa ainda ao determinar que ao desconhecer suas reais funções e atribuições, bem como não esclarecer a população acerca de suas limitações, o vereador passa a coabitar com as possíveis intercorrências relacionadas a tais incompreensões, podendo inclusive responder por possíveis cobranças neste sentido.

Sobre isto, Cattani (2020, p.34) esclarece ainda que o não conhecimento oriundo destas limitações pode acarretar obviamente na prática de ilícitos, sob o risco de penalização futura, incorrendo em crimes fiscais por exemplo. Whitaker (2017, p. 31) afirma também que ao não dispor de capacidades técnicas acerca de seu cargo, o vereador também pode ser penalizado moralmente por seus eleitores, uma vez que, na oportunidade de não atendimento de demandas prometidas em virtude das limitações de sua função, a frustração causada nos munícipes pode contribuir para o comprometimento da carreira política do mesmo.

Portanto é notado que cabe ao vereador que seja esclarecido acerca de suas limitações e potencialidades, o que é imperativo a uma prática lícita de suas atribuições, bem como no atendimento das demandas apresentadas pela população em geral.

A importância do conhecimento das capacidades técnicas inerentes ao cargo pelos próprios vereadores é tanta que a Controladoria-Geral da União, no uso de suas atribuições, no ano de 2009, lançou uma cartilha com o intuito de esclarecer os vereadores acerca de suas atribuições, com destaque para a fiscalização dos gastos no poder executivo (CGU, 2009, p. 8).

De acordo com o documento,

É importante salientar que o vereador quando controla a atuação do gestor público municipal está, na verdade, cumprindo uma obrigação fixada pelo texto da Constituição Federal Brasileira de 1988, a qual estabelece em seu art. 31 que a fiscalização do município será exercida pelo Poder Legislativo municipal, mediante controle externo (CGU, 2009, p. 9).

Assim, é possível observar que as atribuições do vereador enquanto representante dos munícipes são determinantes para o desenvolvimento de capacidades técnicas pelo mesmo para que o exercício de sua função atenda efetivamente o que se espera, em conformidade com o que é estipulado nas legislações e com as expectativas reais da população.

## CONCLUSÃO

A avaliação da importância da capacitação técnica para candidatos ao cargo de vereador perpassa pela compreensão de uma série de fatores que implicam na mesma, os quais foram estudados como ferramenta de entendimento e aprimoramento.

Ao estudar as bases conceituais e a origem da função de vereador foi possível identificar que a mesma se constitui como tal desde os primórdios da sociedade, bem como se apresentam de grande importância para a formação da vida comunitária. Através do reconhecimento das bases legais que norteiam o trabalho do vereador, foi notado que a citação constitucional esclarece de forma eficaz tanto as atribuições do cargo quanto as peculiaridades que o rodeiam, como critérios de elegibilidade e pagamento de subsídios.

Outra contribuição válida de ressalva é a identificação das atribuições e necessidade de conhecimentos que os vereadores devem estar aptos, uma vez que é comum a distorção das atividades que o cargo deve exercer, bem como as capacidades nem sempre são consideradas relevantes.

Neste sentido, a efetivação deste estudo alcançou os objetivos propostos bem como uma contribuição significativa para a formação acadêmica do autor e futura carreira profissional, da mesma forma que se revelou uma indicação de pesquisa para interessados na temática pesquisada.

## REFERÊNCIAS

ALBANO, Karina Vanessa; SANTOS JR, Edson Gil; SOUZA, Flaviana Zarpelon. Politização e participação política de jovens no poder legislativo: o parlamento jovem de Palmeira. **Revista do Legislativo Paranaense**, n. 1, p. 26-40, 2017.

ARQUER, Monize. A volatilidade eleitoral nos municípios brasileiros para o cargo de vereador (2000-2016). **Opinião Pública**, v. 24, n. 3, p. 670-698, 2018.

BACKER, Mariângela Maria Bastian; DE SOUZA, Diana. A percepção dos cidadãos e dos vereadores acerca das atividades legislativas: o caso de Irai RS. **Revista de Administração**, v. 11, n. 19, p. 1-18, 2013.

BRAGA, Maria do Socorro Sousa; LEINE, Priscila; SABBAG, Gustavo. Partidos e representação na política local: perfil e vínculos político-partidários dos vereadores paulistas. **Colombia Internacional**, n. 91, p. 117-150, 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CATTANI, Frederico. **MANUAL DO VEREADOR: Tópicos para formação e atualização**. Simplíssimo, 2020.

CGU. **O vereador e a fiscalização dos recursos públicos municipais / Presidência da República, Controladoria-Geral da União**.— Brasília: CGU, 2009.

COCCO JÚNIOR, José Guimar; FANTUCCI, Simone. A capacidade técnica do Poder Legislativo: o papel das consultorias institucionais legislativas. **Revista Parlamento Paulistano, São Paulo**, v. 2, n. 3, p. 124-157, 2012.

DANTAS, Humberto; SANTOS, Alexsandro. O que eles sentem sobre o parlamento local? A visão de jovens sobre as funções da Câmara Municipal e dos vereadores. **Revista Parlamento de Itapevi Democracia e Cidadania**, v. 1, n. 1, p. 14-28, 2020.

DIAS, Thiago Alves. O Código Filipino, as Normas Camarárias e o comércio: mecanismo de vigilância e regulamentação comercial na Capitania do Rio Grande do Norte. **Revista Brasileira de História**, v. 34, p. 215-236, 2014.

DOMINGUES, José; PINTO, Pedro. Nos primórdios da administração pública portuguesa: as origens dos vereadores municipais. **Revista General de Derecho Administrativo**, n. 41, p. 7, 2016.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017

GUEDON, Philippe Chaves. Estratégias partidárias e perfil social dos vereadores do Rio de Janeiro: entre o ser e o querer ser. **Almanaque de Ciência Política**, v. 1, n. 2, p. 04-25, 2017.

KAUCHAKJE, Samira. Solidariedade e expressão jurídica: valores políticos de vereadores sobre direitos sociais. **Opinião Pública**, v. 18, p. 309-336, 2012.

KAZMIRCZAK, Gerson Jardel; MINATTI-FERREIRA, D. D. Uma Análise dos Gastos com Diárias e Passagens dos Vereadores Catarinenses: Sabemos Quanto Gastam, mas não Como Gastam. In: **Anais do Congresso UnB de Contabilidade e Governança 4th UnB Conference on Accounting and Governance**, Brasília, DF, Brasil. 2018.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos da metodologia científica. In: **Fundamentos da metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. Desvio de verba pública praticado por vereadores como crime contra a Administração Pública: um estudo de caso. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 17, n. 69, p. 111-125, 2017.

MARTINS, Gilberto de Andrade. **Manual Para Elaboração de Monografias E Dissertações**. Editora Atlas SA, 2000.

MARTINS, Thais Cavalcante; KERBAUY, Maria Teresa Miceli. O perfil da elite política local: Uma análise da autopercepção dos vereadores sobre a representação. **Revista Eletrônica de Ciência Política**, v. 8, n. 2, 2017.

MATIAS, Elivelton Soares et al. Análise da compressão dos legisladores municipais sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal. **Práticas de Administração Pública**, v. 4, n. 2, p. 29-49, 2020.

MENEGAT, Douglas; FILIPPIM, ElianeSalette. O desafio da liderança entre vereadores. **Gestão Contemporânea**, v. 4, n. 2, 2020.

MESSIAS, Gelma Gabriela de Matos. Carreira e ambição política dos vereadores de Salvador (1997-2012). **Revista de Sociologia e Política**, v. 27, n. 72, 2019.

NAVES, Luís Emílio Pinheiro. A jurisprudência do TCEMG e o controle da função administrativa das câmaras de vereadores: reflexões à luz do referencial da accountability horizontal. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 33, n. 3, 2016.

NUNES, Romário Silva; DOLIVEIRA, Fernando Ronny Freitas. A percepção dos candidatos a vereadores sobre a nova legislação de prestação de contas. **Encontro de Extensão, Docência e Iniciação Científica** (EEDIC), v. 3, n. 1, 2017.

PRODANOV, Cleber Cristiano; DE FREITAS, Ernani Cesar. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico-2ª Edição**. Editora Feevale, 2013.

REALE, Miguel. **Horizontes do Direito e da História**. Saraiva Educação SA, 2017.

REITER, Gianne Giselle; ANDREATA, MarjoJucimara; REITER, Giovana Mara. O exercício do controle externo pelo vereador como instrumento de proteção do erário. **Ponto de Vista Jurídico**, p. 92-100, 2018

REZENDE, Claudia de Andrade. Os almotacés e o exercício da almotaçaria na Vila de São Paulo (1765-1800). **Revista Cantareira**, n. 25, 2016.

RINALDI, Débora; CARDOSO, Suliane. A função política dos discursos sociais e suas implicações sobre a biografia. **Conversas & Controvérsias**, v. 6, n. 2, p. e34324-e34324, 2019.

SANTOS, Florice Emídio; ANDRADE, Michel. Atuação da vereança no município de Juína e a compreensão de sua função pública. **REVISTA DE COMUNICAÇÃO CIENTÍFICA**, v. 4, n. 1, p. 112-123, 2019.

SILVA, Carlos Diogo Ferreira et al. Resolução de conflitos e processo de tomada de decisão: estudo na câmara de vereadores. **Anais do Salão Internacional de Ensino, Pesquisa e Extensão**, v. 9, n. 4, 2018.

SILVA, Josivaldo Alves. Atuação parlamentar: uma análise do desempenho dos vereadores na câmara municipal de Palmas, Tocantins. **Revista Contemporânea/Contemporary Journal**, v. 1, n. 2, p. 14-45, 2021.

TATAGIBA, Luciana; BLIKSTAD, Karin. " Como se fosse uma eleição para vereador": dinâmicas participativas e disputas partidárias na cidade de São Paulo. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, p. 175-217, 2011.

TOLEDO, Jaques Antonio. **As práticas clientelistas no legislativo chapecoense: limites e possibilidades de atuação dos Vereadores 2013-2015**. (Monografia) Graduação. Universidade Federal da Fronteira Sul, Curso de Licenciatura em Ciências Sociais, Chapecó, SC, 2017. 72f.

WHITAKER, Francisco. **O que é vereador**. Brasiliense, 2017.

## O HIPERPRESIDENCIALISMO PRESENTE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL LATINO-AMERICANA

**POLIANE CARVALHO ALMEIDA:**  
Mestranda em Direito. PUC-SP - Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo<sup>34</sup>.

**RESUMO:** O artigo tem como objeto o constitucionalismo latino-americano, com foco no hiperpresidencialismo presente na história constitucional da América Latina, buscando evidenciar seus impactos para a transformação constitucional e democrática dos países da América do Sul. Como objetivo, o trabalho buscou revisar o constitucionalismo latino-americano, dividindo-o em períodos históricos definidos, o que permitiu revisar a história constitucional da região sob uma perspectiva crítica. A pesquisa é de cunho sócio-jurídico, a partir do método de análise de fontes históricas, escolhido como o mais apropriado para apreciação e compreensão dos processos sociais, culturais, econômicos e jurídicos envolvidos na história constitucional dos países latino-americanos. Concluiu-se, a partir do desenvolvimento da pesquisa, que mesmo com o advento do chamado “Novo constitucionalismo latino-americano”, que se mostrou inovador em termos de garantia e reconhecimento de direitos indígenas na América Latina, as reformas realizadas apenas na parte dogmática de um texto constitucional não são suficientes para tornar o poder mais descentralizado, tampouco para tornar o contexto político mais estável e atribuir uma mudança efetivamente transformadora na organização do poder nas sociedades latino-americanas.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional; Constitucionalismo latino-americano; História Constitucional; Hiperpresidencialismo; Democracia.

**ABSTRACT:** The research has as its theme Latin American constitutionalism, focusing on the hyper-presidentialism present in the constitutional history of Latin America, seeking to highlight its impacts on the constitutional and democratic transformation of the countries of South America. As an objective, the work sought to review Latin American constitutionalism, dividing it into defined historical periods, which allowed reviewing the constitutional history of the region from a critical perspective. The research is of a socio-legal nature, based on the method of analysis of historical sources, chosen as the most appropriate for the appreciation and understanding of the social, cultural, economic and legal processes involved in the constitutional history of Latin American countries. It was concluded, from the development of the research, that even with the advent of the so-called “New Latin American constitutionalism”, which proved to be innovative in terms of guaranteeing and recognizing indigenous rights in Latin America, the reforms carried out only in the dogmatic part of a constitutional text are not enough to make power more

<sup>34</sup> E-mail: [almeidacpolly@gmail.com](mailto:almeidacpolly@gmail.com)

decentralized, nor to make the political context more stable and attribute an effectively transformative change in the organization of power in Latin American societies.

