



**Revista de Estudos  
Jurídicos  
e Sociais**

**5ª Edição *online*  
Cascavel – PR, 2022**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVEL**  
Av. Tito Muffato, n. 2317, Bairro Santa Cruz  
CEP: 85806-080, Cascavel (PR)

Fone: (45) 3036-3653 | Fax: (45) 3036-3638  
[www.univel.br](http://www.univel.br)

## CONSELHO CONSULTIVO

Dra. Alessandra Mizuta de Brito (ULBRA) - CANOAS/RS  
Dr. Rodrigo Guia da Silva - UERJ - RIO DE JANEIRO/RJ  
Dr. Alexandre Morais, da Rosa – UFSC/SC  
Dra. Aline de Miranda Valverde Terra – UERJ/RJ  
Dra. Amanda Costa Thomé Travincas – UNDB/MA  
Dra. Débora Vanessa Baús Brandão – FDSBC/SP  
Dra. Everilda Brandão Guilhermino – UFPE/PE  
Dr. Fabriccio Steindorfer – EAGU/DF  
Dr. Gustavo Henrique Baptista Andrade – FASNE/PE  
Dr. José Laurindo de Souza Netto – UFPR/PR  
Dra. Larissa Lacks - PUC/RS  
Dr. Marcos Augusto de A. Ehrhardt Jr – UFAL/AL  
Dr. Marcos Catalan – UNILASALLE /RS  
Dr. Rodrigo Reis Mazzei – UFES/ES  
Dra. Sheila Stolz da Silveira – FURG/RS  
Me. André Luiz Arnt Ramos – UFPR/PR  
Me. Antônio Augusto Bonatto Barcellos – SALAMANCA/ES  
Me. Judith Aparecida de Souza Bedê – FAFIMAN/PR  
Dr. Pery Saraiva Neto – PUC/RS  
Me. Rafael Lima Ribeiro – PUC/MG  
Me. Lessandra Gauer – PUC/RS  
Me. Luciana Gabriel Chemim  
Me. Wanderléia Pereira Gomes Gaidarji – UNIVEL/PR

A Revista de Estudos Jurídicos e Sociais, não se responsabiliza pela originalidade dos artigos apresentados, bem como pela eventual falta de indicação do nome do autor e da origem da obra citada.

## CONSELHO EDITORIAL

### Editores-Chefes:

Me. Alessandra Brustolin

Me. Vinícius Zambiasi

### Editores Auxiliares:

Dr. Alexandre Barbosa

Dra. Elizabet Leal da Silva

### Editores Colaboradores:

Dr. Alessandro Severino Váller Zenni – CESUMAR/PR

Dr. Alfredo Copetti Neto – UNISINOS/RS – UNIOESTE/PR

Dra. Caroline de C. F. Buosi Velasco – UNIVEL/PR

Dra. Denise Pires Fincato – PUC/RS

Dr. Fábio Mendonça Santiago – CEUMA/MA

Dr. Flávio Tartuce – FADISP/ALFA/SP

Dr. Gilberto Stürmer – PUC/RS

Dr. Leonardo Rabelo de Matos Silva – UVA/RJ

Dr. Rodrigo Wasem Galia – UFSM/RS

Dr. Sebastião Patrício Mendes da Costa – UFPI/PI

Dr. Paulo Roberto Pegoraro Junior – UNIVEL/PR – PUC/RS

### Coordenador do Curso de Direito

Eduardo Lazarinni

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R454

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais – REJUS  
[recurso eletrônico] - v. 5, n. 1 (2022). -  
Cascavel, PR : Univel, 2022.

Anual

ISSN 2594 - 7702

1. Direito. I. Título

CDD 340

## **APRESENTAÇÃO**

Caro leitor, a quinta edição da Revista de Estudos Jurídicos e Sociais da Univel oportuniza uma abordagem técnico-jurídica e uma série de elementos teóricos que ao longo de sua leitura oportunizará a realização de uma análise crítica sobre os diversos temas aqui contidos. Esta edição, assim como as anteriores, tem como finalidade oferecer ao leitor e pesquisador do Direito uma seleção de trabalhos qualificados, formando um conjunto informativo aos incansáveis estudiosos do mundo jurídico. Estão contemplados artigos doutrinários que trazem para a presente leitura aspectos que objetivam suscitar de alguma forma, uma reflexão sobre o cotidiano. O papel do Direito é fundamental na formação e construção de uma sociedade de diferentes, porém, com direitos iguais que devem ser respeitados. Agradecemos a colaboração dos autores e de todo Conselho Editorial e Consultivo.

A você uma boa leitura.

**Alessandra Brustolin**

Editora-Chefe

**Vinícius Zambiasi**

Editor-Chefe

**Alexandre Barbosa**

Editor Auxiliar

**Elizabet Leal da Silva**

Editora Auxiliar

## SUMÁRIO

### **PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: COMPLEXO PENITENCIÁRIO DE RIBEIRÃO DAS NEVES**

Julia Perin Batista; Vinícius Wildner Zambiasi.....07

### **A (IM)POSSIBILIDADE DO JULGAMENTO DO CRIME DE ECOCÍDIO PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

Katlem Christina Steinheuser de Souza; Vinícius Wildner Zambiasi....23

### **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXTRAÇÃO COMPULSÓRIA DE PERFIL GENÉTICO NO ÂMBITO DA LEI 12.654/2012 E DAS RESPECTIVAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELO PACOTE ANTICRIME**

Maria Luiza Rodrigues Proença; Mônica Andreia Carvalho Guimarães.....40

### **A EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE “OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA” E O CRIME “RECUSA DE OBEDIÊNCIA” DO CÓDIGO PENAL**

Maria Cecilia Marçal Neumann Teodoro Rodrigues; Robyson Danilo Carneiro.....57

### **MORTE DIGNA À PORTADORES DE DOENÇAS INCAPACITANTES E INCURÁVEIS: A LIBERDADE E A DIGNIDADE HUMANA FRENTE AO DIREITO À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Maria Eduarda Wiedemann; Vinícius Wildner Zambiasi.....77

### **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ÂMBITO PRIVADO: A LIMITAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE NO FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO OCREVUS (OCRELIZUMABE) PARA O TRATAMENTO DE ESCLEROSE MÚLTIPLA**

Maria Clara Pazzinatto de Camargo; Alessandra Brustolin.....91

### **A CONCESSÃO JUDICIAL DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ESTUDO DE CASO DO ESTADO DO PARANÁ NOS ACÓRDÃOS DE 2021 DA TERCEIRA TURMA RECURSAL DO TRF4**

Thaylana de Abreu Lemos; Alessandra Brustolin.....106

### **A POSSIBILIDADE DA GUARDA E VISITAS AOS ANIMAIS DE**

**ESTIMAÇÃO APÓS A DISSOLUÇÃO DA CONJUGALIDADE: USO DA ANALOGIA COM A LEGISLAÇÃO DA GUARDA E VISITAS DOS FILHOS**

Andressa Alves Correa; Orival Correa de Siqueira Junior.....122

**A HERANÇA DIGITAL NO CONFLITO ENTRE O DIREITO DA SUCESSÃO E O DIREITO À PRIVACIDADE**

Ayla Cristina Lima Vieira.....139

**DESASTRE DE MARIANA: A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA SOCIOAMBIENTAL COMO POSSIBILITADORA DO JULGAMENTO DO CASO NA CORTE INGLESA**

Cyntia Teixeira Pereira Carneiro Lafetá; Fernanda Miranda de Carvalho.....149

**CONTRATOS INTELIGENTES: POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO PELO JUDICIÁRIO DOS CONTRATOS FIRMADOS EM BLOCKCHAINS DESCENTRALIZADAS**

Fernando Rodrigues Pinheiro dos Santos.....170

**GOVERNANÇA, COMPLIANCE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: POR UMA GESTÃO TRANSPARENTE E EFICIENTE**

Maxsoel Schmidt; Alexandre Barbosa da Silva.....184

# PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: COMPLEXO PENITENCIÁRIO DE RIBEIRÃO DAS NEVES

## PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM: RIBEIRÃO DAS NEVES PENITENTIARY COMPLEX

Julia Perin Batista<sup>1</sup>  
Vinícius Wildner Zambiasi<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo versa sobre a realidade caótica do sistema carcerário brasileiro e se ocupa em responder se seria possível adotar o contrato administrativo de concessão das parcerias público-privadas como alternativa de solução à crise vivenciada pelo Direito Penal. Para tanto, utilizou-se da análise da função das penas, a legitimidade do *potestas puniendi*, o Estado de Coisas Inconstitucional e a Teoria Agnóstica da Pena. Por meio destes, foi possível concluir que, apesar de ser o sistema penal vítima de uma falha estrutural em princípio, a parceria público-privada pode ser considerada como um remédio contingente para trazer alívio à população carcerária. Seria, ainda, capaz de resgatar a garantia dos seus direitos fundamentais e da própria sociedade, visto que seria eficaz em reduzir os índices de criminalidade e violência no país se devidamente gerida, isto é, havendo fiscalização por parte do Estado nas funções delegadas ao setor privado. Tais funções devem ser limitadas conforme contrato estipulado entre as partes, não podendo, em nenhuma hipótese, ser delegadas as funções jurisdicionais e disciplinares, as quais devem ser exclusivamente de competência do setor público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema prisional, parceria público-privada, *potestas puniendi*, Estado de Coisas Inconstitucional, Teoria Agnóstica da Pena.

**ABSTRACT:** This article deals with the chaotic reality of the Brazilian prison system and the possibility of adopting the concession agreement of public-private partnerships in order to present itself as an alternate solution to the crisis experienced by Criminal Law. By analyzing the function of penalties, the *potestas puniendi*'s legitimacy, the Unconstitutional State of Affairs and the Agnostic Theory of Punishment, we proceed to the conclusion that, despite the penal system being the victim of a structural failure in its principle, the public-private partnership can be considered as a contingent remedy to bring relief to prison inmate population, in order to guaranteeing their fundamental rights, and to society itself, since it would be effective in reducing the rates of crime and violence if properly managed, that is, if there is proper oversight provided by the State in functions delegated to the private sector, which should be limited according to the contract between the parties, and may not, under any circumstances, be delegated the jurisdictional and disciplinary functions, which should be exclusively public's sector responsibility.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito no Centro Universitário – UNIVEL.

<sup>2</sup> Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Público pela FMP. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo CERS. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo.



**KEYWORDS:** Prisional system, public-private partnership, potestas puniendi, Unconstitutional State of Affairs, Agnostic Theory of Punishment.

## INTRODUÇÃO

O cenário atual do sistema prisional brasileiro há muito reflete uma das principais falhas do Estado no que diz respeito a sua função de controlar e reprimir a incidência da criminalidade e da violência escancaradas no país. Dispensável que se ostente o título de doutor para reconhecer a frustrante realidade do ambiente carcerário, onde vivem, privados de sua dignidade, os transgressores da lei humana.

É fato que o sistema prisional sempre foi alvo de diversas críticas ao longo da história da humanidade, uma vez que, desde o momento de sua concepção, tem sido o grande responsável por ensejar um dos maiores questionamentos que atormentam a civilização, isto é, se a pena possui fidedigna efetividade na sua aplicação. As teorias criadas para legitimar o seu exercício são essencialmente políticas e pouco eficazes em retratar a sua real função.

O tema proposto para a presente pesquisa tem por escopo tratar das PPPs, ou parcerias público-privadas, e a possibilidade de sua adoção ao falho sistema prisional brasileiro. As condições de precariedade das penitenciárias brasileiras chocam os que não estão acostumados com essa realidade. São essas condições degradantes a que são submetidos os presos, as responsáveis pelo insucesso atribuído à reputação dessas instituições.

O Estado está sobrecarregado e não é capaz de suprir as necessidades da população e dos apenados incluídos neste sistema. Por isso é que surge a alternativa de aplicar a parceria entre o setor público e setor privado neste âmbito, de modo a desafogar o poder público e ofertar um serviço de qualidade em que todas os grupos atingidos pela decisão sejam beneficiados.

São várias as questões inerentes ao ambiente carcerário brasileiro que falham em ser solucionadas há anos, a saber: as celas superlotadas, a insalubridade - que é a responsável pelo alto índice de proliferação de doenças -, a escassez de recursos e oportunidades para promover a reinserção social, a convivência entre pequenos e grandes criminosos, a escola do crime, entre outras. Ao adentrar um estabelecimento prisional brasileiro, o preso é punido pelo Estado duas vezes: uma pela sanção penal a ele imposta e outra pela privação da dignidade de cada um.

Além de expor em detalhes aspectos do funcionamento da justiça penal, a situação precária das penitenciárias, as vantagens e desvantagens da aplicação das PPPs à prática, bem como a ineficiência do sistema penal atual em atingir os seus principais objetivos, a presente pesquisa percorrerá o campo do Direito Penal e Administrativo, a fim de trazer esclarecimentos no que diz respeito à viabilidade da adoção das parcerias público-privadas e de que forma poderiam ser aplicadas ao sistema prisional para que o melhor proveito fosse extraído em benefício da população e do próprio poder público.

A presente pesquisa busca, portanto, propor uma alternativa ao falido sistema prisional, que será capaz de garantir a concretização dos objetivos primos inerentes às penas e ao sistema penal, para que seja possível, de fato, ressocializar os apenados atingidos e aliviar as graves consequências trazidas pela ruína do cenário prisional brasileiro.

As hipóteses referentes à presente pesquisa residem nos possíveis cenários decorrentes da aplicabilidade ou da inaplicabilidade do modelo das parcerias público-privadas ao sistema penitenciário brasileiro.

Buscar-se-á realizar análise comparativa entre os sistemas penitenciários nacionais que não adotam o modelo das PPPs e o Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves, a única penitenciária brasileira a adotar o contrato administrativo de concessão das parcerias público-privadas.

Por outro lado, discorrer-se-á a respeito das principais consequências negativas da aplicação das PPPs ao sistema prisional brasileiro, para o fim de ponderar, com base nessas premissas, se restando comprovada a ineficácia das sanções penais e do sistema penal, no sentido de não atingirem seus objetivos principais de ressocialização e prevenção da incidência de novos delitos, será possível apresentar como alternativa a adoção de parcerias público-privadas ao sistema penitenciário, provando-se ela viável no contexto nacional.

Os instrumentos que embasam a presente pesquisa provêm de material bibliográfico, ou seja, de livros, artigos científicos, revistas jurídicas, jornais, bem como referência documental, como tabelas, estatísticas, pareceres, relatórios, entre outros.

Por fim, a metodologia de abordagem utilizada é hipotético-dedutiva, mediante a qual, pautando-se em uma relação de conjecturas, ou premissas, se extrai uma conclusão, ou seja, serão analisados os cenários da (in)aplicabilidade prática do contrato de concessão das parcerias público-privadas no âmbito do sistema prisional brasileiro.

## **2 A CORRUPÇÃO DO POTESTAS PUNIENDI E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

Toda sociedade possui uma estrutura de poder que articula formas de controle social, por meio do qual, como a própria denominação possibilita entender, se delimita a conduta do indivíduo nela inserido. Esse controle é exercido, segundo Zaffaroni (2010, p. 59), por meios difusos ou institucionalizados, “através da família, da educação, da medicina, da religião, dos partidos políticos, dos meios massivos de comunicação, da atividade artística, da investigação científica etc.”, ou pelo sistema penal, sendo este último caracterizado pelo autor como “controle social punitivo institucionalizado”.

Trata-se, em termos diminutos, da maneira como o poder busca induzir comportamentos e ideologias conforme e assistindo a sua prevalência e subsistência, sendo válido ressaltar, inclusive, que a maneira com que cada meio executor irá proceder frente a isso, está seguramente associada ao desenvolvimento e à localização de referido país no globo, como bem destaca Zaffaroni (2010, p. 60):

O controle social, em cada um desses países, será diferente, segundo se trate de países de economia descentralizada (capitalistas) ou estatal ou centralizada e, ainda, entre os periféricos, segundo seu grau e momento de desenvolvimento (economia rural, em vias de industrialização etc.). Em cada um deles, o poder gerará, condicionará, fomentará ou será inclinado a explicações ou versões da “realidade” que, em forma de ideologias (sistema de ideias, isto é, com conteúdo não pejorativo) abarcarão também as ideologias científicas. Toda ciência é ideológica (porque qualquer saber é ideológico) e o poder, em cada caso, a manipulará segundo convenha à sua conservação, privilegiando uma ideologia e descartando (ou reprimindo, limitando o desenvolvimento ou ocultando) as que considere perigosas ou negativas para ela.

Fato é que, como relembra o aludido autor, esse controle também é exercido com o viés punitivo do sistema prisional. A funcionalidade do sistema penal é precariamente justificada pelas teorias da função da pena e é desempenhada pelo poder de punir, ou *potestas puniendi*, o qual é, em regra, de competência privativa do Estado. Ao Estado é garantida a legitimidade para atribuir sanções penais aos indivíduos contraventores da lei humana, razão pela qual os estabelecimentos prisionais são geralmente geridos por um ente público. Essas sanções penais têm por função, segundo a abordagem doutrinária, a retribuição punitiva – teoria absoluta –, a prevenção – teoria relativa –, a qual se divide em prevenção geral e especial, e a união dos dois fatores – teoria mista (BITENCOURT, 2022).

Não obstante, muito embora a doutrina tenha consolidado sobremaneira a tríade de teorias justificativas da pena, o que se observa é que elas carregam cada vez menos consistências e a concepção de justa aplicação do *potestas puniendi* nunca foi tão instável. Nas palavras de Loïc Wacquant (2003, p. 155) “[...] na verdade, ninguém sabe mais por que se trancafiam as pessoas”.

Nota-se no atual sistema uma prerrogativa utilitarista decorrente da carência do reconhecimento do caráter finalístico do homem. A ética kantiana assume que a capacidade de agir com autonomia é o que nos confere a dignidade, e que é essa capacidade que diferencia as pessoas das coisas. O respeito à dignidade humana, para Kant, exige que tratemos as pessoas como fins em si mesmas, por isso, é errado usar de algumas pessoas em prol do bem-estar geral, e é errado, de tal forma, tentar justificar a legitimidade definhada do poder de punir em forma de pena (BITTAR; ALMEIDA, 2015).

Não há que se falar em reinserção dos apenados pelo encarceramento, quando, na realidade, o problema antecede o nascimento dos delinquentes aprisionados, é inerente à época em que se criam as penalidades. Isto é, à época em que o Estado se torna instituição resultante do contrato entre o povo e o seu governante de forma a fundar a justificação do Estado Moderno, conforme reflete o filósofo vanguardista Nicolau Maquiavel, em sua obra “O Príncipe” (SILVA; VIEIRA, 2017).

A este respeito, Marilena Chauí (2000) transliterou os conceitos de Estado de Natureza e Estado Civil para os teóricos Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau, os quais, apesar de terem uma noção distinta a respeito do estado natural do homem, também são contratualistas. Dessa forma, reconhecem que, para fazer cessar a relação entre ameaçador e ameaçado no Estado de Sociedade, os humanos devem renunciar a sua liberdade natural à sociedade civil, isto é, ao Estado Civil, que irá originar o poder político e as leis.

Essa transição se dá por meio do contrato social, ou pacto social, pelo qual os indivíduos renunciam à liberdade natural e à posse natural de bens, riquezas e armas e concordam em atribuir ao soberano o poder para criar e aplicar as leis, contexto em que o ser humano aceita, portanto, sacrificar a sua liberdade em nome da sua segurança, de maneira a instituir a soberania e justificar o Estado Moderno.

Nessa mesma linha de pensamento, descreve Cesare Beccaria (1764, p. 23-24) que, para que o poder de punir existisse, foi necessário aos homens que estes abdicassem de uma porção de sua própria liberdade, a fim de que pudessem usufruir do restante dela com mais segurança, uma necessidade que surgia com o desenvolvimento desmesurado do Estado. No entanto, a porção de liberdade sacrificada pelos homens seria sempre a menor possível e, justamente por isso,

resta justificada a inadmissibilidade do seu uso descabido para o fim do poder de punir. Nas palavras do autor:

[...] só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pô no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo.

As penalidades impostas na execução do *potestas puniendi* são os meios coercitivos pelos quais o Estado promove a proteção dos bens, valores e interesses mais politicamente relevantes para a sociedade. Ainda assim, vale recordar que o Direito Penal deve sempre fruir de uma atuação subsidiária. A este respeito, ensina Cezar Bitencourt (2022, p. 63):

Quando nos referimos à proteção subsidiária de bens jurídicos como limite do *ius puniendi* estatal, avançamos, portanto, ainda mais na restrição do âmbito de incidência do Direito Penal. Pois o caráter subsidiário da proteção indica que a intervenção coercitiva somente terá lugar para prevenir as agressões mais graves aos bens jurídicos protegidos, naqueles casos em que os meios de proteção oferecidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico se revelem insuficientes ou inadequados para esse fim.

Ocorre que, uma vez ultrapassado o limite justificável para a aplicação da pena e os princípios constitucionais limitadores desta – como o princípio da intervenção mínima –, visualiza-se no contexto fático a incidência de um abuso do *potestas puniendi* por parte do Estado, razão pela qual as prisões se encontram abarrotadas de apenados, de penas e execuções sem processos regulares, em um sistema penal que, nas palavras de Zaffaroni (2010, p. 66): “se dirige quase sempre contra certas pessoas mais que contra certas ações”, tendo em vista que o que sustenta sua ação filtradora é a seletividade enrustida neste.

Insta acrescentar, nesse sentido, que a falência do modelo clássico de aprisionamento é herança da inépcia da humanidade em erradicar a persistência do conflito de classes, uma vez que a raiz do problema reside na detenção dominante do poder por parte de uma única parcela da população sobre a criação da norma penal, parcela que se utiliza da mesma para satisfazer seus interesses pessoais e proteger sua posição favorecida em relação aos demais. O comportamento criminoso não passa, portanto, de uma espécie de construção social que seleciona meticulosamente os sujeitos criminalizados por este esquema, de forma a manter, assim, o seu propósito de perpetuar a desigualdade em níveis de poder e riqueza. A este respeito, afirma Alessandro Baratta (2002, p. 165):

Estas justificações são uma ideologia que cobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas.

Apesar de restar estabelecido que o problema é oriundo de uma falha estrutural do sistema penal, é insustentável qualquer solução para este que remeta a teorias extremistas de descriminalização e despenalização, tendo em vista que o contexto político-econômico do país carece de recursos para substituir o atual modelo por um que fosse excepcionalmente minimalista, como o abolicionismo penal proposto pela obra de Louk Hulsman (ZAMBIASI et al., 2018).

As ferramentas utilizadas para a aplicação do *potestas puniendi* passaram por um longo e árduo caminho de evolução ao longo da história para que se transformassem nas penas como são conhecidas hoje. Até o período Iluminista, por exemplo, era comum que as penas tivessem caráter aflitivo, penas capitais e corporais eram aplicadas e vistas pelo público como um espetáculo, em que se intuía desmoralizar o indivíduo e a sua família perante a comunidade, não à toa, as execuções eram realizadas em praça pública (GRECO, 2015).