**Keywords:** Constitutional right; Latin American constitutionalism; Constitutional History; Hyperpresidentialism; Constituent power

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto o constitucionalismo latino-americano, com ênfase ao hiperpresidencialismo identificado na história constitucional deste continente e seus impactos para a transformação constitucional e democrática na América Latina. Por englobar essencialmente a história constitucional do continente sul-americano, a interdisciplinaridade foi um fator constante, portanto, a pesquisa foi realizada sob o prisma do Direito Constitucional e da História.

O objetivo geral do trabalho centrou-se em revisar o constitucionalismo latino-americano, em seus mais de 200 anos de existência. Desse modo, buscou-se repensar o constitucionalismo na região sob uma perspectiva crítica do ponto de vista da efetividade democrática.

Como objetivos específicos: (i) buscou-se refazer o caminho do constitucionalismo latino-americano, dividindo-o em períodos, o que permitiu analisar o contexto histórico-econômico e cultural dos países do continente, relacionando-os com suas respectivas Constituições; (ii) a partir da análise da transformação constitucional na América Latina, buscou-se desenvolver as semelhanças e divergências entre a história constitucional chilena, boliviana e equatoriana, nos limites das suas similitudes; e, por fim, (iii) apresentar um estudo crítico das transformações aduzidas a partir da identificação de um hiperpresidencialismo existente na região.

Na pesquisa, foi adotado um método essencialmente interdisciplinar, o sócio-jurídico, para compreender os processos sociais e econômicos envolvidos nas normatividades latino-americanas. Isto faz com que a pesquisa tenha um cunho jurídico-crítico com abordagem histórica, portanto, os questionamentos não podem ser respondidos apenas sob o universo da ciência jurídica e do Direito Constitucional, se fazendo necessário recorrer também à ciência histórica.

Assim, além da revisão bibliográfica de obras literárias, artigos acadêmicos e notícias, também se recorreu ao método de análise de fontes históricas. A partir da compreensão de que a ciência histórica estuda o homem no tempo (BLOCH, 2001), tornou-se possível a apreciação dos textos constitucionais e documentos que envolveram seus processos constituintes como fontes históricas. Essa documentação foi entendida como

essencial para formular as análises aqui aduzidas e considerar a mentalidade jurídica do período analisado.

Nesse sentido, a análise das fontes será direcionada a partir do problema construído e proposto por esse trabalho, considerando que as fontes escolhidas trazem especificidades que requerem a realização de uma operação historiográfica, a qual pretende considerar os sujeitos envolvidos em sua integralidade.

Assim, ao discorrer sobre a transformação Constitucional e histórico-social da América Latina, o artigo aborda o primeiro período do Constitucionalismo latino-americano (1810-1850), passando pelo constitucionalismo fundacional e social (1850-1950) e o período do final do século XX, em que os Direitos Humanos, a ditadura e o hiperpresidencialismo são marcas do constitucionalismo na América do Sul. Logo após, abordou-se o constitucionalismo pluralista e a ideia de Estado Plurinacional, introduzida de modo inédito na região sul-americana e que levou a conclusão acerca da existência do hiperpresidencialismo como latente nos modelos constitucionais neste continente.

Ante o exposto, a leitura do presente trabalho permite uma percepção divergente da exposta tradicionalmente no âmbito acadêmico, a qual se prende, em sua maioria, aos estudos com referências e comparações europeias. Ademais, permite uma reflexão sobre o histórico social das Constituições latino-americanas, bem como os seus fatores de impacto tanto em relação ao regime democrático, quanto ao regime autoritário.

## **2. A TRANSFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL E HISTÓRICO-SOCIAL DA AMÉRICA LATINA. O CONSTITUCIONALISMO PÓS-COLONIAL (1810-1850).**

Como já evidenciado, o Direito se desenvolve essencialmente a partir do desenvolvimento histórico e social de determinado período. Não foi diferente com a história constitucional rica, grandiosa e desafiadora da América do Sul, considerado o continente mais desigual do mundo, segundo o Panorama Social da América Latina 2018 (CEPAL, 2018).

*Prima facie*, destaca-se que as primeiras Constituições na América Latina foram elaboradas após a declaração de independência dos povos latinos, delineado no período entre 1810 e 1850, em que nota-se resquícios da colonização em seus próprios dispositivos, haja vista ser impossível desvincular a história de colonialidade (QUIJANO, 2005) dos países latino-americanos da colonialidade presente em seus primeiros processos constituintes.

O confronto entre a experiência histórica e jurídica na América Latina, fruto de uma perspectiva eurocêntrica de conhecimento, permite apontar elementos que ajudam na compreensão de como o colonialismo subsistiu mesmo após a independência política, dando lugar ao que Aníbal Quijano definiu como colonialidade do poder (QUIJANO, 2005).

Basta-se olhar para as experiências político-jurídicas dos países latino-americanos para notar a colonização como ponto em comum na construção do sistema jurídico e estatal de países que foram submetidos a espaços subalternos perante o globo. E que, especialmente no Brasil, não enalteceu suas particularidades em seus textos normativos, tampouco objetivou a tutela de sua cultura e de sua população originária, pelo menos até a Constituição de 1988, uma das constituições que marcou o início do constitucionalismo pluralista no continente latino-americano, o qual será desenvolvido no próximo capítulo.

Gargarella contribui significativamente para a compreensão da história constitucional do continente, sobretudo nesse primeiro período do Constitucionalismo, quando apresenta três concepções sobre o constitucionalismo latino-americano pós independência, o qual recebe o nome de constitucionalismo de fusão (2017, p.14).

Esse fenômeno abarca três posições: uma posição republicana, uma posição liberal e uma posição conservadora.

O modelo constitucional conservador teve um símbolo capaz de dar-lhe um conceito muito completo e fidedigno: a cruz e a espada. A cruz representava a necessidade de um projeto moral, e a espada, por sua vez, representava a certeza da necessidade de recorrer à força para que houvesse ordem. Estas premissas podem ser visualizadas nas Constituições do Chile de 1823 e de 1833, por exemplo, e nas da Colômbia de 1843 e 1886, do Equador de 1869 e do México de 1843, em que pese ter sido esse modelo o de maior adaptação e durabilidade nos textos constitucionais da região latina. Essa concepção foi pautada por suas posições: o elitismo político e o perfeccionismo moral, caminhando no sentido de seguir valores "supraindividuais e extracomunitários" (GARGARELLA, 2017, p.14).

A segunda posição, nomeadamente a do modelo republicano, percebe-se uma tendência em reivindicar o ideal do autogoverno, marcado por um modo de organização constitucional totalmente ligado ao momento independentista. Somado a influência das revoluções europeias de 1848, reiterou-se nesse modelo a questão da autodeterminação democrática. Essa onda repercutiu em toda América do Sul, mas teve lugar especialmente na Colômbia, Chile e Peru. Duas importantes vertentes da concepção republicana são reveladas por Gargarella (2017, p. 15) como o majoritarismo político e o populismo moral, as quais advêm do radicalismo latino-americano e demonstram oposição ao conservadorismo.

Por fim, a posição liberal privilegiou o ideal da autonomia individual, baseando-se fortemente na ideia do equilíbrio do poder e neutralidade do Estado.

Esse ideal pode ser visto fortemente no processo constituinte brasileiro de 1822, o qual ensejou a Carta Constitucional de 1824. Com inspiração no liberalismo francês, fruto da Revolução Francesa, a Assembleia Constituinte desta época se pautava totalmente no liberalismo colonial, garantindo uma amplitude de direitos individuais nos 35 incisos do art. 179 que refletia um elitismo conservador e censitário de direitos políticos (NETO; SARMENTO, p. 101), uma vez que excluía totalmente indígenas e escravizados, os quais representavam aproximadamente 2 milhões de pessoas. Dessa forma, foi caracterizada por Marco Antônio Villa (2011) como uma Constituição liberal, monárquica e escravista.

Também pôde se ver os traços do liberalismo nas constituições da Argentina, de 1826; do Peru, 1823 e de Nueva Granada, de 1830. Essa manifestação com o compromisso liberal no continente revela um esforço em busca da organização do sistema institucional contra os riscos apresentados pelas concepções conservadora e republicana. Assim, foi a posição liberal que introduziu a descentralização do poder antes concentrado em uma única autoridade política, além de limitar os poderes do Chefe do Executivo.

Em seguimento a essa corrente, os acontecimentos sociais e políticos na América do Sul, vivenciados pelo enfrentamento de liberais e conservadores, cederam espaço para uma fusão liberal-conservadora, impactando as constituições do continente com um conteúdo fundido das duas posições, em sua maioria como expressão de movimentos pró-democráticos, com exceção e destaque ao Chile. Ali, a união de liberais e conservadores foi propiciada pelo aumento do autoritarismo (GARGARELLA, 2017, p. 25), cujas particularidades serão esmiuçadas no terceiro capítulo.

Em síntese, o primeiro constitucionalismo latino-americano pôde ser compreendido como uma verdadeira fusão de ideias variadas, como a definição de um sistema de freios e contrapesos, a definição de uma organização centro-federal, consagração da tolerância de cultos e o triunfo da fusão liberal-conservadora após um período de conflitos, todas particulares fundamentais que o diverge de todos os períodos subsequentes.

### **3. A TRANSFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DA AMÉRICA LATINA E O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL. DIREITOS HUMANOS, DITADURAS E A PRESENÇA DO HIPERPRESIDENCIALISMO.**

Muitos foram os impactos dos ideais do constitucionalismo liberal-conservador para os povos latino-americanos, o que gerou significativos percalços até que finalmente surgisse o movimento reformista que deu cabo ao Constitucionalismo social. Apesar de passado o período pós-colonial, o liberalismo fomentou sequelas deixadas pelo período pré-independência e não foi capaz de atribuir liberdade também aos povos subalternizados, fazendo manutenção dos ideais libertários apenas à elite (GARGARELLA, 2017, p. 26).

Quando olhamos para a experiência constitucional brasileira, especialmente para o contexto social que levou a promulgação da Constituição de 1891, verifica-se que a escravidão era a instituição que movia tanto a sociedade quanto a economia no Brasil. O seu fim, na teoria, só ocorreria com a Lei Áurea em 13 de maio de 1888, o que tornou o país o último do Ocidente a abolir oficialmente o trabalho escravo (VERSIANI; NOGUERÓL, 2016).

No entanto, como se reflete até os dias atuais, a Lei Áurea não foi suficiente para inclusão da população escravizada na sociedade, tampouco nos espaços de poder, que já eram extremamente elitizados e dominados majoritariamente por homens, brancos e burgueses.

Foi nesse contexto que a Constituição brasileira de 1891, com seus 90 dispositivos, foi caracterizada como essencialmente liberalista, republicana e moderada (NETO; SARMENTO, 2014).

Para além do contexto brasileiro, o constitucionalismo liberal trazia consigo um projeto de sujeição indígena, em que, à luz do entendimento de Raquel Fajardo (2011), se expressou sob três métodos: o primeiro, com o convertimento dos indígenas em cidadãos civis tutelados por direitos individuais a partir da dissolução dos povos indígenas; o segundo, através da redução e catequização dos indígenas que não haviam sido colonizados, a quem as Constituições os chamavam de "selvagens", ou "silvícolas", e, por fim, o método de promoção de guerra ofensiva e defensiva contra as nações indígenas.

O constitucionalismo individualista somente foi questionado com o horizonte do constitucionalismo social, inaugurado pela Constituição mexicana de 1917, a partir de uma revolução popular triunfante, que, pela primeira vez no mundo, incorporou direitos sociais como garantia constitucional. Assim, a onda propagada pelo constitucionalismo social no Sul Global, de certo modo, possibilitou o reconhecimento das comunidades originárias e seus direitos coletivos a terra, dentro de um marco integracionista (FAJARDO, 2011, p. 140), que tinha como objetivo a integração dos indígenas ao Estado e a economia.

Alguns fatores foram determinantes para a ascensão do constitucionalismo social na América e para o impulso de reformas sociais que ocorreram gradualmente, após o protagonismo do México, como a Constituição da República de Weimar em 1919, a criação da Organização Internacional do Trabalho, também em 1919, além do crescimento do Estado de Bem-estar e da visão econômica keynesiana (GARGARELLA, 2017, p. 28).

Contudo, a Constituição do México, promulgada em 5 de fevereiro de 1917, não inaugurou somente questões sociais no constitucionalismo latino-americano, mas também a combinação de modelos constitucionais diversos e contraditórios entre si. Isso porque,

embora em seu conteúdo normativo, de modo inédito, tenha sido apresentadas garantias trabalhistas, a robustez da reforma agrária, a garantia de ensino público e gratuito, entre outros, também notou-se que a organização política da Constituição trouxe consigo o velho modelo liberal e individualista do período anterior, mantendo os traços de um hiperpresidencialismo regional (GARGARELLA, 2017, p. 29), característica relevantíssima para a compreensão dos futuro rumo constitucional e político da América Latina.