O encarceramento é consideravelmente menos inclemente do que as penas capitais e corporais. É certo admitir que a criação das penitenciárias representa, portanto, um progresso para a justiça penal no que concerne à observância dos direitos humanos. Apesar disso, ainda que seja possível reconhecer o seu progresso, a restrição completa de liberdade presidida pela instituição carcerária é, muitas vezes, mais perigosa do que a pena corporal, no que diz respeito à atividade de trabalho do preso e da discricionariedade do poder punitivo, como bem destacam Melossi e Pavarini (2006, p. 229):

O açoite provoca sofrimento (por isso é temido), sem prejudicar irremediavelmente a integridade física (leia-se, para o trabalho). Por conseguinte, trata-se de uma hipótese disciplinar que, ao contrário da sanção da “cela de isolamento” (acompanhada da diminuição da ração de alimentos ou da privação da luz ou ainda da impossibilidade física de deitar-se) não “destrói” a força de trabalho. O poder de punir é totalmente discricionário. Não existe, de fato, um regulamento que contemple as hipóteses em que a sanção possa/deva ser aplicada, nem se conhece o órgão disciplinar que deva decidir a esse respeito.

Eugenio Raúl Zaffaroni (1991), quando fala sobre a Teoria Agnóstica da Pena, ensina que as teorias criadas pelo bojo doutrinário para definir a finalidade das sanções penais visam, na realidade, legitimar o monopólio de controle do poder jurisdicional da função do Estado no sistema punitivo.

De acordo com essa teoria, os discursos que perpassam a função da pena são meramente falaciosos e servem para o fim de sustentar a lenda da ressocialização. São, em seu âmago, atos políticos que tendem a enfatizar a ação do Estado de Polícia em detrimento do Estado de Direito, se pautando na seletividade arbitrária que escora o controle social punitivo monopolizado da entidade estatal.

A seletividade com que é exercido esse controle social punitivo garante que os indivíduos “estereotipados” caracterizem, em sua maioria, o público-alvo que abastece as celas das penitenciárias. A esse respeito, explana Zaffaroni (1991, p. 130):

Nas prisões encontramos os estereotipados. Na prática, é pela observação das características comuns à população prisional que descrevemos os estereótipos a serem selecionados pelo sistema penal, que sai então a procurá-los. E, como a cada estereótipo deve corresponder um papel, as pessoas assim selecionadas terminam correspondendo e assumindo os

papéis que lhe são propostos.

Em outros termos, a sociedade toma por base a população carcerária a fim de gerar o estereótipo do delinquente e, com isso, todo aquele que se assemelha ao perfil traçado é perseguido pelo sistema penal e, ao perceber o papel a si atribuído, o estereotipado o internaliza e o aceita, se aproximando, cada vez mais, da qualificação que lhe fora imposta coercitivamente.

Pode-se auferir desse comportamento que o indivíduo estereotipado e criminalizado não tem expectativa de ser visto de outra forma pela coletividade, não se presta a mudar, posto que sabe, em seu íntimo, que de nada servirá clamar por justiça, sua imagem resta corrompida, e o Estado precisa punir-lhe para que possa proceder à manutenção do monopólio de poder.

Sob a perspectiva de Zaffaroni, portanto, as penas são de todo ilegítimas. Não apenas isso, vale dizer que quase tudo que é derivado do sistema penal atual carece de transformações condizentes com o que o contexto real verdadeiramente precisa.

As condições degradantes e desumanas a que são submetidos, a seletividade na aplicação das punições físicas e mentais, além da convivência entre distintas categorias de apenados em um mesmo ambiente – o que os proporciona o compartilhamento de experiências e, conseqüentemente, o aperfeiçoamento do *curriculum* criminoso –, em nada contribuem para a validação do conto da ressocialização. Mais do que isso, os estabelecimentos prisionais acabam por fazer com que pequenos delinquentes “evolam” e se tornem líderes de organizações criminosas, restando evidente, portanto, que essas condições a que são submetidos não fornecem nada além de prejuízos para a sociedade como um todo.

Vale referenciar, para fins de uma análise analógica, os autores James Q. Wilson e George Kelling (1982), em seu discurso sobre a “Teoria das Janelas Quebradas”, a qual infere que, se a janela de um edifício é quebrada e ninguém a repara, a curto prazo, todas as outras janelas sofrerão com o mesmo destino.

Supradita teoria sustenta que a desordem e o crime andam de mãos dadas e que este último se apresenta como a seqüência do anterior. Em 1969, o Dr. Philip Zimbardo, psicólogo de Stanford, realizou experimentos no sentido de testar a referida teoria. Seu experimento consistiu em estacionar dois automóveis, sem as placas de identificação e com os capôs abertos, em regiões de cidades distintas, um no bairro Bronx, em Nova Iorque, e o outro em Palo Alto, na Califórnia, de maneira a analisar qual seria a reação das comunidades frente à situação dos veículos.

O resultado obtido foi que, no Bronx, cerca de dez minutos após o abandono, o veículo já havia sido atacado por vândalos que removeram suas peças e, ao final do dia, quase tudo de valor havia sido levado. Não apenas isso, o mesmo teve suas janelas quebradas e a tafeçaria destruída. Já em Palo Alto, o veículo permaneceu intacto por mais de uma semana, até que Zimbardo decidiu amassá-lo com uma marreta e, após algumas horas do feito, este também passou a ser vandalizado.

Vale ressaltar, no entanto, que, apesar de comunidades diferentes terem reagido de maneiras diferentes ao experimento, o resultado eventualmente se consagrou, bastando, para tanto, que barreiras morais, como a noção de prudência e cuidado, fossem ultrapassadas. Nos termos da obra:

Em virtude dos comportamentos inveterados dos moradores do Bronx, habituados ao senso de descaso e abandono, observou-se que, nesta localidade, o vandalismo surgiu de maneira muito mais rápida do que em

Palo Alto, onde os moradores se guiam pela noção de que a propriedade privada deve ser zelada e preservada. No entanto, o vandalismo pode ocorrer em qualquer lugar, uma vez que os obstáculos morais – o senso de cuidado mútuo e as obrigações de civilidade – sejam transpostos por ações que transmitam um sinal de que ‘ninguém se importa’ (WILSON; KELLING, 1982, p. 31, tradução nossa).

Depreende-se do desfecho do estudo, que, assim como os médicos atualmente reconhecem que é mais importante adotar a saúde preventiva do que simplesmente tratar enfermidades, também a polícia e a sociedade devem reconhecer a importância de manter as comunidades livres de janelas quebradas, de forma a evitar a banalização da desordem e a conseqüente criminalidade.

A violação dos direitos fundamentais dos presos apenas faz com que estes se sintam cada vez mais seduzidos à marginalidade e, conseqüentemente, à reincidência criminal, conforme observa Ana Paula de Barcellos (2010, p. 41) quando afirma que “o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência”.

Desde o momento de sua concepção, as penas têm sido as responsáveis por um dos maiores problemas sociais que atormentam o presente contexto, isto é, o aumento do índice das taxas de criminalidade. Isto é demonstrado em estatísticas levantadas pelo Monitor de Violência do portal G1, o qual registrou que em maio de 2021 havia 322 pessoas encarceradas para cada 100 mil habitantes no Brasil, totalizando cerca de aproximadamente 680 mil presos. De acordo com os dados apurados, as penitenciárias brasileiras teriam capacidade para abrigar apenas 440.530 presos, portanto, existia um déficit de pelo menos 241.652 vagas na época da pesquisa (SILVA, 2021).

Ainda que conste a previsão da garantia dos direitos fundamentais dos presos e da preservação de sua integridade física e moral na legislação brasileira, as disposições legais não se aplicam à realidade. Isto é, as celas brasileiras são pequenas, superlotadas e insalubres, e a alimentação dos presos é de quantidade e qualidade insuficientes, sem contar que são agredidos fisicamente e castigados em confinamentos de solitária, em celas escuras e sem ventilação por mais de 15 dias (BOND, 2020).

Por este motivo é que, inspirado na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, a partir da ADPF 347, o sistema prisional brasileiro como um Estado de Coisas Inconstitucional, decisão mediante a qual se buscou combater as violações e as falhas estruturais relativas às políticas públicas do Estado por meio de uma atuação conjunta entre as entidades estatais.

A referida arguição de descumprimento de preceito fundamental, sustentada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), teve por justificativa, em suma, a violação de preceitos fundamentais por atos comissivos e omissivos do Poder Público e a inexistência de medidas alternativas capazes de corrigir o cenário caótico.

A decisão destacou em seu teor que as violações aos direitos fundamentais dos presos acabam por alimentar ainda mais o problema da criminalidade, de forma a ratificar a atribuição do título de escola do crime às penitenciárias brasileiras.

Nesta ocasião, o Supremo Tribunal Federal deferiu duas das oito medidas cautelares requeridas pelo PSOL: a audiência de custódia, com a apresentação do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas contados do

momento da prisão e a liberação das verbas contingenciadas do FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional).

No entanto, embora tenha sido reconhecida, neste ato, a necessidade de corrigir as mazelas do sistema prisional brasileiro causadas pela desídia do Poder Público, verifica-se no contexto atual a carência dos efeitos práticos da decisão.

Por todo o exposto alhures e devido à crise que vive o sistema carcerário brasileiro relativa à superlotação das penitenciárias e as condições precárias em que vivem os presos, bem como ao alto índice de reincidência criminal no país, é que as parcerias público-privadas ganham espaço no debate da viabilidade ou não de sua aplicação no âmbito do sistema prisional para o fim de solucionar a crise carcerária do Direito Penal.

### **3 DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E SUA VIABILIDADE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

A parceria público-privada provém da evolução das relações econômicas entre o indivíduo e o Estado ao longo da história. Isso porque, conforme relembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019), o desenvolvimento do Estado Liberal é que deu origem à necessidade de remediar as consequências negativas trazidas pela autonomia individual exacerbada, utilizando-se, para tanto, da ascensão do conceito de *Welfare State*, ou Estado do Bem Estar Social, o qual prima essencialmente por valores de igualdade e de socialização do Estado, isto é, da ampliação da sua atuação frente a solução dos problemas sociais de modo a garantir o bem comum.

Ocorre que, em decorrência da concentração de atribuições à competência do Estado neste cenário, tornou-se ele incapaz de prover a devida eficácia e qualidade da execução e prestação de serviços. Nesta senda é que surge o Estado Democrático de Direito, mediante o qual se buscou intermediar os interesses individuais e os coletivos para o fim de conquistar maior eficácia na prestação de serviços.

A partir deste contexto, a reforma na Administração Pública tornou-se necessária, e o Estado, por meio de concessões e permissões, pôde delegar algumas de suas funções à iniciativa privada, de modo a aliviar a sua sobrecarga e beneficiar a população direta e indiretamente através do meio-termo e da desmonopolização das funções públicas.

A permissão se distingue da concessão por se tratar de mero ato unilateral e discricionário que não garante quaisquer direitos ao parceiro particular, uma vez que não possui natureza contratual. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, s/p):

O vocábulo 'permissão' possui um sentido amplo, que designa o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público por terceiros. [...] A forma pela qual a permissão se distingue da concessão sempre esteve em sua diversa natureza: enquanto a concessão é contrato e, portanto, instituto que assegura maior estabilidade ao concessionário, em função do estabelecimento de direitos e deveres recíprocos, especialmente decorrentes do estabelecimento de um prazo, a permissão é ato unilateral, discricionário e precário, não envolvendo, por isso mesmo, qualquer direito do particular contra a Administração Pública.

A parceria público-privada é regulada por um contrato de concessão, isto é, um contrato firmado entre a administração pública e uma empresa privada, mediante



o qual o Poder Público transfere a execução de serviços de sua competência à empresa privada. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, s/p):

Pode-se definir concessão, em sentido amplo, como o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.

De acordo com Di Pietro (2019), a concessão ainda se divide em: concessão de serviço público, concessão patrocinada e concessão administrativa.

A concessão de serviço público, ou concessão comum, é a modalidade de contrato administrativo, disciplinada na Lei nº 8.987/1995, em que a remuneração provém diretamente de tarifa paga pelo usuário do serviço.

Já na concessão patrocinada, há o pagamento da referida tarifa e, também, uma contraprestação concedida pelo parceiro público ao parceiro privado, conforme dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.079/2004. Neste caso, poderá, no entanto, haver a aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/1995, de acordo com o que prevê o § 1º do art. 3º da Lei nº 11.079/2004.

A modalidade de concessão administrativa, por sua vez, é caracterizada quando a remuneração básica pelo serviço provém do parceiro público e este é usuário direto ou indireto do serviço, mesmo que envolva questões como a execução de obra ou o fornecimento e a instalação de bens, segundo explicita o art. 2º, § 2º, da Lei nº 11.079/2004.

Embora a modalidade administrativa seja regida pela Lei nº 11.079/2004, o art. 3º da referida lei dispõe em seu caput que os arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei 8.987/1995 e o art. 31 da Lei nº 9.074/1995 poderão ser aplicados adicionalmente.

A Lei 11.079/2004 especificou, em seu art. 2º, que a parceria público-privada se trata de um contrato de concessão, o que significa que deve ser obrigatoriamente de modalidade patrocinada ou administrativa, esclarecendo no § 3º do mesmo artigo que não pode ser constituída por concessão comum.

Por meio do contrato de concessão administrativa de parceria público-privada, o Estado pode delegar à iniciativa privada algumas de suas atribuições, como a construção, a manutenção e a gestão do estabelecimento prisional. Nesta ocasião, os presos são usuários diretos do serviço prestado pelo particular, enquanto a Administração Pública é usuário indireto da relação contratual entre eles.

Embora algumas funções estatais possam ser delegadas, o CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, estipulou no art. 2º da Resolução nº 08 de fevereiro de 2002 quais são os serviços que podem ser executados pelo parceiro privado e quais são restritos ao parceiro público. Em suma, os procedimentos que envolvam a execução da pena são de competência exclusiva do Poder Público, não podendo ser transferidos ao parceiro privado. O parceiro privado não tem legitimidade para exercer o *potestas puniendi*, sendo este apenas responsável pela gestão administrativa do presídio.

Ademais, vale ressaltar que, além da atuação punitiva do Estado, a este também é atribuído o dever de fiscalizar e controlar os atos administrativos do parceiro privado, visando evitar que ocorram violações às cláusulas contratuais pactuadas e os dispositivos legais da Lei Federal.

Em 2013, foi inaugurada no Brasil a primeira penitenciária provinda de uma parceria público-privada, a Ribeirão das Neves, localizada em Belo Horizonte, Minas Gerais. Trata-se de um modelo essencialmente realizado por meio dessa esquemática, isto é, refere-se ao modelo desde sua licitação e projeto, ao passo que outras penitenciárias brasileiras se limitam, ainda hoje, à terceirização de alguns serviços, como ocorre, por exemplo, na PIG (Prisão Industrial de Guarapuava), com relação à alimentação e a oferta de assistência médica, psicológica e jurídica aos presos (MASSUCHETTO, 2017).

No Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves, a gestão é delegada à GPA – Gestores Prisionais Associados, e, no contrato de 30 anos firmado entre as partes, encontra-se estipulada a imperatividade da cogestão, isto é, da presença de agentes públicos dentro das unidades prisionais para desempenhar, em conjunto com o agente privado, cada uma das funções administrativas, a fim de evitar possíveis abusos que poderiam surgir por parte do parceiro privado. A concessionária recebe do Estado uma remuneração mensal por preso para arcar com os custos de alimentação, estudo, trabalho, higiene, água, luz, o pagamento de servidores e a manutenção e construção do presídio (FONTES, 2019).

A estrutura da penitenciária se distingue daquelas geridas exclusivamente pelo Poder Público na medida em que propicia aos detentos melhores condições de estadia e perspectiva para a vida futura, além de garantir que os seus direitos fundamentais sejam melhor observados. Isto é, as instalações da construção incluem salas de aula, ambiente de trabalho, sistema de monitoramento eletrônico e automação etc., e os detentos têm direito à banho de sol, à assistir televisão e às visitas sociais regulares (inclusive íntimas, para os comprovadamente casados ou que constituam união estável).

É nítido que, na prática, a realidade observada na penitenciária de Ribeirão das Neves deveria ser mais abrangente e se estender à todos os presídios brasileiros, mas isso infelizmente não ocorre, especialmente nas ditas cadeias públicas, onde são recolhidos os presos provisórios. Na Cadeia Pública de Cascavel, Estado do Paraná, por exemplo, os recolhidos são mantidos em celas sem iluminação, sem ventilação e que excedem consideravelmente a sua capacidade de lotação, bastando uma visita ao local para averiguar a impossibilidade de todas as pessoas ali mantidas sequer ficarem em pé no mesmo ambiente, motivo pelo qual suspendem-se em redes que alcançam até o teto.

A omissão clara do Estado em concretizar as políticas públicas e exercer a sua função adequadamente foi a principal responsável pela declaração do Estado de Coisas Inconstitucional por parte do Supremo Tribunal Federal. Em decorrência disso, buscam-se maneiras de solucionar tal cenário, sendo a parceria público-privada possivelmente uma delas.

Importante ressaltar que a PPP em nada tem a se relacionar com privatização, tendo em vista que em momento algum é possível verificar a transferência permanente de um ativo ou serviço para o setor privado, o qual deverá, na verdade, concordar com os prazos estipulados em contrato para o cumprimento das suas funções. Além disso, não é como se as funções administrativas fossem restritas ao setor privado, uma vez que o setor público atua, de forma ativa, como parte da parceria pelo que se estenderá por um longo período. A responsabilidade de tratar de questões como a fiscalização e a execução das penas permanece sendo de titularidade do Estado (DI PIETRO, 2019; *id.*, 2020).

Os opositores desse modelo discutem a respeito do lucro que seria

direcionado aos representantes do setor privado em decorrência do trabalho realizado pelos detentos na instituição carcerária. No entanto, vale lembrar que o investimento não seria proveniente do trabalho realizado pelos presos, mas sim do Estado, como regulamentado pelo próprio contrato. Além disso, o trabalho do preso é regimentado pela Lei de Execução Penal, a qual assegura que não haverá margem para que este seja explorado, bem como para que incida a violação de seus direitos fundamentais (MORO et. al., 2020; ROSTIROLLA, 2018).

É certo que, demonstrado o interesse por parte do setor público em fiscalizar o regime alternativo e garantir o cumprimento das exigências legais e do bom funcionamento do contrato, o sistema proposto poderá se tornar uma próspera saída para as principais dificuldades apresentadas pelo modelo atual, como a superlotação das penitenciárias, as condições insalubres e precárias das instalações carcerárias, o abandono do preso pelo Estado e as altas taxas de criminalidade e violência noticiadas diariamente no país. A insuficiência de recursos para o melhor funcionamento do sistema prisional é que torna plausível recorrer à iniciativa privada para suprir a ineficiência observada nos presídios atuais (MORO et al., 2020).

Contudo, para que ela seja aplicável e eficiente, é necessário observar que algumas tarefas são indelegáveis, como, por exemplo, a jurisdição da execução penal e as funções de caráter disciplinar. Por outro lado, tarefas que envolvem a construção e manutenção das instituições carcerárias, o setor alimentício, higiene, assistência à saúde e à segurança, por exemplo, podem ser desempenhadas pelo parceiro privado, conforme se observa em penitenciárias que adotam a terceirização destes serviços no país (DI PIETRO, 2019).

O sistema penal fracassa devido à centralização da prestação dos serviços públicos exclusivamente nas mãos de um único setor, o qual se vê sobrecarregado diante da gigante demanda a que necessita atender e, dessa forma, falha em oferecer um serviço de qualidade. Pensando em aprimorar o funcionamento da administração pública é que foi desenvolvida a Lei nº 11.079/2004, a qual regulamenta a licitação e contratação das parcerias público-privadas no âmbito da administração pública.

Por tudo isso é que se visa propor que a PPP seja uma alternativa à crise do sistema prisional. Somente superada a tendência do ser humano naturalizar e aceitar as instituições como são, e de acreditar que assim devam permanecer, é que será possível traçar novos caminhos e contribuir para a eficiência real do esquema sancionatório do Estado, apresentando soluções para questões problemáticas como a superlotação das penitenciárias, a insalubridade e a perpetuação da “escola do crime” (ROSTIROLLA, 2018).

## **CONCLUSÃO**

O sistema penitenciário urge por uma solução à crise que há muito tempo vivencia. Desde sua criação, os estabelecimentos prisionais têm falhado em alcançar a ressocialização e a prevenção, objetivos que interessam não tão somente aos apenados, como também à sociedade como um todo, visto que as taxas de criminalidade e violência seriam reduzidas uma vez que esse sistema fosse adequadamente gerido. Na verdade, da forma como se encontra, a execução penal acaba por se tornar mera ferramenta necessária ao Estado para a perpetuação do controle social punitivo que exerce.

Por mais que a administração das instituições carcerárias seja de competência exclusiva do Estado, a insuficiência de recursos financeiros por parte

deste para atender às necessidades urgentes da população carcerária tem grande influência no resultado negativo visualizado hodiernamente no cenário prisional, pois é a responsável pelas vastas violações a direitos fundamentais que acabam por agravar os quadros de criminalidade.

Por isso é que surge a alternativa da adoção do contrato administrativo das parcerias público-privadas como saída para a crise que aflige o sistema penal, uma vez que, com a aplicação deste modelo, os presos teriam seus direitos fundamentais observados e a dignidade seria restaurada no cumprimento de suas penas, o que, conseqüentemente, contribuiria como remédio para o Estado de Coisas Inconstitucional declarado pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, uma vez que controlado o sentimento de abandono presenciado pelas comunidades marginalizadas.

A adoção desta medida tem o potencial para aprimorar o funcionamento do sistema prisional brasileiro se devidamente desempenhada. Isto é, na sua execução, alguns limites devem ser estabelecidos, como as tarefas que serão delegadas ao parceiro privado e ao parceiro público, sendo que as atribuições jurídicas, disciplinares e fiscalizadoras, por exemplo, seriam exclusivamente de competência do setor público, enquanto a alimentação, a higiene, a assistência médica e jurídica dos presos etc., poderiam ser providas pelo investimento de capital do setor privado.

Por todo o exposto, conclui-se que as parcerias público-privadas podem ser, sim, aplicadas ao atual sistema prisional brasileiro para o fim de atenuar os efeitos de uma das maiores problemáticas que assolam o país. Isso porque, apesar de ser a pena ilegítima em seu âmago e de representar um cenário que não é o ideal, a realidade não permite fantasiar com um cenário em que esta tenha seu papel erradicado ou, ao menos, reduzido por enquanto, pois, apesar de inadequada em vários sentidos, ainda é a medida que se tem para lidar com a criminalidade desenfreada dos dias atuais. Portanto, se ela precisa ser aplicada, que seja de forma mais humana e compatível com os preceitos fundamentais possível, que sejam respeitados os direitos essenciais à vida e à dignidade humana, para que o sistema penal não se reduza a mero instrumento que vise tão somente castigar e segregar o delinquente, mas que lhe forneça os aparatos necessários para tornar a sua existência mais sustentável, o que, historicamente, a humanidade se provou incapaz de realizar.

## REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. *Das Penas e da Execução Penal*. 3 ed. Belo Horizonte: DelRey, 1996.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana*. Revista de Direito Administrativo nº 254, 2010.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 11. ed. Março de 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro:

Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução por Matheus Coutinho Figuinha. 1. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2020. E-book.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte geral*. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BOND, Letycia. Estudo revela precariedade em presídios e agressões contra detentos. *Agência Brasil*, São Paulo, 28 de jun. de 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/estudo-revela-precariedade-em-presidios-e-agressoes-contradetentos>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. Lei Federal Nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública*. 29. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Lei Federal Nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. *Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública*. 29. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

CABRAL, Thiago. Estado de Coisas Inconstitucional: análise do julgamento da ADPF 347. *Canal Ciências Criminais*, 08 de jun. de 2022. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/analise-do-julgamento-da-adpf-347/>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2000.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. *Resolução nº 8 de 09 de dezembro de 2002*. São Paulo: DOU de 11/12/02, Seção 1, p. 127.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FONTES, Giulia. Como funciona o complexo de Ribeirão das Neves, única PPP penitenciária do país. *Gazeta do Povo*, 14 de jun. de 2019. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/parana/ribeirao-das-neves-unica-ppp-penitenciaria-do-brasil/>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed., v. 1, Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas Perdidas*. O Sistema Penal em Questão. Tradução por Maria Lúcia Karam. 2. ed. Niterói: Luam, 1997.