Apesar desse contraponto, não há como negar o brilhantismo da Constituição mexicana de 1917 para a América Latina e para o mundo. O resultado desse extraordinário passo era reconhecido pelos constituintes, sobretudo pela Comissão responsável pela parte social do texto constitucional (NORIEGA, 1988). Estavam cientes da importância das tutelas transcritas em cada dispositivo daquele documento, como o exemplo do art. 27, que estabeleceu a soberania nacional sobre seus recursos naturais e construiu uma base para uma profunda reforma agrária.

Conquistas como o estabelecimento de duração máxima da jornada de trabalho, condições especiais para trabalhos noturnos e condições mínimas de salubridade também inspiraram as constituições seguintes no continente sul-americano, como a do Brasil em 1934 e 1937; da Bolívia em 1938; da Argentina em 1949, entre outras (GARGARELLA, 2017).

Ocorre que, como reverenciado, ao passo que a América Latina conquistou direitos sociais constitucionais, concomitantemente experienciou um modelo híbrido, repleto de contradição com as recentes conquistas. Assim, notou-se um diálogo entre garantias constitucionais sociais de grande peso para o desenvolvimento latino-americano e um extremo autoritarismo que marcou um período de violência política no Sul Global (GARGARELLA, 2017).

Desse modo pode-se ver a Constituição brasileira de 1934 e de 1937. Na primeira, destaca-se diversas medidas sociais marcantes que foram adotadas, sobretudo para as minorias, como a proibição de diferença salarial pelo mesmo trabalho e a proibição de trabalho para menores. Ademais, editou-se um Código Eleitoral, que foi responsável pela criação da Justiça Eleitoral e do voto secreto, ampliando o direito de voto às mulheres, o qual foi consolidado na Constituição de 1934 (DEPUTADOS, 1934).

Apesar desse último representar um grande avanço na democratização dos espaços de poder por mulheres, os traços da colonialidade se fizeram presentes nesse processo. Isso porque, mais uma vez, o estruturante de raça foi determinante. Praticamente só as mulheres brancas votavam, haja vista que as mulheres negras ainda estavam em uma luta para serem consideradas como pessoas (RIBEIRO, 2018, p. 52). Então, apesar do mérito que esse marco merece, evidencia-se que o racismo estrutural mais uma vez teve lugar nesse processo.

Ainda sobre os avanços sociais, uma maior consciência decolonial foi identificada na Carta de 1934, em que houve o reconhecimento de falhas advindas da ausência de políticas voltadas para a cultura e particularidades do povo brasileiro, conforme se vê dos Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1933 (1936, p. 249):

Se a Constituição de 91 se tivesse inspirado mais nos nossos costumes e nas características da nossa raça; se tivesse preocupado mais com o Brasil, com a administração pública, do que com a técnica e a pureza do regime, teríamos tido governos bons e teríamos vivido melhores dias.

Na mesma Assembleia Nacional Constituinte, na fala do constituinte Sr. Lauro Passos (1936, p. 374), pode-se verificar também uma crítica ao eurocentrismo:

Enquanto se não criarem esses núcleos culturais que honram a civilização americana, que elevam hoje a raça mexicana e para que se volveram, com toda a intensidade, os governos revolucionários da Rússia Soviética, todo o esforço brasileiro é baldado por mais que se ergam nos centros administrativos, industrias e comerciais do País, toda sorte de escolas que reflitam apenas o brilho da intelectualidade europeia ou americana.

Esse pensamento crítico pôde ser visto nos dispositivos da Constituição. Pela primeira vez na história constitucional brasileira, os indígenas foram citados. No artigo 5º, inciso XIX, alínea "m", versou-se sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (DEPUTADOS, 1934). Por silvícolas entende-se aquele que vive nas florestas, indígena.

Ademais, tratou-se sobre o reconhecimento das terras indígenas no artigo 129, destinando, ainda, uma quantia orçamentária fixa para a defesa contra os efeitos das secas do Norte no artigo 177 (DEPUTADOS, 1934).

Muito embora tenha apresentado diversas rupturas e avanços sociais, a Constituição de 1934 vigorou apenas até novembro de 1937, quando foi outorgada a Carta do Estado Novo, por ocasião do golpe de Estado de Getúlio Vargas. Para o então Presidente, a Constituição de 1934 enfraquecia o poder político (MENDES; BRANCO, 2008, p. 168) e detinha falhas ensejadas pela influência do liberalismo e do sistema representativo. Essa conexão entre a potencialidade proporcional do constitucionalismo social com o reforço do presidencialismo (GARGARELLA, 2017, p. 33) começa a revelar conclusões acerca dos processos democráticos cíclicos na América Latina.

Tal relação pode ser compreendida sob a ótica dos marcos que levaram a Constituição de 1934 e a de 1937. A primeira, motivada pela ascensão política de Luís Carlos Prestes, pela Guerra Civil de 1932 e pelos levantes trabalhistas, teve como oposição a Constituição de 1937, que pode ser lida como uma reação à ideia comunista fomentada e liderada por Prestes em 1935. Dessa comparação pode-se compreender os ciclos latino-americanos marcados por regimes políticos centralizados em subsequência a conquista de direitos sociais.

Essas reações autoritárias ao constitucionalismo social impactaram um terceiro período do constitucionalismo extremamente importante para compreensão da história constitucional da América Latina em sua amplitude: o constitucionalismo no final do Século XX.

A vivência da crise política e dos direitos humanos marcou o avanço das ditaduras e governos autoritários na América Latina que, por sua vez, deu cabo ao constitucionalismo militar. Destaca-se os casos do Chile e do Brasil, que são capazes de ilustrar a influência direta desse constitucionalismo sobre a vida política da região (GARGARELLA, 2017, p. 37).

O mesmo efeito visto no constitucionalismo chileno à época, entre o período da ditadura e pós-ditadura, também pode ser identificado na experiência brasileira, que teve desafios e trilhos semelhantes.

A Constituição Federal de 1967, promulgada por ocasião do golpe civil-militar de 1964, também adveio da ideia de reorganização da vida política do país, tendo como principal característica a concentração do poder (NETO; SARMENTO, 2014).

Após longos meses de retrocesso democrático, foi outorgada uma nova Constituição em 1969, através da Emenda Constitucional nº 1. Nesse texto, que manteve expressamente o AI-5, houve modificações significativas em relação ao funcionamento dos poderes e no campo dos direitos fundamentais, com claros retrocessos para o Estado Social de Direito (NETO; SARMENTO, 2014).

Assim, quando recuperada a democracia, seguindo o efeito chileno de tentativa de ruptura com o constitucionalismo militar e suas duras consequências, os brasileiros também impulsionaram uma reforma para repassar e corrigir as sequelas autoritárias marcadas pelo texto constitucional militar. No entanto, a solução encontrada pelo Brasil divergiu ao promulgar uma nova Constituição democrática, ao invés de tão somente reformar os dispositivos já existentes. Desse modo, a Constituição de 1988 pode ser lida como uma reação diante do constitucionalismo promovido pelos militares (GARGARELLA, 2017, p. 38).

Ao mesmo tempo que manteve o presidencialismo reforçado da Constituição militar (LIMONGI, 2008), a nova Constituição democrática brasileira se diferenciou significativamente da anterior por meio de mudanças paradigmáticas e garantias que marcaram o início do constitucionalismo pluralista na América Latina.

#### **4. CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA E ESTADO PLURINACIONAL: NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO?**

As reformas constitucionais ocorridas entre o final do século XX e início do século XXI, especificamente dos anos de 1980 a 2010, marcam uma fase de pluralismo jurídico na América Latina, a qual pode ser compreendida sob a luz da sistematização desenvolvida por Raquel Fajardo (2011) em três ciclos: do constitucionalismo multicultural, constitucionalismo pluricultural e do constitucionalismo plurinacional.

A partir da promulgação dessas Cartas Constitucionais, acreditou-se que houve a promoção da resignificação do Estado e da reconfiguração da ordem constitucional existente até então (ACUNHA, 2017, p. 19), firmando o que havia sido nomeado como Novo Constitucionalismo Latino-americano. Entretanto, conforme passará a se demonstrar, alguns fatores podem ser considerados impeditivos fortes o suficiente para criarem um óbice a uma verdadeira reforma constitucional no continente Sul-Americano.

A Constituição brasileira de 1988 é uma das Cartas que marcam o primeiro ciclo de reformas constitucionais na América Latina: o constitucionalismo multicultural. Esse ciclo abarca as reformas constitucionais ocorridas de 1982 a 1988, em que verifica-se a introdução do conceito de diversidade cultural e é reconhecida a configuração multicultural e multilíngue da sociedade, bem como o direito à identidade cultural, como pode ser visto na Constituição Federal brasileira de 1988.

De forma inédita, essa Constituição efetivou o sentimento de pertencimento latino-americano, dispondo, em seu 4º artigo, sobre a busca pela “integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina”. Mais que um princípio, este dispositivo significou a determinação do início do processo de formação de uma comunidade de nações (VILLA, 2011, p. 82).

Como modo de retificação da Constituição autoritária anterior, a Carta de 1988 foi responsável por uma série de evoluções a nível de direitos fundamentais sociais, além de ter marcado o início de um processo de rompimento com a colonialidade do poder no que diz respeito à tutela de povos originários, uma vez que rompeu, finalmente, com a utilização do termo “silvícola”, presente nas Constituições anteriores para se referir aos indígenas.

De forma inovadora, os povos originários receberam atenção especial dos constituintes, como a determinação de exclusividade da União para legislar sobre as populações indígenas, que se depreende da Constituição Federal de 1988.

Atualmente, um total de 11.079.252,74 hectares são terras indígenas tradicionalmente ocupadas, segundo a FUNAI (2020). Esse número expressivo demonstra não somente a relevância da atribuição de direitos constitucionais aos povos originários, mas também marca o primeiro ciclo do constitucionalismo pluralista na América Latina (FAJARDO, 2011, p. 141): o ciclo do constitucionalismo multicultural.

Não obstante as conquistas em termos de direitos fundamentais e representatividade originária que a Constituição de 1988 trouxe, surgindo na história constitucional brasileira como um “marco zero de um recomeço” (BARROSO; BARCELLOS, 2005), destaca-se que o potencial presidencialismo herdado da ditadura não foi de todo ressignificado nessa Carta.

Esse ponto demonstra a influência indireta dos governos autoritários do constitucionalismo militar sobre os desenvolvimentos constitucionais subsequentes, não somente no Brasil, mas em toda a região latino-americana. Essa influência justifica e auxilia na identificação do hiperpresidencialismo presente na América do Sul, o qual pode ser apontado como um dos responsáveis pela instabilidade política da região (GARGARELLA, 2017).

Surge, a partir disso, a indagação acerca da responsabilidade do texto constitucional promulgado, ou nomeadamente do próprio constitucionalismo, sobre a instabilidade política que se via sempre subsequente a reformas constitucionais na região sul-americana. No entanto, essa questão somente poderá ser respondida por completo no fim deste capítulo, haja vista que as reformas constitucionais advindas nos próximos ciclos do constitucionalismo pluralista são essenciais para a compreensão da relação entre o hiperpresidencialismo e o constitucionalismo latino-americano (GARGARELLA, 2017).

As reformas constitucionais desenvolvidas entre 1989 e 2005 dão espaço ao constitucionalismo pluricultural. Nesse segundo ciclo, é desenvolvido, de modo inédito, o conceito de Estado pluricultural, em que se enquadram as Constituições da Bolívia de 1994 e do Equador de 1996 e 1998 (FAJARDO, 2011).

Nessa fase, o pluralismo e a diversidade cultural são convertidos em princípios constitucionais, a fim de efetivar os direitos originários, tanto de indígenas, como de afrodescendentes, quilombolas, e demais populações originárias. As Constituições que estão neste ciclo do pluralismo jurídico, incorporam em seus textos normativos uma gama de direitos indígenas, sobretudo pela adoção ao Convênio 169 da Organização

Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais em países independentes, ocorrido em 1989 (FAJARDO, 2011).

Tais direitos indígenas vão de encontro a garantias mais efetivas aos povos originários, como a oficialização de idiomas indígenas, a educação bilingue intercultural e o direito sobre as terras povoadas por esta população. Além disso, as Constituições que se enquadram neste ciclo reconhecem as próprias normas indígenas, concedendo-lhes autoridade e reconhecimento, de modo a colocar em causa a soberania clássica conhecida pelo monopólio estatal de produção de direitos (FAJARDO, 2011).