MASSUCHETTO, Márcio U. Parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro. *Revista Âmbito Jurídico*, 01 de dez. de 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/parceria-publico-privada-no-sistema-penitenciario-brasileiro/>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução por Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

MORO, Sérgio Fernando. et. al. As parcerias público-privadas e o sistema penitenciário brasileiro: possibilidade de solução da crise carcerária. *Revista Jurídica Unicuritiba*. Curitiba.V.04, n.61, p.891-915, Out-Dez. 2020.

REIS, Washington Pereira da Silva dos. *Exames criminológicos sob os fundamentos das funções reais da pena*. Curitiba, 2010. Disponível em: <<https://www.academia.edu/33316692/>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

ROSTIROLLA, Luciano. A adoção das parcerias público-privadas no sistema prisional como medida efetiva para reinserção social dos presos. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XXI, n. 35, p. 63-94, jan./jun. 2018.

SILVA, Camila Rodrigues da. et. al. Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, Brasil se mantém na 26ª posição em ranking dos países que mais prendem no mundo. *G1*, mai/2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>>. Acesso em: 05 mar. 2022.

SILVA, Odair Vieira; VIEIRA, Cláudia Konstansky. As teorias contratuais de Nicolau Maquiavel e Thomas Hobbes e suas contribuições para a justificação do Estado

Moderno. *Revista Científica Eletrônica da Pedagogia* – ISSN: 1678-300. Ano 16, n. 29, jul./2017.

WACQUANT, Löic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução por Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001, Revan, 2003.

WILSON, James Q; KELLING, George L. *Broken Windows: The police and neighborhood safety*. *The Atlantic Monthly*, mar/1982. p. 29-38.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução por Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ZAMBIASI, Vinícius Wildner; KLEE, Paloma Marita Cavol; SOUZA, Hugo Siqueira de. Louk Hulsman e o abolicionismo penal: análise crítica da teoria. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 20, n. 32, p. 309-351. jul/dez. Disponível em <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>. Acesso em: 10 abr. 2022.

## **A (IM)POSSIBILIDADE DO JULGAMENTO DO CRIME DE ECOCÍDIO PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

### **THE (IM)POSSIBILITY OF THE JUDGMENT OF THE CRIME OF ECOCIDE BY THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT**

**Katlem Christina Steinheuser de Souza<sup>3</sup>  
Vinícius Wildner Zambiasi<sup>4</sup>**

**RESUMO:** A importância da proteção e preservação do meio ambiente em âmbito internacional é inquestionável, tendo em vista que, os danos ambientais em larga escala, não surtirão consequências somente aos limites territoriais de um único Estado, mas sim afetarão o ecossistema por um todo. Sua natureza é una. Não é à toa que se dispõe de um direito constitucional específico, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CRFB). Em vista disso, a presente pesquisa busca analisar a possibilidade do delito de ecocídio, apesar da ausência de previsão expressa no Estatuto de Roma ser submetido à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, a partir da verificação da existência ou não de elementos idôneos. Para tanto, a pesquisa em tela aborda brevemente o desenvolvimento histórico da definição de ecocídio, percorrendo as principais características do Tribunal Penal Internacional (TPI), analisando sua criação e esclarecendo sua competência de julgamento. Diante de todo exposto, foi possível visualizar que, atualmente, não há uma estrutura legal eficaz para lidar com o delito de ecocídio em nível internacional, bem como o fato de que, por ausência de previsão legal, o ecocídio não é passível de julgamento propriamente dito pelo TPI, mas tão somente sob remotas hipóteses, constituindo-se como instrumento de concretização de outros crimes, tais como o Genocídio ou Crimes contra a Humanidade. Isto posto, apesar da inegável premência em proporcionar uma maior e mais efetiva proteção ao Meio Ambiente, uma vez que se trata de um direito transgeracional, que deve ser preservado, pois também pertence às próximas gerações a fim de assegurar a sobrevivência da espécie humana, bem como todas as outras, ainda impera a necessidade de resguardar princípios basilares do Direito Penal e do Direito Internacional Público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ecocídio, Tribunal Penal Internacional, Direito Penal Internacional.

**ABSTRACT:** The importance of protecting and preserving the environment at the international level is unquestionable, taking into account that large-scale environmental damage will not only have consequences for the territorial limits of a single State, but will affect the whole ecosystem. Its nature is one. It is not by chance that there is a specific constitutional right, the right to an ecologically balanced

---

<sup>3</sup> Acadêmica do Curso de Direito no Centro Universitário – UNIVEL.

<sup>4</sup> Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Público pela FMP. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo CERS. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo.



environment (art. 225 of the CRFB). Therefore, the present research seeks to analyze the possibility of the crime of ecocide, despite the absence of an express provision in the Rome Statute, to be submitted to the jurisdiction of the International Criminal Court, from the verification of the existence or not of suitable elements for that. As a result, this research briefly addresses the historical development of the definition of ecocide, covering the main characteristics of the International Criminal Court (ICC), analyzing its creation and clarifying its judgment competence. On that account, it was possible to see that, currently, there is no effective legal framework to deal with the crime of ecocide at the international level, as well as the fact that, due to the absence of legal provision, ecocide is not subject to judgment properly said by the ICC, but only under remote hypotheses, constituting itself as an instrument for the realization of other crimes, such as Genocide or Crimes against Humanity. Thus, despite the undeniable urgency to provide greater and more effective protection to the Environment, since it is a transgenerational right, which must be preserved, as it also belongs to the next generations, to ensure the survival of the human species and all others, there is still a need to protect basic principles of Criminal Law and Public International Law.

**KEYWORDS:** Ecocide; International Criminal Court; International Criminal Law.

## INTRODUÇÃO

O meio ambiente se relaciona diretamente aos direitos humanos, uma vez que a proteção ambiental, não se limita apenas ao “âmbito ecológico”, mas sim interfere no bem-estar, na saúde e na vida em um contexto geral dos seres humanos, seja direta ou indiretamente. Por conseguinte, faz-se indiscutível a necessidade de medidas drásticas contra a frequente e aterradora degradação do meio ambiente, tendo em vista que, mesmo diante dos atuais regulamentos estabelecidos com o viés de prevenir a destruição ambiental, estes não estão sendo efetivos em impedir ou até mesmo punir os desastres ecológicos em grande proporção.

Os danos causados ao ecossistema e a destruição em grande escala tornam a recorrer, levando a severas crises climáticas e ecológicas a nível mundial e, embora tenha ocorrido um progresso significativo, as deficiências na esfera ambiental ainda estão vastamente vigentes.

Hodiernamente, apesar da existência de tratados, acordos e processos judiciais, a tutela do meio ambiente, bem jurídico de alta relevância, configura-se extremamente precária. Leis nacionais e tratados internacionais existem para auxiliar na proteção da natureza, a qual é imprescindível para o bem-estar de todos, mas está evidente que tais regimentos se mantêm imprecisos para seu efetivo resguardo.

No decorrer dos anos, as nações passaram a tomar mais consciência diante da temática em prol da comunidade internacional, dada sua repercussão após vivenciar as consequências de toda destruição causada ao meio ambiente, seja pelas mudanças climáticas ou os desastres ambientais cada vez mais frequentes, movidos, principalmente, pelo temor a possíveis (e ainda piores) efeitos que poderão surtir, caso estes não sejam obstados.

Em razão disso, impulsionados pela busca de respostas ou possíveis soluções mais eficientes, tem-se constatado um aumento no surgimento de

movimentos internacionais atuando em prol de uma maior conscientização em nível global, bem como buscas de uma regulação internacional mais rígida que possa reprimir tais calamidades.

Em vista disso, a presente pesquisa buscará analisar a possibilidade de punição do dano ambiental de grande proporção, intitulado como “Ecocídio”, apesar da ausência de previsão expressa no Estatuto de Roma, ser submetido à jurisdição do Tribunal Penal Internacional sem a efetiva inclusão de um quinto crime no rol do Estatuto de Roma.

Inicialmente, as hipóteses apontam que a possibilidade de acolhimento do crime de Ecocídio pelo Tribunal Penal Internacional oportunizaria os Estados Partes do Estatuto de Roma a enfrentar os desafios atuais relacionados à temática, representando um grande interesse a nível internacional, além de contribuir para uma mudança de consciência global, aprimorando a proteção do meio ambiente de forma mais efetiva, por se tratar de uma proposta de uma ferramenta jurídica nova e prática.

Ainda sob tal prisma, há posicionamentos, como dos autores Hellman, Gordilho e Ravazzano que aduzem, em tese, possível previsão do crime de ecocídio de forma abstrata como um crime contra a humanidade, dada a menção de “outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental”, no artigo 7º, alínea “k” do Estatuto de Roma, e o fato de que as tragédias ambientais causam perdas não somente materiais, mas também de vidas, interferindo no bem-estar, na saúde e na vida em um contexto geral dos seres humanos. Em contrapartida, sob a perspectiva de entendimentos divergentes, como o de Sylvia Steiner, aduzem que, diante da ausência de previsão legal expressa no artigo 5º, ou seja, dispositivo que descreve os crimes de competência da Corte em questão e, portanto, na hipótese de acolhimento do ecocídio no Estatuto de Roma, haveria, em tese, uma violação do princípio da legalidade, sendo que um dos fundamentos para a efetiva criação do Tribunal Penal Internacional foi a possibilidade de estabelecer uma corte permanente, sem lesionar princípios basilares do Direito Penal, como é o caso do princípio supramencionado.

Destarte, para que seja possível a compreensão da efetiva indispensabilidade e pertinência da temática serão abordados na presente pesquisa aspectos à luz do Direito Internacional Público e do Direito Penal, aludindo alguns princípios pertinentes ao embate, bem como a conceituação do crime de ecocídio e sua aplicação.

Ulteriormente, sendo o âmago da presente pesquisa, o estudo em questão terá seu enfoque no Tribunal Penal Internacional, visando analisar brevemente sua criação e esclarecer sua competência de julgamento, explorando suas principais características para que, por fim, faça-se possível a conclusão acerca da possibilidade de deliberação ou não por tal Corte do delito de ecocídio.

## **2 O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

O meio ambiente, conceituado pela Lei Federal 6.938/1981, também denominada como “Lei da Política Nacional do Meio Ambiente”, o define em seu artigo 3, inciso I, como 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” (BRASIL, 1981).

Assim, é possível evidenciar que o elemento basilar do meio ambiente é a vida em geral, não sendo restrito apenas no que concerne à humanidade, mas englobando tudo que é vivente, bem como todas as espécies animais e vegetais.

Por sua vez, a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) estabelece em seu artigo 225 que todos possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, constituindo ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O meio ambiente, portanto, caracteriza-se como um direito difuso, o qual é pertencente a toda coletividade, sendo ao mesmo tempo de todos e ainda das futuras gerações e, em razão disso, sua preservação é imprescindível. Trata-se, em síntese, de um direito de responsabilidade intergeracional (SIRVINSKAS, 2011).

No entanto, ao decorrer dos anos, o consumo desenfreado de recursos, com o intuito de maior obtenção econômica, tem refletido significativamente em todo ecossistema e, por consequência, vem afetando a vida humana, alcançando uma escala de catástrofes em proporções nunca vistas antes, ocasionando, além da destruição do meio ambiente, incontáveis consequências gravíssimas à população, as quais são por muitas vezes, irreversíveis (MARTIN-CHENUT; NEYRET; PERRUSO, 2015).

O fato de que, anualmente, mais pessoas morrem em razão da má qualidade do ar, do que morriam nos anos da 1ª Guerra Mundial é, no mínimo, preocupante. Diante do exposto, faz-se irrefutável a necessidade de adoção de condutas e atividades que sejam compatíveis com a manutenção e a menor danificação possível ao meio ambiente, tendo em vista que se trata de um direito da coletividade, o qual todos possuem o dever de zelar, carecendo de efetiva punibilidade àqueles que o violam (MACHADO; ARMADA, 2020).

## 2.1 A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE EM ÂMBITO INTERNACIONAL E OS DIREITOS HUMANOS

Após a percepção pelos Estados de que os problemas ambientais ultrapassam fronteiras, tornou-se possível perceber uma maior preocupação para com a defesa ambiental, o que tomou um grande espaço na agenda internacional, conforme se atesta pela realização de diversas conferências versando sobre tal temática, as quais têm se tornado cada vez mais frequentes (MAZZUOLI, 2020).

Em razão de tal demanda, originou-se o Direito Internacional do Meio Ambiente, constituindo um dos temas mais relevantes em âmbito global, ao lado da proteção aos Direitos Humanos, sendo estes diretamente interligados, considerando que, somente com a garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado é que se faz possível o exercício e a efetiva realização dos Direitos Humanos.

De tal forma, bem como expõe Guido Soares (2003), as normas internacionais de proteção ao meio ambiente têm sido reputadas como um complemento ao direito do homem, especialmente em relação ao direito à vida e à saúde humana. Tal afirmação pode ser vislumbrada, por exemplo, na declaração da Conferência das Nações Unidas (1972), que versava sobre o Meio Ambiente Humano e, expressamente, declara que o meio ambiente humano, natural e artificial, são primordiais para o bem-estar do homem e para o efetivo gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à própria vida (ORGANIZAÇÃO

DAS NAÇÕES UNIDAS, 1972).

Consoante ao exposto, extrai-se do Princípio I da Declaração de Estocolmo (1972):

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. A esse respeito, as políticas que promover ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira permanecem condenadas e devem ser eliminadas (BRASIL, Decreto nº 2.241, 1997).

Assim, considerando que o contexto ambiental influencia o bem-estar, a saúde e a vida em um contexto geral dos seres humanos, seja direta ou indiretamente, evidencia-se o fato de que o meio ambiente e os direitos humanos estão continuamente interligados.

Como exemplo de tal afirmação, tem-se o recente desastre ambiental ocorrido no Brasil em janeiro de 2019, no qual a barragem da mineradora Vale se rompeu, originando um trágico evento, onde a lama de rejeitos de minério matou quase trezentas pessoas, ocasionando danos ambientais imensuráveis e irreversíveis, comprometendo a vida de toda comunidade, tendo em vista que, além da perda de diversas vidas humanas, teve-se como consequência: a impossibilidade do uso da água de rios para abastecimento rural e urbano, a redução da disponibilidade de emprego, diminuição de renda, aumento da incidência de doenças e diversos prejuízos para a economia local. Ainda, em setembro de 2022, completou-se mais de mil dias de buscas às vítimas, as quais permanecem sem previsões concretas para que cheguem ao fim e também, sem qualquer punição aos responsáveis, sendo mais uma razão pela qual a temática da presente pesquisa se faz tão pertinente (G1, 2022).

Portanto, a percepção de proteção dos direitos ambientais não se limita tão somente ao contexto de proteção à “poluição advinda da industrialização” e afins, pois tal questão abrange um vasto universo amplo e complexo, envolvendo todo o planeta. Problemas relacionados à esfera ambiental detêm o poder ofensivo de colocar em risco toda a saúde mundial, sendo este um fator decisivo para a efetiva inserção do tema “meio ambiente” no âmbito de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2020).

Isto posto, faz-se inquestionável o fato de que a proteção do meio ambiente não é de competência exclusiva interna dos países, sendo responsabilidade de toda comunidade internacional, incluindo a preservação da natureza em todos os seus aspectos, tendo por objetivo a tutela do direito à sadia qualidade de vida, em todos os seus funcionamentos, conjecturando-o como um dos aspectos dos direitos fundamentais da pessoa humana (MAZZUOLI, 2020).

Todavia, diante da ineficiência da legislação atual para a resolução de problemas sensíveis à comunidade global e, principalmente, no que concerne ao contexto de risco diante da esgotabilidade dos recursos naturais em decorrência do comportamento humano na terra, há um potencial desencadeamento de catástrofes cada vez mais preocupantes, o que tem impulsionado muitos a buscarem respostas ou possíveis soluções mais eficientes, bem como uma regulação internacional mais rígida, com o fim de obstar tais calamidades (REHDER, 2015).

## 2.2.0 ECOCÍDIO

No que concerne à origem da nomenclatura “ecocídio”, tem-se o termo derivado do grego *oikos*, (*casa*) e do latim *occidere* (matar, demolir), significando a “destruição da própria casa”, isto é, da Terra. Ainda, a concepção de ecocídio adotada pelo movimento *End Ecocide on Earth* (2014) consiste no dano ou destruição extensa, tendo como consequência uma alteração significativa e duradoura dos bens comuns globais ou dos sistemas ecológicos da Terra.

Acerca de seu surgimento, é possível observar registro de sua criação em meados da década de 1970, em razão da reação à assolação suportada pelo Vietnã, devido à utilização de herbicidas pelo Exército Americano no século XXI, com o objetivo de desfolhar áreas florestais que pudessem ocultar as forças da guerrilha comunista durante a realização da chamada Operação *Ranch Hand* e, assim, destruir as plantações que alimentariam os inimigos.

No entanto, foi comprovada a relação entre a utilização de tais agentes químicos com as inúmeras doenças sofridas pela população local e pelos soldados americanos, sendo possível observar como consequência a ocorrência de abortos espontâneos, doenças de pele, câncer, defeitos congênitos e malformações, além das diversas resultâncias da depredação causada ao meio ambiente que permeiam até os dias atuais (OLIVEIRA, 2020).

Dessarte, visando a responsabilização do Governo Estadunidense pelo crime de guerra então cometido, realizou-se a Conferência sobre os Crimes de Guerra e a Consciência Americana (1970), oportunidade na qual, o biólogo Arthur W. Galston, participante da assembleia em questão, apresentou o fruto de seu trabalho que tratava de herbicidas, propondo que, o ocorrido no Vietnã deveria ser reconhecido como “ecocídio”, termo este definido como a “destruição voluntária e permanente do ambiente em que um povo pode viver da maneira que escolhe” (OLIVEIRA, 2020).

No entanto, novas perspectivas passaram a ser englobadas no termo de ecocídio, principalmente, em razão das consequências das ações humanas e das diversas condutas realizadas por grandes corporações, atingindo toda a sociedade e o meio ambiente em geral. Exemplo disso faz-se a exposição de Polly Higgins (2012) que, buscando estender o alcance do termo, propôs a integração em sua definição da extensa destruição, dano ou perda do(s) ecossistema(s) de um determinado território, seja pela agência humana ou por outras causas, a tal ponto que o desfrute pacífico dos habitantes desse território tenha sido severamente diminuído.

Em resposta às consequências da destruição ao meio ambiente, tem-se verificado um aumento no surgimento de diversos movimentos internacionais, tais como *End Ecocide on Earth*, *Stop Ecocide* e *Ecocide Law*, que atuam em prol de uma maior conscientização, bem como visam a promoção e o aprofundamento acerca da possibilidade de julgamento para recepcionar, proteger e julgar os danos ambientais de grande proporção, denominados como ecocídio, pelo Tribunal Penal Internacional (OLIVEIRA, 2020).

Recentemente, mais precisamente em junho de 2021, a *Stop Ecocide Foundation*, uniu seus especialistas, incluindo advogados do mundo todo, investigadores e diplomatas internacionais, propiciando uma fusão de experiências em legislações criminais, ambientais e climáticas para a elaboração de um “Painel de Definição Legal de Ecocídio”, o qual reuniu a perspectiva de centenas de ideias

para que, assim, fosse possível um consenso acerca do texto central da definição do Ecocídio.

O painel em questão teve êxito, demonstrando uma grande expectativa para que este seja considerado um crime internacional. Assim, o resultado do Painel para a nova tipificação jurídica do termo Ecocídio se deu em:

*Ecocídio* 1. Para os fins deste Estatuto, "ecocídio" significa atos ilegais ou arbitrários cometidos com o conhecimento de que há uma probabilidade substancial de danos graves e generalizados ou de longo prazo ao meio ambiente sendo causados por esses atos. 2. Para os fins do parágrafo 1: a. "Devassado" significa negligência imprudente por danos que seriam claramente excessivos em relação aos benefícios sociais e econômicos previstos; b. "Grave" significa dano que envolve mudanças adversas muito graves, interrupção ou danos a qualquer elemento do meio ambiente, incluindo graves impactos na vida humana ou natural, recursos culturais ou econômicos; c. "Ampla" significa dano que se estende além de uma área geográfica limitada, cruza limites estaduais, ou é sofrido por todo um ecossistema ou espécie ou um grande número de seres humanos; d. "Longo prazo" significa dano que é irreversível ou que não pode ser reparado por meio recuperação natural dentro de um período de tempo razoável; e. "Ambiente" significa a terra, sua biosfera, criosfera, litosfera, hidrosfera e atmosfera, bem como o espaço sideral (*Stop Ecocide Foundation, 2021, p. 5*).

A fundação, bem como todos seus apoiantes, espera que a definição proposta pelo Painel sirva de fundamento para a consideração de uma alteração ao Estatuto de Roma (Tribunal Penal Internacional), visando a inclusão do Ecocídio como novo crime ao Direito Penal Internacional. Tal proposta sugere uma ferramenta jurídica nova e prática, indicando uma potencial contribuição de grande aptidão para uma mudança de consciência a nível global, em apoio ao aprimoramento da proteção do meio ambiente, para que, a partir de uma transição no quadro jurídico, o futuro do planeta se dê de forma mais efetiva, clara e colaborativa, oportunizando os Estados Partes do Estatuto de Roma a enfrentar os desafios atuais relacionados à temática, e, principalmente, representando um avanço para o fim da impunidade às graves violações (*Stop Ecocide Foundation, 2021*).

Em concepção análoga, para os autores Djalma Alvarez Brochado Neto e Tarin Cristino Frota Mont'Alverne (2020), a efetiva tipificação e o julgamento dos crimes ambientais em nível internacional seriam extremamente positivos, na medida que:

A constituição de crimes internacionais surge como proposta para solução de alguns dos problemas encontrados na governança global ambiental. Primeiro, uniformiza o entendimento sobre um mínimo a ser protegido, um limite sob o qual as condutas são inadmissíveis, merecendo reprovação global. Segundo, funcionaria como modelo para ordenamentos jurídicos nacionais, internalizados e processados localmente. Terceiro, com seu caráter coercitivo, puniria os transgressores e, principalmente, estimularia códigos de prevenção, nos principais agentes, baseados, no mínimo, no limite da proteção conferida pela norma (BROCHADO NETO, MONT'ALVERNE, 2020).

Conforme o exposto, especialmente a partir do século XX, foi possível observar diversas iniciativas de definição deste novo tipo penal, intitulado como

“ecocídio”, como reação à toda destruição ambiental sofrida, visando a prevenção e a devida punição às condutas geradoras de danos extensivos ao meio ambiente e, conseqüentemente, à vida em geral. No entanto, tais tentativas não findaram, e a exemplo disso tem-se que, atualmente, no Brasil, há um projeto de lei em tramitação (PL 2787/2019) no qual, entre outras providências, visa a tipificação do crime de ecocídio.