As Constituições da Colômbia de 1991, do Peru em 1993, da Bolívia de 1994 e do Equador de 1996 e 1998 se enquadraram neste ciclo pluricultural do constitucionalismo latino-americano (FAJARDO, 2011, p. 143), incluindo em seus textos normativos o reconhecimento do pluralismo jurídico interno.

Sem embargo, Raquel Fajardo demonstra, ainda, que o multiculturalismo e a tutela indígena adotada pelas Constituições nesse ciclo foram paralelos a outras reformas constitucionais ocorridas na América Latina. Com o marco da globalização, essas reformas objetivavam facilitar a implementação de políticas neoliberais responsáveis pela flexibilização do mercado e a abertura das transnacionais, conforme ocorrido na Bolívia (FAJARDO, 2011).

Assim, se por um lado foram reconhecidas maiores garantias aos povos originários, por outro, possibilitou a instalação de corporações transnacionais em territórios indígenas com o objetivo de realizar atividades extrativas, dando espaço para maiores violações e conseqüente subtração dos direitos conquistados nesse ciclo constitucional. Essa contradição, nesse momento do constitucionalismo, pode ser vista como uma faísca que futuramente ensejará um incêndio na possibilidade de uma estabilidade política na região, conforme se verá no desenvolvimento histórico subsequente.

As Constituições promulgadas entre 2006 e 2009 englobam o terceiro ciclo do constitucionalismo pluralista, em que são abordados especificamente os processos constituintes da Bolívia e Equador. A contextualização histórica e social desse ciclo é relevante especialmente para compreender o caminho percorrido até se redigirem e promulgarem essas Constituições, que sinalizam o que muitos consideraram como o "Novo Constitucionalismo latino-americano".

As reformas ocorridas neste horizonte pluralista se dão no contexto da aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, ocorrido entre 2006 e 2007.

Neste ciclo, as Constituições da Bolívia e do Equador promovem uma ressignificação do Estado através do reconhecimento das raízes indígenas que foram ignoradas em marcos históricos anteriores, como o da república. A partir deste ciclo, os povos originários são reconhecidos como nações originárias ou nacionalidades com autodeterminação, demonstrando a evolução quanto ao reconhecimento anterior que os classificavam apenas como “culturas diversas” (FAJARDO, 2011, p. 149).

Esse acontecimento proporciona aos povos originários o reconhecimento enquanto sujeitos políticos coletivos, com direito a definir seu destino, a terem governos autônomos e a participarem de pactos estatais, configurando o Estado como um Estado plurinacional (FAJARDO, 2011).

A definição de Estado plurinacional não diz respeito somente a um Estado que reconhece direitos indígenas. Esse reconhecimento já ocorria desde o primeiro ciclo do constitucionalismo pluralista, do qual a Constituição do Brasil de 1988 faz parte. Mais do que isso, o Estado plurinacional corresponde ao resultado de acordos entre povos e coletivos, que, por sua vez, se erguem como sujeitos constituintes no Estado a que pertencem. Desse modo, junto a outros povos e de forma coletiva, são detentores do poder de definição de um novo modelo de Estado e de relações entre povos (FAJARDO, 2011).

Assim, os cidadãos podem não somente recorrer ao Estado por direitos sociais, mas participar do processo de atribuição de direitos que incorporam a perspectiva indígena, como o direito à água, ao “buen vivir” e a segurança alimentar (FAJARDO, 2011, p. 149). Não obstante, o conceito de “Buen vivir” como elemento estruturante dos novos textos certamente é uma das maiores e mais relevantes mudanças incorporadas às novas reformas constitucionais na América Latina.

Para Roberto Viciano Pastor e Rubens Martínez Dalmau (2010), esse momento constitucional é especial sobretudo pelas mudanças substanciais na cultura constitucional experienciada até então. As Cartas de países como Equador e Bolívia, os quais se destacaram nesse ciclo constitucional, demonstram uma maior preocupação em atender às demandas locais, do que em seguir as teorias constitucionais clássicas, como tradicionalmente visto.

O constitucionalismo pluralista colocou em evidência não somente a inclusão de povos indígenas, mas também ampliou os direitos de outras minorias, de forma que alcançassem setores sociais até então sem possibilidade de participação na vida política.

Desse modo, os novos conceitos incluídos nos textos constitucionais latino-americanos, promulgados desde a década de 1980, firmaram um compromisso social e trouxeram esperança de reduzir as desigualdades e reconhecer direitos dos que estiveram durante toda a história ocupando espaços subalternos.

Portanto, percebe-se que, para além do grande impacto social para a América Latina, alguns outros fatores, os quais serão desenvolvidos no subcapítulo posterior, determinaram que a promulgação das Cartas Constitucionais do terceiro ciclo, denominado constitucionalismo plurinacional, dessem cabo ao que foi considerado como o “Novo constitucionalismo latino-americano”.

## **5. NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E HIPERPRESIDENCIALISMO**

Um marco fundamental da ruptura com o modelo tradicional de Constituição, que fez jus a titulação de “Novo Constitucionalismo latino-americano”, para Gladstone Júnior (2018), seria a ocupação de espaços de poder centrais por atores políticos tradicionalmente subalternizados na história constitucional, como os povos originários, que foram protagonistas da grande transformação da concepção de Estado no Sul Global.

Sob outra ótica, Viciano Pastor e Martínez Dalmau (2010, p. 12) afirmam que o Novo Constitucionalismo no Sul global significaria uma necessidade da sociedade latino-americana de novos marcos jurídicos, de modo que os novos processos constituintes plurinacionais tinham em comum uma ativação do poder constituinte originário da população. A partir dessa ativação, sustentam que o novo modelo constitucional traz consigo, sobretudo, a simbologia do rompimento com o estado de coisas anterior, atribuindo legitimidade aos processos democráticos vivenciados.

Desse modo, o Novo Constitucionalismo latino-americano representa “uma marginalização do poder constituinte constituído ou derivado em prol de mecanismos que reclamem a participação popular para a modificação da Constituição.” (ACUNHA, 2017, p. 83).

Assim, o Novo Constitucionalismo latino-americano, para Fernando Acunha, traria consigo a pretensão de alterar a base material de suas sociedades através da transformação da realidade socioeconômica das populações, e, por outro lado, a pretensão de reconfigurar a ordem democrática no exercício do poder político e no modo de produção do direito, por intermédio de uma mudança da organização hierárquica dessas sociedades, invertendo a lógica de ocupação de poder no sistema político, jurídico e econômico (ACUNHA, 2017, p. 19).

Entretanto, é inegável que o atual contexto político e social de países que foram enquadrados no constitucionalismo plurinacional, como a Bolívia e o Equador, enseja o questionamento acerca do avanço das instituições democráticas, haja vista que apesar das importantes reformas constitucionais, continuam atravessando crises econômicas e instabilidade política. Esses processos constituintes, em que pese tenham garantido uma ruptura colonial e a ocupação de espaços de poder por atores tradicionalmente

subalternizados, não teriam trazido consigo práticas políticas de concentração exacerbada de poder, e conseqüente afastamento da democracia?

É paradoxal que o mesmo processo constituinte que conferiu pluralidade ao Estado, assegurou e aumentou exponencialmente os direitos constitucionais dos povos originários, também tenha fortalecido a concentração de poder nesses países.

Apesar da legitimidade conferida ao processo constituinte que deu à luz o Novo Constitucionalismo latino-americano, é necessário indagar se houve, de fato, um rompimento com o modelo constitucional.

Isto porque as reformas de regime na América Latina, de um modo geral, sempre mantiveram a centralização do exercício do poder constituinte. Esse resultado pode ser explicado pelo fato de que, nem mesmo o Estado Plurinacional e a nova ordem constitucional foram capazes de alterar a parte mais sensível dos textos constitucionais, em que possibilita a reforma na organização do Estado e de seu poder.

Para Gargarella (2011), existe a compreensão de que a Constituição se divide em duas partes complementares: A parte orgânica e a parte dogmática. A primeira é responsável pelas disposições normativas que estruturam o poder e o Estado. Em contrapartida, a segunda dispõe as normas que regulamentam e garantem os direitos constitucionais fundamentais. Assim, entende-se que as reformas efetivas ocorrem com uma mudança efetiva na primeira parte, a orgânica, em que ele define como “a sala de máquinas” da Constituição.

Aplicando os ensinamentos de Gargarella para a compreensão das transformações trazidas pelo Novo Constitucionalismo Latino-Americano, conclui-se que este não foi realmente capaz de estabelecer um novo modelo constitucional no continente, haja vista que não alterou a “sala de máquinas”, como ele conceitua, das Constituições.

Recorre-se a Landau para compreender que, a reforma da parte dogmática, ignorando a necessidade de reforma na parte orgânica, seja através da limitação do poder, seja através da descentralização deste, incorre em grande risco para as instituições democráticas. Isto porque a ausência de preocupação com a limitação dos poderes ou sua descentralização, aduz em uma acumulação autoritária, cedendo espaço para um constitucionalismo abusivo (2012, p. 936).

Sob o prisma da Economia, a concentração de poder político na realidade latino-americana, sobretudo na Bolívia e no Equador, em conjunto com a desigualdade social presente na região, são fatores capazes de dificultar a continuidade de governos e provocar crises institucionais, ainda que a região tenha passado por reformas que transformaram o modelo constitucional em termos de direitos fundamentais. A partir desse entendimento,

pode-se concluir pelo crescimento proporcional da concentração de poder em paralelo com as reformas orgânicas do texto constitucional (GARGARELLA, 2017).

A partir dessas conclusões, torna-se possível responder à indagação feita no início deste capítulo acerca da responsabilidade do constitucionalismo sobre a instabilidade política na região sul-americana:

O presidencialismo – ou mais precisamente o hiperpresidencialismo –, foi considerado o fator fundamental e mais importante que ajudava a explicar, a partir do constitucionalismo, os níveis de instabilidade política que haviam sido registrados durante todo o século na região (NINO, 1987; LINZ; STEPAN, 1978; LINZ; VALENZUELA, 1994 apud GARGARELLA, 2017).

Assumindo, a partir disso, uma resposta afirmativa acerca da responsabilidade do constitucionalismo sobre a concentração de poderes que gera instabilidade política de um país, qual papel teria o constitucionalismo ou a própria Constituição em uma possível limitação de poder? Viciano Pastor e Martínez Dalmau consideram que as formalidades jurídicas são apenas o meio para aquele fim: o da limitação do poder:

*Al fin y al cabo, el Derecho constitucional no es otra cosa que la actividad jurídica que ha seguido a un modelo histórico de limitación y legitimidad del poder (constituido); esto es, del gobierno. Y, en este sentido, por la propia naturaleza de la legitimidad y la limitación de este poder, debe más a los procesos políticos que a las formalidades jurídicas, que sólo son un medio para aquel fin (PASTOR; DALMAU, 2011, p. 2)*

Essas conclusões apenas ratificam o quão contraditórias foram as reformas do período analisado, uma vez que, por um lado, ter-se-ia “uma constituição que propicia a democratização da sociedade por meio de direitos horizontais, mais expandidos; e, por outro, uma constituição que bloqueia esses impulsos democratizadores, mantendo uma organização do poder verticalizado e concentrado em poucos” (GARGARELLA, 2017, p. 47).

Diante disso e à luz dos dados demonstrados pelos estudos em Direito Constitucional Comparado, depreende-se que o período marcado pelo “Novo constitucionalismo latino-americano” e todas as reformas que dele foi fruto, insistiram em um poder político concentrado, o que passou a definir o constitucionalismo na América Latina no geral.

Assim, afirma-se a existência de um “modelo de poder presidencial propriamente latino-americano, que inclui um poderoso papel do presidente na área legislativa e ao mesmo tempo amplos poderes de emergência” (CHEIHUB; ELKINS; GINSBURG, 2011, p. 1730).

A concentração do poder em poucos, mantendo uma organização em sentido vertical, ao mesmo passo que há uma proporção de direitos horizontais, que abrangem a pluralidade de todo um povo, é minimamente contraditório, o que enseja na indagação do por que, ao longo do tempo, os constituintes da América Latina tiveram iniciativas de constituições que trariam ciclicamente e insistentemente esse tipo de iniciativa, trazendo uma grande tensão para a estabilidade política dos Estados.

Antes mesmo de tentar-se responder a esse questionamento, reafirma-se o que já havia sido introduzido na primeira fase do constitucionalismo pluralista, quando da adoção do multiculturalismo nos anos de 1980 a 1990: as Constituições que assumem compromissos contraditórios geram tensões internas inenarráveis. Assim foi pontuado por Raquel Fajardo (2011) ao identificar a contradição entre o multiculturalismo e a tutela indígena adotada pelas Constituições desse período, em paralelo ao marco da globalização, que trouxe reformas facilitadoras da implementação de políticas neoliberais responsáveis pela flexibilização do mercado e a abertura das transnacionais, como foi o caso da Bolívia.