Não obstante, a efetiva tipificação e processamento por mecanismos globais de garantia de direitos, como o Tribunal Penal Internacional, são cada vez mais requeridos, tendo em vista que a ausência de um órgão internacional competente, possibilita o tratamento desigual em face à prevenção e a repressão da ecocriminalidade (CHENUT-MARTIN; NEYRET; PERRUSO, 2015).

### 3 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Em decorrência das inúmeras violações de direitos humanos em um passado próximo, sobretudo durante o século XX, a ideia de um *jus puniendi* em âmbito internacional passou a se tornar uma necessidade, tendo em vista a ausência de uma estrutura global de proteção aos direitos humanos, com a finalidade de impedir que as violências vivenciadas tornassem a ser realidade novamente, significando um verdadeiro resgate da cidadania mundial (MAZZUOLI, 2020).

Em razão de tal anseio para com a criação de uma Justiça Penal Internacional, somadas às críticas aos tribunais *ad hoc*, o Tribunal Penal Internacional originou-se por meio do Estatuto de Roma, sendo a primeira instituição global permanente de caráter penal internacional (ARAUJO, 2022).

O Tribunal Penal Internacional, instalado nos Países Baixos, mais especificamente em Haia, foi criado a partir do Estatuto de Roma (1998), durante a Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, dando início às suas atividades no ano de 2002, após alcançar as 60 ratificações mínimas para tanto, sendo um grande marco na história mundial, principalmente no que concerne ao combate às violações dos direitos humanos.

Em fevereiro de 2000, o Brasil assinou o tratado internacional, tendo-o aprovado por meio do Decreto Legislativo nº112, de 06 de junho de 2002 e, posteriormente, o promulgado pelo Decreto sob nº4.388 em setembro de 2002, momento em que o governo brasileiro se tornou efetivamente parte do mesmo. O Estatuto de Roma passou a integrar o direito brasileiro com *status* de norma constitucional, impossibilitando que quaisquer direitos e/ou garantias nele incorporados sejam suprimidos, inclusive por emenda constitucional (BRASIL, 2002).

O TPI, sendo dotado de personalidade jurídica própria, consiste em uma ferramenta jurídica valorosa, tendo em vista sua competência para processar e julgar alguns dos crimes mais graves que afetam a comunidade internacional, assim denominados *jus cogens* (ANJOS, 2019).

#### 3.1 CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS

O Tribunal Penal Internacional, por meio do Estatuto de Roma, efetivamente impulsionou a Teoria da Responsabilidade Penal Internacional dos indivíduos, uma vez que, ao contrário de grande parte das Cortes Internacionais que julgam Estados, possui competência para processar e julgar pessoas físicas. Assim, o sujeito será responsabilizado individualmente por seus atos, sem prejuízo de

possível responsabilização do Estado envolvido (MAZZUOLI, 2020).

Distinguindo-se de seus predecessores, o TPI destaca-se pelo fato de se sujeitar a diversos princípios basilares do Direito Penal, tal como o Princípio da Anterioridade, tendo em vista que sua competência de julgamento ocorre tão somente em relação aos crimes previamente estabelecidos pelo Tratado de Roma, sendo vedada, portanto, qualquer retroação a fatos pretéritos (FABEL; COSTA; MASSAD, 2021).

Sua irretroatividade é reforçada no artigo 24, “1” do Estatuto em estudo, o qual prevê expressamente que nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto (ANJOS, 2019).

Outrossim, sua atuação é direcionada por outros diversos princípios de extrema relevância ao Direito Penal, tais como: o princípio da não retroatividade, visto que serão julgados somente os fatos praticados após a entrada em vigor do Estatuto, o princípio da legalidade, diante da previsão expressa no Tratados das condutas consideradas crimes e que, assim, serão processadas e julgadas por tal órgão, e o princípio da presunção de inocência, em que será considerado inocente, em regra, até que o contrário se prove (DONADELI, 2021).

Outra característica de grande relevância no que diz respeito ao TPI, refere-se ao seu caráter subsidiário, também denominado como “complementar” às jurisdições penais internas de seus Estados-membros. Assim, bem como exposto no preâmbulo do Estatuto de Roma, sua finalidade é processar e julgar os indivíduos pela prática dos crimes mais graves em âmbito internacional. Portanto, por atuar nos termos do princípio da complementaridade, somente exerce sua jurisdição de maneira subsidiária, isto é, em *ultima ratio*, quando o direito interno não o fizer, não puder ou o fizer de forma insuficiente, respeitando, portanto, a soberania interna dos Estados (FABEL; COSTA; MASSAD, 2021).

Assim, nas palavras de Flávia Piovesan (2000), o TPI se manifesta como um aparato complementar à jurisdição nacional, reiterando a concepção de que o Estado possui responsabilidade primária, mas em caso de sua inoccorrência, a responsabilidade da comunidade internacional é subsidiária.

Reforçando tal característica, Scalquette (2007) expõe que, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional atua como um “soldado de reserva”, tendo inicialmente como frente o sistema judiciário nacional e, tendo limitada sua atuação somente em casos de omissão ou incapacidade interna do Estado-membro.

Ademais, o Estatuto do TPI possui natureza centrífuga, o qual detém status supraconstitucional em face aos ordenamentos domésticos, caracterizando-se pelo fato de que suas normas derogam todo tipo de norma do Direito Interno. Seu conteúdo versa sobre direitos humanos, bem como regula situações ou relações que fogem dos limites da jurisdição doméstica ou regional da qual um Estado é parte e assim, dentro de suas competências, conduz o indivíduo à submissão e julgamento por tal órgão jurisdicional global, a qual é considerada uma autoridade da justiça universal (MAZZUOLI, 2020).

Relativamente ao seu critério *ratione loci*, isto é, no que diz respeito à sua competência territorial, tem-se que, nos termos do artigo 12, §2º, “a” do Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional possui competência sobre os atos praticados no território dos Estados-aderentes, independentemente da nacionalidade do indivíduo praticante ou por um nacional do Estado- parte (RAMOS, 2016).

Por fim, no que concerne à sua competência em relação às pessoas, o TPI



possui jurisdição *ratione personae* aos sujeitos dos Estados-membros, bem como sobre os nacionais de Estados não-signatários que aceitarem posteriormente a competência da Corte de Haia em relação a determinada conduta, desde que os indivíduos possuam mais de dezoito anos na data do fato, conforme se extrai dos artigos 12, §2º, “b”, §3º e 26 do Estatuto de Roma, respectivamente (ZAMBIASI, 2021).

### 3.2 COMPETÊNCIA MATERIAL DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Inicialmente, no que concerne à *ratione materiae* da Corte em análise, sua competência material se limita tão somente aos crimes internacionais *jus cogens*, também denominados “crimes centrais”, isto é, os “*core crimes*”, caracterizados por sua extrema proporção, uma vez que afetam toda comunidade em âmbito internacional, caracterizando-se pela violação de bens jurídicos de alta relevância e que, em razão disso, são tutelados pelo Direito Internacional Público (ANJOS, 2019).

As condutas de competência do TPI são previstas taxativamente no Estatuto de Roma, sendo elencadas em seu artigo 5º. São elas: o crime de genocídio; crimes contra a humanidade; crimes de guerra e, por fim, crime de agressão.

O genocídio, primeiro crime previsto no Estatuto de Roma, elencado em seu artigo 6º, corresponde ao ato cometido com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, racial, étnico ou religioso, compreendendo: a prática de homicídio de membros do grupo; ofensas graves à integridade física ou mental do grupo; sujeição intencional do grupo a condições de vida com a intenção de provocar sua destruição física, total ou parcial; imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo e/ou transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo (DONADELI, 2021).

Caracterizando-se como uma das maiores preocupações da segunda metade do século XX, insta salientar que a diferença entre o genocídio e os demais crimes é seu denominado “elemento mental” ou “*dolus specialis*”, tendo em vista que para a configuração do crime em questão, faz-se essencial que os atos supramencionados tenham sido cometidos com a intenção de destruir, total ou parcialmente, determinado grupo em razão de sua nacionalidade, etnia, raça ou religião (ZAMBIASI, 2021).

Ademais, tal elemento se caracteriza como um excludente quantitativo, uma vez que a conduta realizada à apenas poucos membros do grupo não irá configurar o crime de genocídio. Assim, pode-se afirmar que tais atos devem ter a intenção de lesionar ou atingir um número considerável da coletividade vitimizada (ZAMBIASI, 2021).

Relativamente ao segundo crime do rol do Estatuto de Roma, previsto mais especificamente em seu artigo 7º, os crimes contra a humanidade correspondem aos atos cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque, envolvendo: homicídio; extermínio; escravidão; deportação ou transferência forçada de uma população; prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; tortura; agressão sexual; perseguição de um grupo ou coletividade, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero; desaparecimento forçado de pessoas; crime de *apartheid*; outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a

saúde física ou mental. (DONADELI, 2021).

Em razão da observância rígida que se tem com o princípio da legalidade, nota-se que houve uma grande preocupação em listar e prever a maior quantidade possível de condutas que se adequassem ao tipo penal em questão, uma vez que só será considerado típico o ato que amoldar-se perfeitamente à conduta enumerada no rol do Estatuto (ANJOS, 2019).

Já no que diz respeito aos crimes de guerra, previstos no artigo 8º do Estatuto de Roma, também denominados a título de “crimes contra as leis e costumes aplicáveis em conflitos armados”, referem-se às condutas praticadas em tempos de batalha, as quais não são justificadas por necessidades militares. Os crimes em questão possuem como fundamento o *jus in bello*, ou seja, o direito na guerra, correspondendo às limitações jurídicas ao exercício da guerra (MAZZUOLI, 2020).

Em síntese, nos termos do Estatuto em estudo, entende-se por crime de guerra: o homicídio doloso; tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas; destruição ou a apropriação de bens em larga escala, de forma ilegal e arbitrária; o ato de compelir um prisioneiro de guerra a servir nas forças armadas inimiga; privação intencional de um prisioneiro a um julgamento justo e imparcial; deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade; tomada de reféns; ataques à população civil em geral; ataques ao pessoal, instalações, unidades ou veículos que participem numa missão de paz ou de assistência humanitária; ferir um combatente que tenha deposto armas ou que, não tenha mais meios para se defender (DONADELI, 2021).

Dentre as mais de cinquenta condutas previstas em seu artigo 8º, é possível visualizar em seu item “2., b, iv” a menção aos danos ambientais no contexto de um conflito armado, a qual corresponde à única previsão expressa acerca de danos ao meio ambiente em todo o Estatuto de Roma:

Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa (Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 2002).

Por fim, em relação aos crimes de agressões, diante da inexistência de uma definição precisa acerca de tal conduta, tem-se uma vasta dificuldade para sua análise e, conseqüentemente, sua aplicabilidade, frustrando uma possível tentativa de responsabilização penal internacional. Acerca de tal crime, no §2º de seu artigo 5º, o Estatuto de Roma limitou-se em prever o exercício de sua competência relativamente ao crime de agressão desde que seja aprovada “uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime”, a qual pode ser realizada por emenda ou por revisão, tendo em vista a ausência de consenso quanto à tipificação de tal espécie de ilícito internacional (MAZZUOLI, 2020).

Concisamente, somente após as Assembleias de Kampala e de Nova York, realizadas em 2010 e 2017, respectivamente, houve a inclusão do art. 8º *bis*, §§1 e 2º no Estatuto de Roma, permitindo afirmar, por meio de sua previsão, que os denominados crimes de agressão compreendem o uso das forças armadas de um Estado em oposição à soberania, integridade territorial ou independência de outro,

as quais podem se concretizar por meio de atos de invasão, ataques, ocupações militares, bombardeios, bloqueios de portos ou costas, e até mesmo no envio de bandos armados ou mercenários atuantes em seu nome, violando manifestamente a Carta das Nações Unidas (ZAMBIASI, 2021).