Assim, retomando o questionamento acerca das causas que levaram constitucionalistas latino-americanos a optarem continuamente por modelos de Constituições contraditórias, mesmo quando já havia se identificado as problemáticas do hiperpresidencialismo, recorre-se, mais uma vez, a Gargarella, que identifica um fator relevantíssimo por meio de uma analogia à “sala de máquinas” da Constituição (GARGARELLA, 2017, p. 57):

Todo o analisado anteriormente nos fala da significativa e – ao mesmo tempo – da limitada tarefa exercida por aqueles que trabalharam nos recentes processos de reforma constitucional: eles não puderam e não quiseram ir tão longe como, talvez, seria necessário fazê-lo para assegurar a tais reformas a potência transformadora que se pretendia que tivessem.

Portanto, concluído que as reformas na parte dogmática, não obstante sua necessária relevância social, não são suficientes para tornar o poder mais descentralizado, e conseqüentemente estável do ponto de vista político, e, ainda, que as mudanças efetivamente transformadoras ocorrem com a mudança na parte orgânica da Constituição (GARGARELLA, 2011), a omissão dos constituintes acerca da necessidade de reforma na

organização do poder deixa o futuro das sociedades democráticas sob a iminência do mesmo elitismo que era presente no constitucionalismo latino-americano pós colonização.

De toda sorte, o mundo contemporâneo atual, apesar de instável politicamente, nos traz esperança de alcançar a estabilidade a partir da transformação na organização do poder na América Latina.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

À luz de todo o exposto durante o desenvolvimento da pesquisa, buscou-se demonstrar a relação existente entre o Direito e a História, mas, sobretudo, o quanto o poder está conectado a estes.

Assim, desde o constitucionalismo pós-colonial, iniciado em 1810 no continente latino-americano, até o constitucionalismo atual, vislumbra-se que o poder, o Direito e a História estiveram relacionados. Desse modo, todo o desenrolar dos textos normativos no continente sul-americano ocorreu mediante reflexo do contexto histórico-econômico e cultural vivido à época.

O primeiro ciclo do constitucionalismo latino-americano foi fortemente marcado pelo liberalismo, fruto da inspiração da Revolução Francesa, mas também pôde ser compreendido pela fusão de ideias variadas que surgiram a partir da demanda social do período marcado entre 1810 e 1850. Em seguida, o constitucionalismo fundacional e social também demonstra o reflexo social vivido e a relação do Direito, História e poder do constitucionalismo que, no período entre os anos de 1850 e 1950, teve como protagonista na América Latina a Constituição do México de 1917.

Isso pois, o individualismo presente no contexto social do passado passou a ser questionado, possibilitando o reconhecimento de comunidades originárias e demais direitos sociais coletivos pela primeira vez na história da América Latina. Assim, o constitucionalismo pós-social, especificamente do final do Século XX, teve como marca a concentração de poder e o nacionalismo, conforme pôde-se aferir das experiências constitucionais da Argentina, Brasil e Chile, que experienciaram o constitucionalismo militar.

Em ato contínuo, as reformas constitucionais ocorridas para restabelecimento da democracia e garantia de Direitos Humanos, em conjunto com o poder dos movimentos sociais, impactaram uma fase pluralista na região, a qual, em atenção à sistematização de Raquel Fajardo (2011) teve três ciclos: o constitucionalismo multicultural, constitucionalismo pluricultural e o constitucionalismo plurinacional.

Concluiu-se, desse modo, que o constitucionalismo pluralista, ao mesmo tempo que foi determinante para a garantia e reconhecimento inédito de direitos indígenas, apresentou-se contraditório, haja vista que também ensejou em uma organização de poder concentrado e verticalista, responsável por diversas crises institucionais no continente. Nessa linha, concluiu-se que o “Novo Constitucionalismo latino-americano”, portanto, transpareceu um modelo de poder presidencial característico do povo latino-americano, qual seja, o hiperpresidencialismo.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **CONSTITUCIONALISMO, AUTORITARISMO E DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA. As recentes Constituições da Bolívia e do Equador e a persistência das tradições do constitucionalismo latino-americano.** Tese de Doutorado em Direito. Universidade de Brasília. Brasília, 2017.

CEPAL. **Panorama Social da América Latina.** 2018. Disponível em: <[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44412/1/S1801085\\_pt.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44412/1/S1801085_pt.pdf)>. Acesso em 10/07/2023.

CHEIHUB, José Antonio; ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom. **Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective.** Texas Law Review, v. 89, n. 7, p. 1.707-1.739, 2011. Disponível em: <<https://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/74356/Cheibub-Elkins-Ginsburg-89-TLR-1707.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 27/07/2023.

CONSTITUINTE, **Annaes da Assembléa Nacional.** Vol. 12, xxii. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936.

DEPUTADOS, Câmara dos. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 09/07/2023.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. **El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización.** In: El Derecho en América Latina. Cesar Rodriguez Garavito (org.). Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2011. P. 139-160.

FUNAI. **Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas.** 2020. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>>. Acesso em: 16/07/2023.

GARGARELLA, Roberto. **200 Anos de Constitucionalismo latino-americano.** In: Transformação Constitucional e Democracia na América Latina. VIEIRA, Oscar Vilhena;

GLEZER, Rubens (Orgs.). São Paulo: FGV Direito SP, 2017. Disponível em:  
<<https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/transformacao-constitucional.pdf>>.  
Acesso em: 09/07/2023.

JÚNIOR, Gladstone Leonel. **O Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Um estudo sobre a Bolívia**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIMONGI, Fernando. **O Poder Executivo na Constituição de 1988**. In: A Constituição de 1988 na vida brasileira. Ruben George Oliven, Marcelo Ridenti, Gildo Marçal Brandão. (Org.). São Paulo: Editora Hucitec, 2008, p. 23-56.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NORIEGA, Alfonso. **Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

RIBEIRO, Djamila. **Quem tem medo do feminismo negro?** São Paulo: Companhia das letras, 2018.

VERSIANI, Flávio Rabelo; NOGUERÓL, Luiz Paulo Ferreira. **Muitos Escravos, Muitos Senhores: escravidão nordestina e gaúcha no Século XIX**. Brasília: Editora UNB, 2016.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal**. Revista General de Derecho Público Comparado, 2011. Disponível em:  
<[https://www.academia.edu/6339900/El\\_nuevo\\_constitucionalismo\\_latinoamericano\\_fundamentos\\_para\\_una\\_construccion\\_doctrinal](https://www.academia.edu/6339900/El_nuevo_constitucionalismo_latinoamericano_fundamentos_para_una_construccion_doctrinal)>. Acesso em: 12/07/2023.

VILLA, Marco Antonio. **A história das Constituições brasileiras**. São Paulo: Leya, 2011.

## A JURISPRUDÊNCIA DO STF NOS CONFLITOS DE COMPETÊNCIA ENTRE A JUSTIÇA COMUM E A JUSTIÇA DO TRABALHO

**RAFAELA NEIVA FERNANDES:** Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Aplicado ao MPU pela Escola Superior do Ministério Público da União. Analista do MPU/Direito<sup>35</sup>.

**RESUMO:** O presente artigo busca analisar a jurisprudência do STF relativamente aos conflitos de competência envolvendo a Justiça Comum e a Justiça do Trabalho. Mesmo com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho promovida pela EC 45/2004, os principais conflitos de competência decididos pela Suprema Corte na última década apontaram para a competência da Justiça Comum em detrimento da Justiça do Trabalho.

**Palavras-chave:** Justiça Comum. Justiça do Trabalho. Competência. STF. Jurisprudência.

**ABSTRACT:** This article seeks to analyze the STF's jurisprudence regarding conflicts of jurisdiction involving the Common Court and the Labor Court. Even with the expansion of the jurisdiction of the Labor Court promoted by EC 45/2004, the main conflicts of jurisdiction decided by the Supreme Court in the last decade pointed to the jurisdiction of the Common Court to the detriment of the Labor Court.

**Keywords:** Common Court. Labor Court. Competence. STF. Jurisprudence.

### 1. INTRODUÇÃO: EC 45/2004 E COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como "Reforma do Judiciário", modificou substancialmente o art. 114 da Constituição da República de 1988, ampliando, de forma significativa, a competência da Justiça do Trabalho.

O art. 114 prevê, atualmente, a Competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;

---

<sup>35</sup> E-mail: [rafinhafernandes@hotmail.com](mailto:rafinhafernandes@hotmail.com)

- III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;
- IV - os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;
- V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;
- VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;
- VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;
- VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;
- IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Inicialmente, o inciso I previu como competência da JT o processamento e julgamento das ações oriundas da relação de trabalho (e não apenas das relações de emprego), inclusive aquelas decorrentes vínculo com a administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (servidores ocupantes de emprego público).

Quanto ao inciso II, foram incluídas as ações relativas ao exercício do direito de greve, o que, posteriormente, foi relativizado pelo STF, em decisão envolvendo o direito de greve dos servidores públicos, que se entendeu ser da competência da Justiça Comum.

No inciso III, foram previstas as ações sobre representação sindical, o que representou interessante inclusão na competência justralhista, já que o liame dessas ações com os direitos trabalhistas é apenas indireto: elas não discutem direitos trabalhistas em si, mas interesses das entidades sindicais e os conflitos envolvendo sua representatividade.

O inciso IV, também de forma inovadora, atribuiu à Justiça do Trabalho o julgamento das ações constitucionais do mandado de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, nos casos em que o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição. Quanto a este

ponto, vale destacar que, não obstante a JT possa julgar *habeas corpus*, ela não possui competência criminal, conforme decidiu o STF em sede de ADI, o que adiante se detalhará.

No inciso V, previu-se a competência da JT para de decidir os conflitos de competência envolvendo órgãos com jurisdição trabalhista, o que decorre da própria estrutura do Poder Judiciário desenhada pela CRFB/88.

O inciso VI trouxe a competência da justiça especializada para as indenizações por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho. O dispositivo, no particular, agregou novas atribuições à JT que, outrora, eram pertinentes ao Direito Civil e, conseqüentemente, à Justiça Comum. A inclusão realizada pela emenda constitucional trouxe maior facilidade para o demandante, que não precisa propor ações diversas (uma na Justiça Comum e outra na Justiça do Trabalho) para formular pedidos de natureza trabalhista e de natureza indenizatória (responsabilidade civil) que possuem nítida correlação entre si, pois ambos decorrentes da relação de trabalho. Obtém-se, com isso, celeridade e eficiência no acesso à justiça.

O inciso VII previu a competência para as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho. São as ações que discutem as multas aplicadas, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aos empregadores, por infringência às normas trabalhistas. A previsão também é deveras interessante, pois, muito embora se trate de nítida relação administrativa entre o empregador e o poder público, a especificidade da atuação finalística da Auditoria Fiscal do Trabalho permitiu que o legislador constituinte derivado optasse por incluir as autuações fiscais trabalhistas no bojo da competência da JT.

O inciso VIII, igualmente, trouxe interessante opção do constituinte derivado para a execução das contribuições previdenciárias a cargo do empregador e do empregado, decorrentes das sentenças que proferir. Sabe-se que as contribuições previdenciárias são uma espécie de tributo e, portanto, são cobradas pelo ente federado tributante em execuções fiscais ajuizadas perante a Justiça Comum, como regra.

No entanto, por vezes, o trabalhador, após ter seu vínculo empregatício desfeito, ingressa com reclamação trabalhista pleiteando verbas trabalhistas não pagas decorrentes da relação laboral. Eventual sentença de procedência ou parcial procedência ensejará a condenação em verbas trabalhistas, e, sobre elas, incidirá contribuição previdenciária que, logicamente, não havia sido anteriormente paga pelo empregador.

Essas contribuições previdenciárias decorrentes das condenações trabalhistas passaram a ser, a partir da EC 45/2004, executadas na própria Justiça do Trabalho, de ofício.

Por fim, o inciso IX trouxe disposição aberta ao prever a possibilidade de julgamento, pela JT, de outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, conforme dispuser a lei.

A valorização do ramo juslaboral advinda com a reforma, contudo, vem perdendo espaço na jurisprudência do STF nos últimos anos.

Não obstante decisões emblemáticas terem sido proferidas pelo STF em prol da Justiça do Trabalho, é possível verificar um movimento crescente de proeminência do Direito Administrativo e do Direito Civil, com conseqüente reconhecimento da competência da Justiça Comum, no âmbito da jurisprudência da Suprema Corte, a exemplo de questões envolvendo empregados públicos da Administração Pública.

O presente artigo busca analisar os principais julgados do STF relativos ao tema, refletindo acerca do movimento jurisprudencial realizado pelo Pretório Excelso desde a edição da EC 45/2004.

## **2. JURISPRUDÊNCIA DO STF**

Inicialmente, menciona-se importante decisão do STF do ano de 2015, no bojo da Reclamação 6527 AgR/SP, em que se decidiu que os conflitos envolvendo servidores temporários da Administração, contratados nos termos do art. 37, IX, da CR/88, são processados e julgados perante a Justiça Comum (STF. 1ª Turma. Rcl 6527 AgR/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/8/2015, Info 796).

Na oportunidade, o STF definiu importante baliza para diferenciar os casos de competência da Justiça Comum e da Justiça do Trabalho: a natureza do vínculo entre o agente público e a Administração Pública. Nos casos em que o vínculo é de natureza jurídico-administrativa, a competência é da Justiça Comum, e, nos casos em que é de natureza trabalhista (CLT), a competência é da Justiça do Trabalho.

Por considerar que a relação entre o servidor temporário e a Administração é de natureza jurídico-administrativa, o STF entendeu que a competência, nesses casos, é da Justiça Comum.

Outra emblemática decisão foi a fixada no âmbito do RE 846854/SP, em sede de Repercussão Geral, a respeito da greve de servidores públicos. O STF decidiu que a competência para definir acerca da abusividade da greve de servidores públicos da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, ainda que celetistas, é da Justiça Comum, e não da Justiça do Trabalho.

A tese fixada foi a seguinte:

A justiça comum, federal ou estadual, é competente para julgar a abusividade de greve de servidores públicos celetistas da Administração pública direta, autarquias e fundações públicas. (STF. Plenário. RE 846854/SP, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 1º/8/2017, Repercussão Geral, Info 871).

Prevaleceu, no caso, a *"essencialidade das atividades desempenhadas pelos servidores públicos"*, que, segundo o STF, *"conduz à aplicação da regra de competência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no MI 670, mesmo em se tratando de servidores contratados pelo Estado sob o regime celetista"* (trechos extraídos da ementa do acórdão).

No que se refere aos servidores que ingressaram no serviço público antes da CR/88, sem prestar concurso público, a competência será da Justiça do Trabalho para as ações que postulam verbas de natureza trabalhista, bem como para as ações envolvendo os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – JUSTIÇA COMUM VERSUS JUSTIÇA DO TRABALHO. A definição da competência decorre da ação ajuizada. Tendo como causa de pedir relação jurídica regida pela Consolidação das Leis do Trabalho e pleito de reconhecimento do direito a verbas nela previstas, cabe à Justiça do Trabalho julgá-la. (STF. Plenário. CC 7950/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 14/09/2016, Info839).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHISTA. COMPETÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO ADMITIDO SEM CONCURSO PÚBLICO, PELO REGIME DA CLT, ANTES DO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. DEMANDA VISANDO OBTER PRESTAÇÕES DECORRENTES DA RELAÇÃO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser da competência da Justiça do Trabalho processar e julgar demandas visando a obter prestações de natureza trabalhista, ajuizadas contra órgãos da Administração Pública por servidores que ingressaram em seus quadros, sem concurso público, antes do advento da CF/88, sob regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. (...). (STF. Plenário. ARE 906491 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 01/10/2015, Repercussão Geral).

Por outro lado, foi diferente a decisão da Suprema Corte, em relação aos mesmos servidores públicos que entraram sem concurso antes da CR/88, no que se refere a reflexos de vantagem remuneratória que teve origem em período celetista anterior ao advento do regime jurídico único:

Agravo regimental na reclamação. ADI nº 3.395/DF-MC. Demanda proposta contra atuação da Administração Pública no sentido de se proceder à adequação do pagamento de vantagem ou parcela deferida por decisão judicial aos regimes remuneratórios vigentes após a transposição do vínculo celetista para o estatutário. Parcela remuneratória paga em rubrica pré-determinada no contracheque, de acordo com o Acórdão TCU nº 2.161/2005. Causa de pedir relacionada a relação jurídico-administrativa. Competência da Justiça comum federal. Agravo regimental provido.

(...)

2. À Justiça comum compete conhecer de pedido apresentado por trabalhador contratado sob o regime da CLT, mas regido por lei que instituiu o regime estatutário no âmbito do ente público, com o objetivo de receber diferenças salariais originadas no primeiro período.

STF. 2ª Turma. Rcl 26064 AgR/RS, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgado em 21/11/2017 (Info 885).

É a natureza jurídica do vínculo existente entre o trabalhador e o Poder Público, vigente ao tempo da propositura da ação, que define a competência jurisdicional para a solução da controvérsia, independentemente de o direito pleiteado ter se originado no período celetista.

STF. Plenário. Rcl 8909 AgR/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Cármen Lúcia, julgado em 22/09/2016 (Info 840).

Também é emblemática a decisão do plenário do STF, na ADI 5326/DF, a respeito do trabalho artístico de crianças e adolescentes. Na oportunidade, decidiu a Suprema Corte que compete à Justiça Comum Estadual, e não à Justiça do Trabalho, autorizar o trabalho artístico de crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) prevê a possibilidade de crianças e adolescentes realizarem trabalhos artísticos, sendo necessária, para tanto, a existência de autorização judicial, conforme previsão contida no art. 149, II, *a*, da lei:

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

(...)

II - a participação de criança e adolescente em:

a) espetáculos públicos e seus ensaios;

O entendimento, anterior à EC 45/2004, era o de que a competência para essa autorização era da Justiça Comum Estadual, com base no art. 146 do ECA:

Art. 146. A autoridade a que se refere esta Lei é o Juiz da Infância e da Juventude, ou o juiz que exerce essa função, na forma da lei de organização judiciária local.

Com o advento da EC 45/2004, que ampliou a competência da JT, surgiu a tese de que a competência para a autorização para o trabalho de artístico de crianças e adolescentes seria da Justiça do Trabalho. Tal tese, contudo, não foi aceita pelo STF, que manteve o entendimento tradicional anterior à EC 45/2004, no sentido de que a competência, nesses casos, é da Justiça Comum Estadual (Juiz da Infância e da Juventude), justamente em razão da previsão específica contida no ECA.

Além disso, o STF afirmou que a natureza da cognição, nesse caso, é eminentemente cível, por se relacionar com o Direito da Criança e do Adolescente.

No que se refere aos servidores públicos, decidiu o STF que compete à Justiça Comum julgar causa em que servidor público municipal alega ter sido admitido pelo regime celetista e pleiteia verbas trabalhistas, se o órgão julgador considerar que o regime é estatutário (STF. Plenário. CC 8018/PI, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 19/12/2019, Info 964).

Destaca-se que, três anos antes, o STF decidira, em sede de Repercussão Geral, que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar ações relativas às verbas trabalhistas referentes ao período em que o servidor mantinha vínculo celetista com a Administração, antes da transposição para o regime estatutário. (STF. Plenário. ARE 1001075 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 08/12/2016, Repercussão Geral - Tema 928).

Em 2020, o STF proferiu nova decisão importante envolvendo o tema dos servidores públicos, tendo definido, em Repercussão Geral, que:

Compete à Justiça Comum processar e julgar controvérsias relacionadas à fase pré-contratual de seleção e de admissão de pessoal e eventual nulidade do certame em face da Administração Pública, direta e indireta, nas hipóteses em que adotado o regime celetista de contratação de pessoal (STF. Plenário. RE 960429/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 4 e 5/3/2020, repercussão geral – Tema 992, Info 968).

Portanto, no que se refere à fase pré-contratual de admissão de pessoal, a competência para dirimir conflitos envolvendo a tramitação do concurso público é da Justiça Comum, mesmo que o concurso em questão seja para a contratação de pessoal pelo regime celetista.

Posteriormente, o STF modulou os efeitos da decisão, estabelecendo o marco temporal de 06/06/2018, de modo que os processos que tiveram sentença de mérito até essa data permaneceram na Justiça do Trabalho até o trânsito em julgado e sua execução.

A tese então, foi reformulada, para abranger a modulação de efeitos:

Compete à Justiça Comum processar e julgar controvérsias relacionadas à fase pré-contratual de seleção e de admissão de pessoal e eventual nulidade do certame em face da Administração Pública, direta e indireta, nas hipóteses em que adotado o regime celetista de contratação de pessoas, salvo quando a sentença de mérito tiver sido proferida antes de 6 de junho de 2018, situação em que, até o trânsito em julgado e a sua execução, a competência continuará a ser da Justiça do Trabalho. STF. Plenário. RE 960429 ED-segundos, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 15/12/2020 (Repercussão Geral – Tema 992).

Julgado também importante foi o proferido na ADI 3395, em que a Suprema Corte, confirmando a liminar concedida alguns anos antes, definiu que à Justiça do Trabalho não compete processar e julgar as causas envolvendo o Poder Público e seus servidores regidos por regime jurídico estatutário. Na oportunidade, foi dada interpretação conforme à Constituição ao art. 114, I, da CRFB/88, sem redução de texto, para afirmar que o referido dispositivo constitucional "*não abrange causas ajuizadas para discussão de relação jurídico-estatutária entre o Poder Público dos Entes da Federação e seus Servidores*" (STF. Plenário. ADI 3395, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 15/04/2020. Info 984).

Na mesma linha de raciocínio, julgou a Suprema Corte que *"compete à Justiça comum processar e julgar demandas em que se discute o recolhimento e o repasse de contribuição sindical de servidores públicos regidos pelo regime estatutário"*. (STF. Plenário. RE 1089282, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 04/12/2020. Repercussão Geral – Tema 994).

No que se refere à competência penal, destaca-se que, mesmo com a reforma do Poder Judiciário ocorrida com a EC 45/2004, não foi atribuída ao judiciário trabalhista a competência criminal, que permaneceu sob a atribuição da Justiça Comum, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADI 3684.

Quando do advento da EC 45/2004, surgiu a tese de que a Justiça do Trabalho teria competência para julgar as ações envolvendo os crimes contra a organização do trabalho. Essa tese foi rechaçada pelo STF, que definiu que *"a Justiça do Trabalho não tem competência para processar e julgar ações penais"* (STF. Plenário. ADI 3684, Rel. Gilmar Mendes, julgado em 11/05/2020). A decisão confirmou a medida cautelar outrora deferida em 01/02/2007 (*"o disposto no art. 114, incs. I, IV e IX, da Constituição da República, acrescidos pela Emenda Constitucional nº 45, não atribui à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais"*).

Isso não retira, contudo, a competência da Justiça do Trabalho para julgar os habeas corpus envolvendo matéria de sua jurisdição, nos termos do art. 114, IV, da CRFB/88. Assim, o inciso IV se refere aos casos envolvendo restrição à liberdade de locomoção que não possuam natureza penal e estejam afetos à jurisdição trabalhista.

### **3. CONCLUSÃO**

O panorama acima apresentado demonstra a tendência da Suprema Corte em fixar a competência da Justiça Comum nos casos em que há conflito entre sua jurisdição e a da Justiça do Trabalho.

Muito embora a Justiça do Trabalho tenha alcançado, no âmbito legislativo, grande incremento de sua competência com a EC 45/2004, ainda prevalece, no âmbito judicial, a competência da Justiça Comum para muitos dos casos situados em uma zona cinzenta e que são levados aos tribunais superiores para decisão do conflito.

Assim, a competência da Justiça do Trabalho tem sido entendida de forma restritiva pelo STF, cingindo-se às questões trabalhistas como regra e não desbordando para conflitos de natureza civil, administrativa ou penal, ainda que indiretamente relacionados às relações de trabalho.

### **BIBLIOGRAFIA:**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

SILVA, Antônio Álvares da. Reforma do Judiciário: uma justiça para o século XXI. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STF. 1ª Turma. Rcl 6527 AgR/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/8/2015 (Info 796). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2636944>>. Acesso em: 19/02/2024.

STF. Plenário. ARE 906491 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 01/10/2015 (repercussão geral). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4825292>>. Acesso em: 19/02/2024.

STF. Plenário. CC 7950/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 14/09/2016 (Info 839). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4943439>>. Acesso em: 19/02/2024.

STF. Plenário. Rcl 8909 AgR/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Cármen Lúcia, julgado em 22/09/2016 (Info 840). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3699070>>. Acesso em: 19/02/2024.

STF. Plenário. ARE 1001075 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 08/12/2016, Repercussão Geral - Tema 928. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5062337>>. Acesso em: 25/03/2024.

STF. Plenário. RE 846854/SP, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 1º/8/2017 (repercussão geral) (Info 871). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4659071>>. Acesso em: 19/02/2024.

STF. 2ª Turma. Rcl 26064 AgR/RS, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgado em 21/11/2017 (Info 885). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5114117>>. Acesso em: 19/02/2024.

STF. Plenário. CC 8018/PI, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 19/12/2019, Info 964. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5480400>>. Acesso em: 25/03/2024.

STF. Plenário. RE 960429/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 4 e 5/3/2020, Repercussão Geral – Tema 992, Info 968. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4957598>>. Acesso em: 25/03/2024.

STF. Plenário. ADI 3395, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 15/04/2020, Info 984. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2268427>>. Acesso em: 25/03/2024.

STF. Plenário. ADI 3684, Rel. Gilmar Mendes, julgado em 11/05/2020. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2366933>>. Acesso em: 25/03/2024.

STF. Plenário. RE 1089282, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 04/12/2020. Repercussão Geral – Tema 994. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5300034>>. Acesso em: 25/03/2024.

STF. Plenário. RE 960429 ED-segundos, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 15/12/2020, Repercussão Geral – Tema 992. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4957598>>. Acesso em: 25/03/2024.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, volume I. 65. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

## GRATUIDADE DA JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO DE ACESSO A JUSTIÇA

**LUCAS ROCHA ANDRADE:** Mestrando em Função social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – UNIALFA - FADISP<sup>36</sup>

**RESUMO:** Este artigo examina o direito ao acesso à justiça no Brasil, uma promessa constitucional que enfrenta diversos desafios para sua efetivação. A pesquisa analisa os mecanismos jurídicos e as práticas sociais que impactam o exercício deste direito, destacando a discrepância entre a teoria e a prática. A morosidade processual é apontada como um dos principais entraves, afetada pela insuficiência de recursos, a necessidade de modernização do sistema judiciário e as disparidades socioeconômicas que limitam o acesso da população à justiça. O estudo também reflete sobre as implicações da hipossuficiência econômica e da falta de educação jurídica na efetivação dos direitos. As conclusões apontam para a necessidade de reformas estruturais e de uma abordagem integrada que envolva aprimoramento tecnológico, ampliação de recursos e educação, para assegurar um acesso mais igualitário à justiça e fortalecer o Estado Democrático de Direito. O artigo defende que o acesso à justiça deve ser visto como um processo contínuo de melhoria, essencial para garantir a cidadania plena e a igualdade substancial entre os indivíduos.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça; Morosidade processual; Estado Democrático de Direito; Educação jurídica; Hipossuficiência econômica.

**ABSTRACT:** This article examines the right to access to justice in Brazil, a constitutional promise that faces several challenges to its actualization. The research analyzes the legal mechanisms and social practices that impact the exercise of this right, highlighting the discrepancy between theory and practice. Procedural slowness is identified as one of the main barriers, affected by a lack of resources, the need for modernization of the judicial system, and socioeconomic disparities that limit the population's access to justice. The study also reflects on the implications of economic insufficiency and the lack of legal education in the realization of rights. The conclusions point to the need for structural reforms and an integrated approach involving technological improvement, resource expansion, and education, to ensure more equitable access to justice and strengthen the

---

<sup>36</sup> E-mail: lucasrochareal@gmail.com

Democratic Rule of Law. The article argues that access to justice should be seen as a continuous process of improvement, essential to guarantee full citizenship and substantial equality among individuals.

**Keywords:** Access to justice; Procedural delay; Democratic Rule of Law; Legal education; Economic insufficiency.

## 1. INTRODUÇÃO

O acesso à justiça, direito fundamental assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, emerge como um pilar essencial no arcabouço jurídico e social do país e do mundo. Este direito é o alicerce para a efetiva reivindicação e exercício dos demais direitos inerentes ao cidadão, conforme delineado nos instrumentos legislativos. A consagração do acesso à justiça como um direito básico e essencial é defendida por Mauro Cappelletti (1988), que o considera o mais fundamental dos direitos humanos, imprescindível para um sistema jurídico que almeja ser moderno, igualitário e efetivamente garantidor dos direitos de todos.

O conceito de acesso à justiça abrange um leque amplo de garantias, que se traduz no direito de qualquer parte buscar o amparo do Poder Judiciário, pleitear suas demandas e receber um tratamento condigno por parte dos agentes da justiça, com a assistência jurídica necessária e a gratuidade de custas, quando cabível. Este direito estende-se desde o momento anterior à instauração do processo judicial até o alcance de uma decisão efetiva e justa.

Carmem Lúcia Antunes Rocha (1993) discorre sobre os elementos que formam o suporte da prestação jurisdicional, iniciando pelo acesso ao poder estatal. Ela destaca que a jurisdição se configura como direito fundamental do cidadão e dever do Estado, ocorrendo em três etapas interconectadas: o acesso à jurisdição, a eficiência e celeridade da resposta estatal e a eficácia da decisão proferida. A autora ressalta que a mera enunciação do direito à jurisdição na Constituição não é suficiente para assegurar que o cidadão terá seu conflito assumido e resolvido pelo Estado, apontando para a necessidade de o Estado viabilizar, de fato, as condições para o exercício eficiente e eficaz desse direito.

Nesse sentido, o direito à jurisdição, enquanto princípio fundamental, impõe ao Estado a obrigação de garantir o acesso ao Poder Judiciário, sendo uma garantia indispensável para a concretização dos demais direitos. O desafio estatal, portanto, reside em assegurar o acesso à justiça a todos, sem distinção, minimizando os obstáculos ao exercício da cidadania e fornecendo meios para que tal acesso se dê de maneira efetiva e justa (Didier Jr., et al., 2016).

A relevância do tema reside na centralidade do acesso à justiça para a manutenção de um Estado Democrático de Direito, onde a garantia dos direitos individuais e coletivos é assegurada. Sem o pleno acesso à justiça, direitos reconhecidos legalmente podem se tornar meras abstrações.

Portanto, o presente artigo tem como objetivo analisar a efetivação do acesso à justiça no Brasil, identificando os mecanismos jurídicos e as práticas sociais que facilitam ou dificultam tal acesso.

## **2.0 ACESSO À JUSTIÇA**

A garantia do direito à justiça é estabelecida tanto pela Constituição como também por leis complementares, por exemplo, o Código de Processo Civil. Essa garantia é estendida a todos os habitantes do país, seja cidadão nacional ou estrangeiro residindo em nosso solo, que necessitam fazer valer seus direitos, utilizando-se para isso de todas as proteções fundamentais proporcionadas pela justiça. No entanto, a obtenção dessas garantias, presentes em nossa sociedade atual, demandou uma luta intensa que eventualmente culminou no Estado de bem-estar social.

Destarte, não há como olvidar a contrapartida ao estado central nacional desenvolvimentista: o estado de bem-estar social. Planejou-se um estado capaz de abraçar os cidadãos de tal forma que não faltaria a ninguém serviços públicos de saúde, educação, esporte, lazer, trabalho e previdência, ainda que em concomitância com a garantia de direitos fundamentais do cidadão, como a vida e a liberdade em sua real abrangência (FONTAINHA, 2009, p.3).

Comparando o Estado centralizado nacionalista ao Estado de bem-estar social, o escritor leva-nos a ponderar sobre a evolução do Estado brasileiro. Este passou por transformações significativas, incluindo a superação da estrutura vigente na antiga República e a ascensão da era Getúlio Vargas. Depois disso, veio o processo de democratização após o término do Estado Novo. Na luta anticomunista, foi estabelecido o regime militar em 1964, seguido pelo processo de redemocratização iniciado em 1988. Sob o governo de Fernando Henrique Cardoso, o estado brasileiro passou a exercer mais uma função reguladora do que centralizadora e controladora.

Posteriormente, apesar das promessas utópicas de mudanças sociais profundas feitas pelos representantes governamentais socialistas, o que prevaleceu foi a exclusão. A riqueza amealhada durante um período de prosperidade econômica global não foi devidamente direcionada para beneficiar o público. Estas não foram simplesmente trocas de poder ou alterações na forma como o Estado opera, mas sim mudanças na relação entre

os cidadãos e o Estado, que em certos momentos sentiu-se mais ou menos representado. Isso, sem dúvida, influenciou as relações com as autoridades e, conseqüentemente, o acesso à justiça.

Horácio Wanderlei Rodrigues (1994, p.28), clarifica que o acesso à justiça não é apenas uma responsabilidade do Poder Judiciário e suas atividades jurisdicionais correspondentes, como a autodefesa, a autocomposição, a mediação e a arbitragem. Também diz respeito ao acesso a uma série de valores e direitos que são essenciais para o ser humano. Ele destaca o seguinte:

Acesso à Justiça ou mais propriamente acesso à ordem jurídica justa significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo équo, correto, giusto (BEDAQUE apud BATISTA, 2010, p.25).

Essa proteção é garantida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que estabelece: "Nenhum dano ou ameaça a direito será excluído da consideração do Poder Judiciário". Isso se materializa em uma verdadeira garantia constitucional de jurisdição, servindo como um meio de proteger esse direito. Não está limitado apenas a ações constitucionais, mas também a medidas que afirmam esses direitos, implicando em uma ordem jurídica justa e o próprio direito de ajuizar ação (BATISTA, 2010, p.26).

A expressão "acesso à justiça" pode ser reconhecida hoje como condição fundamental de eficiência e validade de um sistema jurídico que vise a garantir direitos. Assim, calcado em modalidades igualitárias de direito e justiça, tal instituto deve ser considerado o básico dos direitos fundamentais do ser humano (MATTOS, 2011, p.70).

O princípio da "inafastabilidade da jurisdição" defende a ideia de que cada indivíduo tem o direito de proteger seus interesses, pondo fim a qualquer violação de seus direitos. Isso implica a eliminação de obstáculos e a implementação de mecanismos que facilitem o acesso de alguém à justiça, bem como a redução de custos, um prazo razoável para o processo e igualdade processual (AMORIM, 2017, p.97). Assim sendo, o acesso à justiça é um dos direitos fundamentais, pois é um meio para a realização de outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e em outras leis infraconstitucionais. É o direito à proteção judicial e à essência do direito material.

## 2.1 OS MODELOS DE GRATUITA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

No espectro da assistência jurídica, diversos modelos operam com o objetivo de viabilizar o acesso à justiça, cada um apresentando características distintas. Um desses modelos é o caritativo ou honorífico, também conhecido como *pro bono*, onde a prestação da assistência jurídica é considerada uma forma de caridade, realizada voluntariamente por advogados sem o envolvimento direto do Estado na prestação desse serviço. Essa prática é reconhecida e incentivada em diversas jurisdições como um meio de contribuir para a sociedade, especialmente para aqueles que não podem arcar com custos legais (RHODE, 2005).

Contrapondo-se ao modelo caritativo, o modelo público ou *staff model*, também denominado *Salaried of Staff*, se caracteriza pela criação de uma estrutura estatal com servidores públicos dedicados exclusivamente à prestação de assistência jurídica. No Brasil, o modelo adotado pela Constituição de 1988 é o público, com a instauração da Defensoria Pública, um órgão especializado encarregado de prestar assistência jurídica integral e gratuita, como estabelece o artigo 134 da CF/88 (MENDES, 2014).

Já o modelo *Judicare* se baseia na prestação de acesso à justiça por meio de advogados privados que são remunerados pelo Estado para representar cidadãos que não dispõem de recursos para tal. Este modelo assemelha-se ao funcionamento de um seguro de defesa jurídica, onde o Estado subsidia os custos legais por meio de advogados dativos (CARLINI, 2018).

O modelo híbrido, por sua vez, combina aspectos do *Judicare* e do modelo público. O Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4164, posicionou-se no sentido de que, embora não haja obrigatoriedade de o Estado firmar convênios com instituições privadas ou com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para a prestação de assistência jurídica em um sistema misto, esses convênios são permitidos, especialmente considerando a estrutura ainda insuficiente das Defensorias Públicas (BRASIL, 2009).

A assistência jurídica integral e gratuita, conceito mais abrangente que inclui os modelos anteriormente mencionados, além de toda a assessoria jurídica extrajudicial, está prevista no artigo 5º, inciso LXXIV da CF/88, e é uma função expressamente destinada à Defensoria Pública (BRASIL, 1988).

A concessão de assistência jurídica gratuita é uma atribuição específica do Defensor Público, não se confundindo com a gratuidade de justiça, que é de competência do juiz da causa. No entanto, o STF já se manifestou pela inconstitucionalidade de leis estaduais que desvirtuam o papel da Defensoria Pública, como aquelas que atribuem a

defesa de servidores públicos processados em virtude do exercício do cargo, entendendo que tal prática desvia a instituição de sua finalidade principal, que é a prestação de assistência aos cidadãos carentes de recursos para o acesso à justiça (BRASIL, 2004).

O conceito de "necessitado" ou aquele que "comprova insuficiência de recursos" são considerados conceitos jurídicos indeterminados, que, conforme Fredie Didier, diferem das cláusulas gerais por estabelecerem as consequências jurídicas, ainda que o conceito em si não seja determinado (DIDIER JR., et al., 2016).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconhece que tanto pessoas naturais quanto jurídicas podem ser destinatárias da assistência jurídica gratuita. Para entidades sem fins lucrativos, presume-se a hipossuficiência, bastando uma declaração nos autos. Entretanto, entidades com fins lucrativos devem comprovar a impossibilidade de arcar com as despesas processuais (BRASIL, STJ, 2010).

### **3.OS PRINCIPAIS DESAFIOS À GRATUIDADE DE JUSTIÇA**

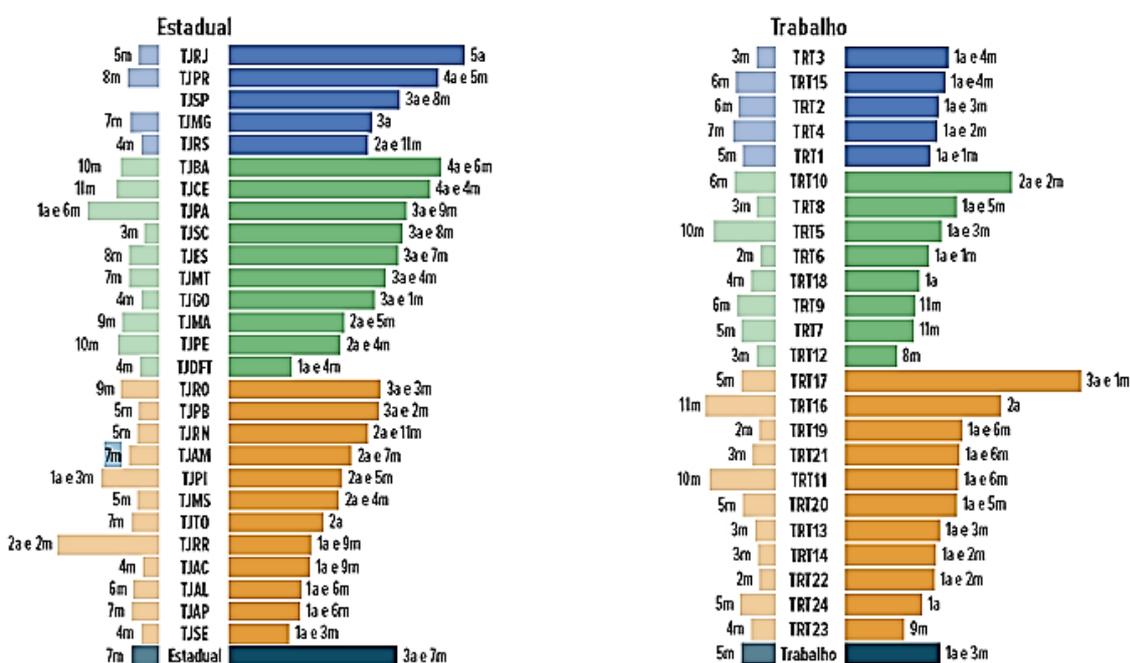
Conforme as informações do censo de 2020 divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o território brasileiro abrange uma extensão de 8.514.876 quilômetros quadrados e alberga uma população estimada em 211 milhões de pessoas. O país é dividido em 5.570 municípios, onde se distribuem aproximadamente 71 milhões de endereços residenciais e comerciais. Essa vastidão territorial e demográfica apresenta desafios significativos para a integração e acessibilidade, exacerbados por uma série de fatores como a limitação de recursos financeiros, exclusão digital e um desconhecimento generalizado dos direitos civis por parte da população.

Keila R. Batista, em seu estudo de 2010, destaca a lentidão do sistema judiciário brasileiro e identifica várias falhas estruturais. Ela observa que, embora o Brasil exiba grandes disparidades regionais — com as regiões Sul e Sudeste sendo mais desenvolvidas — os prazos processuais são uniformes em todo o país, ignorando as diferenças locais. As regiões Norte e Nordeste, por outro lado, lidam com um nível de desenvolvimento inferior.

A morosidade na prestação jurisdicional é alimentada por múltiplos fatores, incluindo a escassez de recursos materiais e humanos, que afeta 70,2% dos casos, além de deficiências legislativas que resultam em lacunas na lei (53,2%), um formalismo processual desproporcional (52,6%), métodos de trabalho ineficazes adotados por advogados (42,8%), ineficiência administrativa (30,2%), problemas operacionais em cartórios (28,9%), uma abordagem passiva de juízes e outros profissionais do direito que contribui para a lentidão do sistema (28,4%) e falhas no funcionamento do Ministério Público (8,7%), segundo dados da pesquisa realizada pela UNICAMP/CESOP em 2004.

Esses obstáculos operacionais e estruturais no sistema judiciário comprometem a proteção e a efetivação dos direitos dos cidadãos, resultando em casos em que os indivíduos não conseguem fazer uso de seus direitos ou optam por desistir dos processos judiciais em andamento, o que por sua vez mina a credibilidade da Administração Pública. O tempo médio necessário para a conclusão das fases cognitiva e executória nos tribunais estaduais é um indicativo desse cenário.

**FIGURA 1: TEMPO MÉDIO DA INICIAL ATÉ SENTENÇA**



Fonte: Rocha e Silva, 2022

A lentidão no trâmite dos processos judiciais no Brasil representa uma barreira que afeta gravemente tanto a percepção subjetiva quanto a realidade objetiva dos envolvidos em litígios. As consequências dessa demora são tão severas que, muitas vezes, quando a decisão judicial é finalmente entregue, ela já não tem mais a importância ou utilidade inicialmente buscada pelas partes, especialmente no âmbito cível. Esta é uma ocorrência recorrente que afeta a eficácia do sistema de justiça (Batista, 2010).

Além disso, a alocação de recursos financeiros para o Poder Judiciário, determinada pelo Poder Executivo, é consideravelmente menor em comparação com os outros poderes do Estado. Essa limitação orçamentária acarreta em desafios adicionais,

como a falta de modernização e informatização dos fóruns judiciais brasileiros. A escassez de pessoal, incluindo servidores e magistrados, também contribui para o retardo na tramitação e na distribuição de recursos, conforme observações de Batista (2010).

As adversidades econômico-financeiras constituem outro obstáculo significativo ao acesso à justiça. A população brasileira, majoritariamente carente de recursos financeiros, enfrenta impedimentos culturais e sociais que vão desde o desconhecimento de direitos até a dificuldade de acesso a serviços jurídicos, incluindo advogados e infraestrutura judicial adequada (Amorim, 2017).

As pessoas economicamente desfavorecidas têm dificuldade em reconhecer os direitos tradicionais e os novos, e, quando os reconhecem, muitas vezes estão sem informação dos instrumentos para reivindicação, ou desacreditam no Judiciário como espaço para efetivação dos seus direitos – descrédito que se acentua principalmente quando a outra parte que as lesa são grandes conglomerados econômicos ou o próprio Estado na sua função administrativa ou legislativa (AMORIM, 2017, p.131).

O trecho faz referência à ideia de que a situação mais adversa se apresenta principalmente quando indivíduos menos afortunados confrontam-se com casos nos quais a outra parte tem vastos recursos financeiros, criando, desta forma, um equilíbrio desfavorável e uma possibilidade real de um desfecho injusto. Entretanto, os desafios não se limitam unicamente às questões financeiras, culturais ou econômicas. Há também a barreira funcional, que é ligada à forma como os procedimentos legais são executados, e não estritamente ao assunto legal em si. A exigência de autenticar todos os documentos apresentados no início do processo evidencia a burocracia inerente ao sistema judicial, e isso frequentemente leva indivíduos a abandonarem suas ações devido à demora na decisão jurídica proporcionada pelo Estado (AMORIM, 2017, p.132-133).

Por outro lado, confrontos com as liberdades públicas podem ser considerados obstáculos de natureza política. É importante lembrar que o poder judiciário existe para garantir estas liberdades, às quais o Estado também deve se submeter. Para manter essa proteção, existem diversas ferramentas à disposição, como habeas corpus, mandado de segurança, ação popular, mandado de injunção, habeas data e ações civis públicas. Órgãos como o Conselho Nacional de Justiça têm a responsabilidade de monitorar a atividade judicial. Da mesma forma, outros órgãos devem ser estabelecidos para supervisionar os poderes Executivo e Legislativo (AMORIM, 2017, p.135-136).

Absolutamente relevantes são também obstáculos de natureza psicológica e ética:

Muitas pessoas deixam de reivindicar direitos por temerem represálias da outra parte e por desacreditarem na efetividade da atuação do Judiciário, preferindo, muitas vezes, “queixarse” com representantes de organismos religiosos ou associações de bairros, ou até mesmo a própria força policial (AMORIM, 2017, p.139).

Além disso, também são importantes os obstáculos éticos que precisam ser enfrentados. Nossa sociedade enfrenta um alto nível de corrupção, especialmente nos cargos públicos, dificultando o acesso à justiça devido à desconfiança nas decisões feitas de forma justa. Por exemplo, em práticas clandestinas, pessoas economicamente favorecidas podem evitar serem citadas em processos judiciais através de subornos. Isso é apenas um exemplo do que acontece nos bastidores do Judiciário (AMORIM, 2017).

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao final deste estudo, conclui-se que o acesso à justiça no Brasil, apesar de robustamente assegurado em termos constitucionais, enfrenta desafios significativos em sua efetivação prática. A análise detida dos mecanismos jurídicos e das práticas sociais revelou uma série de obstáculos que se interpõem entre o cidadão e o exercício pleno de seu direito à justiça.

A morosidade processual foi identificada como uma das barreiras mais severas, comprometendo a efetividade do sistema jurídico e a confiança da população no Poder Judiciário. O quadro é agravado pela insuficiência de recursos materiais e humanos, que desaceleram o processamento das ações e a entrega das decisões judiciais.

A despeito dos avanços na modernização dos procedimentos judiciais, como a informatização dos processos, persiste uma distribuição desigual destes avanços, que tende a refletir e reforçar as desigualdades socioeconômicas do país. A acessibilidade tecnológica e a capacitação para utilizá-la são elementos cruciais para a democratização do acesso à justiça.

Do ponto de vista socioeconômico, a hipossuficiência financeira da maior parte da população impõe restrições que vão além da capacidade de arcar com custos processuais, impactando o conhecimento dos direitos e o acesso aos mecanismos de sua reivindicação e defesa. A função social da Defensoria Pública, assim, não se limita à representação legal, estendendo-se à educação jurídica e ao empoderamento dos cidadãos.

Portanto, o acesso à justiça, como direito fundamental e pilar do Estado Democrático de Direito, requer não só a atenção constante do sistema jurídico, mas também um compromisso com a melhoria contínua das condições que permitem sua

realização. Medidas que visem a agilizar os processos, a ampliar os recursos e a educação jurídica, e a promover uma maior equidade no acesso às inovações tecnológicas são urgentes e indispensáveis.

Este estudo reforça a noção de que o direito ao acesso à justiça é dinâmico e multifacetado, necessitando de uma perspectiva holística que abarque as dimensões legais, sociais, econômicas e culturais, em prol de uma sociedade mais justa e inclusiva.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Acesso à Justiça como direito fundamental e Defensoria Pública. Curitiba/PR: Juruá, 2017..

ANTUNES ROCHA, C. L. A jurisdição como direito fundamental do cidadão e dever do Estado. Ano de publicação. Cidade de publicação: Editora, 1993.

BATISTA, Keila Rodrigues. Acesso à justiça: instrumentos viabilizadores. São Paulo/SP: Letras Jurídicas, (UNIVEM), 2010

BEDAQUE, J. R. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência sobre assistência jurídica gratuita a pessoas jurídicas. Brasília, DF, 2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4164. Brasília, DF, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.022. Brasília, DF, 2004.

CAPPELLETTI, M. O acesso à justiça como direito humano fundamental. Ano de publicação. Cidade de publicação: Editora, 1988.

CARLINI, A. L. O advogado dativo no Brasil: entre a justiça e a caridade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Curso de Direito Processual Civil. vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2016. REDONDO, Bruno Garcia. Estabilizacao,

modificacao e negociacao da tutela de urgencia antecipada antecedente: principais controversias. Revista de Processo, Sao Paulo, a, v. 40, p. 167-194.

FONTAINHA, F. C. O estado de bem-estar social no Brasil: uma análise histórica e normativa. 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Números do Censo 2020. Disponível em: <https://censo2021.ibge.gov.br/sobre/numeros-do-censo.html> Acesso em: 08 nov. 2023.

MATTOS, Fernando Pagani. Acesso à Justiça: um princípio em busca de efetivação. Curitiba/PR: Juruá, 2011.

MENDES, G. F. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014.

RHODE, D. L. Pro bono in principle and in practice: public service and the professions. Stanford, CA: Stanford University Press, 2005.

RODRIGUES, H. W. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo e o desafio da efetividade. 1994.