Ante o exposto, findada a análise quanto à competência material do Tribunal Penal Internacional, passa-se a verificar a possibilidade de conformação típico-normativa dos delitos mencionados alhures ao delito em estudo: o ecocídio.

#### 4 POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DE CRIMES AMBIENTAIS PELO TPI

Inicialmente, sob a perspectiva de tipificação do ecocídio ao primeiro crime previsto no rol do Estatuto de Roma, o genocídio, esbarra-se em uma dificuldade expressiva: a existência de elemento subjetivo específico e a necessidade de prová-lo. Assim, uma vez que o *animus* do sujeito em aniquilar ou exterminar fisicamente determinado grupo caracteriza-se como um dos constituintes essenciais do crime de genocídio, em caso de inexistência de qualquer prova deste peculiar dolo, isto é, do intento de destruir determinado grupo nacional, étnico, racial ou religioso, não há o que se falar em crime de genocídio (ANJOS, 2019).

Em uma segunda análise, ainda sob a perspectiva do crime de genocídio, mais especificamente na alínea “c”, artigo 6º do Estatuto de Roma (2002), o qual prevê a “sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial”, poderia haver, em tese, a possibilidade de reconhecimento do crime de genocídio por meio de danos ao meio ambiente ou nele resultados.

Tal circunstância diz respeito a atos deliberados e intencionais de destruição ao meio ambiente, tendo como finalidade perpetrar o crime de genocídio, por meio de práticas que reduzem, prejudicam ou inviabilizam a utilização de recursos ambientais, de modo a provocar, ainda que lentamente, a destruição física de seus membros. Em vista disso, Netto e Oliveira (2018) explicam:

[...] Destruição de grupo por meio de “morte lenta”, ou seja, atos que não visam matar indivíduos rapidamente, mas são subjetivamente calculados para, em última instância, destruí-los. Isso ocorre, por exemplo, por meio de restrição do acesso à água potável, ou a privação de comida (NETTO E OLIVEIRA, 2018).

Verifica-se, portanto, que haveria a hipótese do ecocídio ser um meio para a prática do crime de genocídio, passível de julgamento pelo Tribunal Penal Internacional, mas não como um crime autônomo. Depreende-se pelo estudo do rol, a impossibilidade de tipificação do ecocídio *per se*, pelo menos no que concerne ao delito de genocídio, principalmente pelo fato de que, na prática, haveria uma enorme dificuldade em provar a existência do dolo específico para o crime em questão (ANJOS, 2019).

Avançando ao dispositivo seguinte, ao analisar as hipóteses elencadas no artigo 7º do Estatuto de Roma, o qual prevê os crimes praticados contra a humanidade, verifica-se, mais especificamente em sua alínea “k”, a cláusula que para muitos internacionalistas haveria a previsão, ainda que de forma abstrata, do crime de ecocídio, uma vez que dispõe, *in verbis*: “outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental” (BRASIL, 2002).

Sob tal contexto, havendo a prática de qualquer outro ato desumano

semelhante aos listados nas demais alíneas do dispositivo em estudo, tal como o ecocídio praticado dentro de um contexto ou uma política de ataques generalizados ou sistematizados contra a população civil e ocasionando em graves consequências à humanidade, estando presente a intenção de causar intenso sofrimento e/ou grave lesão à integridade física ou mental, visto que são elementos fundamentais do tipo, estar-se-á diante de um delito de competência do TPI (FABEL; COSTA; MASSAD, 2021).

Assim, constata-se a possibilidade do enquadramento do ecocídio como mecanismo para a concretização de crime contra a Humanidade, mas novamente, não como um delito autônomo e, em razão das peculiaridades elementares e o dolo específico do tipo penal, a sua tipificação e efetiva aplicação na prática seriam praticamente impossíveis (ANJOS, 2019).

Ademais, além da necessidade da intenção do agente, relativamente ao elemento subjetivo do dolo, há outro impasse para a promoção de uma efetiva tipificação e processamento de tal delito, que diz respeito à necessidade de comprovação de ciência prévia quanto aos possíveis resultados de sua conduta. Acerca de tal condição, no anuário da Comissão de Direito Internacional da ONU (1996), a entidade em questão estabeleceu que seria inconsistente submeter crimes ao Tribunal Penal Internacional sem o *animus* do agente, sendo imprescindível, portanto, a efetiva comprovação de sua intenção, não bastando a mera alegação de negligência, isto é, sob o fundamento que na hipótese de omissão, haveria conhecimento do risco de seus resultados (FABEL; COSTA; MASSAD, 2021).

De tal forma, ao analisar a realidade das catástrofes decorrentes do ecocídio, as quais resultam em mortes, intenso sofrimento, além dos irreversíveis e caríssimos danos ao meio ambiente, constata-se que estes são, geralmente, derivados de condutas negligentes, sendo, portanto, improvável que se consiga provar o dolo específico do tipo em questão.

Já no âmbito dos crimes de guerra (art. 8 do Estatuto de Roma), pode-se afirmar que há uma limitação à existência do tipo penal, especialmente à seguinte circunstância: necessidade da existência de dolo específico para a conduta, bem como que as práticas tenham se dado no contexto de guerra e de dano intencional (MACHADO; ARMADA, 2020).

Isto posto, existe a expressa menção aos danos ambientais no dispositivo em questão (art. 8º, b, IV do Estatuto de Roma), suas peculiaridades como ser praticado em um conflito armado internacional em desconformidade com as normas de Direito Internacional Público; ser proveniente de um ataque doloso, cometido de maneira de consciente e intencional; haver a existência denexo subjetivo de causalidade entre a prática e o dano ambiental causado; que tais prejuízos sejam extensos, duradouros e graves e, por fim, que tais danos causados ao meio ambiente sejam manifestamente desproporcionais à vantagem militar, as quais devem ser preenchidas cumulativamente para a tipificação do grupo em questão, tornando sua aplicação irreal. Nas palavras de Freeland (2004):

Assim, parece haver um risco real de que seja praticamente impossível atender aos critérios para a aplicação do artigo 8º(2)(b)(iv). Embora haja uma clara referência ao meio ambiente, pode ser muito difícil obter uma condenação com base nesse dispositivo quando se tratar de um ato que constitui um crime ambiental, dada a extensão do dano necessária para atingir o patamar definido (FREELAND, 2004).

Assim, à luz da exposição da ex-juíza do Tribunal Penal Internacional, Sylvia Steiner (2019), há a possibilidade de investigação e processamento de crimes que envolvam o meio ambiente, desde que estas estejam sendo realizadas como meio ou método de execução para os crimes previstos no Estatuto de Roma. No entanto, tais condutas serão analisadas sob a perspectiva de cometimento contra a humanidade, por exemplo, mas não contra o meio ambiente propriamente dito.

## CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, indubitavelmente há a premência de uma maior e mais efetiva proteção para com o meio ambiente, ante as imensuráveis proporções alcançadas pela destruição da natureza, bem como pelo fato de que as consequências de tais devastações não respeitam fronteiras entre Estados. Trata-se de um problema de âmbito internacional, não sendo passível de solução senão pela cooperação entre os Estados.

Pode-se afirmar que o ser humano, delatado por seu histórico, é uma criatura destrutiva e, movido cegamente por ganância, com a finalidade de obter cada vez mais poder econômico, passou a explorar de forma desenfreada os recursos naturais, os quais, infelizmente, são finitos. De fato, a espécie humana mercantilizou um dos seus bens jurídicos mais importantes: o meio ambiente. E a dívida a ser paga é cara.

Em razão de todo exposto na presente pesquisa, conclui-se que o delito de ecocídio não está inserido no rol do Estatuto de Roma e, por isso, não há a possibilidade de o crime em questão ser passível de julgamento pelo Tribunal Penal Internacional, por falta de previsão legal.

Ademais, ainda que existente a possibilidade de apreciação de crimes contra o meio ambiente sob as hipóteses explanadas no decorrer do artigo, caracterizando-se como meio ou método para a concretização de outros crimes, conforme demonstrado, dizem respeito à contextos extremamente improváveis e, portanto, sua aplicação é irreal. Em vista disso, tal hipótese não teria a somar, de forma a proporcionar uma maior efetividade no que concerne à prevenção ou punição aos crimes contra o meio ambiente.

Outrossim, existiriam outras adversidades para uma possível submissão do delito de ecocídio ao TPI, as quais dizem respeito aos seus próprios elementos internos. Consoante ao exposto, o Tribunal Penal Internacional não pode processar diretamente Estados ou pessoas jurídicas, limitando-se à perseguição de indivíduos naturais, o que demonstraria um grande empecilho na tentativa de processar e efetivamente punir grandes empresas ou companhias, as quais, notadamente, são responsáveis pela autoria de tal prática em grande parte dos casos. Ademais, insta salientar a impossibilidade da aplicação de analogia em qualquer caso, ante a vedação expressa no art. 22 do Estatuto de Roma, sob o denominado *nullum crimen sine lege*, revelando mais um motivo pelo qual seu documento de regulamentação deve ser respeitado e seguido com retidão.

Não obstante, o excelente papel que o Tribunal Penal Internacional tem desempenhado se dá, principalmente, em razão da segurança jurídica que transparece, tendo em vista que possui como fundamento a preservação e a observância dos princípios basilares do Direito Penal Internacional. Assim, sacrificar as próprias disposições do Direito, tendo como finalidade sanar uma problemática, mesmo que de extrema relevância, como é o caso do ecocídio, seria

contrário a todos os princípios e regras em que muito se lutou para conquistar. Logo, impera a necessidade de se resguardar as disposições do Direito Penal, bem como do Direito Internacional.

Dessarte, uma proposta de emenda ao Estatuto de Roma, visando o reconhecimento do ecocídio como um crime autônomo, aparenta ser o recurso mais adequado, posto que, ante uma crise ambiental em proporções cada vez maiores, emerge que se tomem medidas à altura.

## REFERÊNCIAS

- ANJOS, Pedro Henrique dos. *Justiça Penal Internacional e Ecocídio: a ampliação da competência material do Tribunal Penal Internacional para processar e julgar crimes ambientais*. Orientador (a): Rodrigo Arnoni Scalquette. 2019. 172 f. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, Curso de Direito, São Paulo/SP.
- ARAUJO, Camila Oliveira Honorato de. *Os limites e as possibilidades de apreciação do crime de ecocídio pelo Tribunal Penal Internacional*. 2022. 57f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2022.
- BRASIL. Lei Federal da Política Nacional do Meio Ambiente nº6.938, de 31 de agosto de 1981. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 02 set. 1981.
- BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. *Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm)>. Acesso em: 03 set. 2022.
- BROCHADO NETO, Djalma Alvarez; FROTA MONT'ALVERNE, Tarin Cristino (2020), “*Dano massivo ao meio ambiente: crime na guerra, mas não em tempo de paz? As organizações intergovernamentais e o próximo passo na governança global ambiental*”, *Scienza e Pace*, XI (1). Disponível em: <Dano massivo ao meio ambiente: crime na guerra, mas não em tempo de paz? As organizações intergovernamentais e o próximo passo na governança global ambiental (unipi.it)>. Acesso em: 21 de abr. de 2022.
- DONADELI, Paulo Henrique Miotto. *A formação histórica do Tribunal Penal Internacional e a relativização do conceito de soberania em face da universalização dos direitos humanos: o pós-guerra e a consagração da dignidade humana*. Disponível em: <[http://pos.unifacef.com.br/\\_livros/Vanguarda\\_Conhecimento/Artigos/Paulo\\_Henrique\\_Do\\_na\\_delli.pdf](http://pos.unifacef.com.br/_livros/Vanguarda_Conhecimento/Artigos/Paulo_Henrique_Do_na_delli.pdf)>. Acesso em: 12 ago. 2022.
- END ECOCIDE ON EARTH. *Ecocide*. Disponível em: <<https://www.endecocide.org/ecocide/>>. Acesso em: 02 mai. 2022.
- FABEL, Luciana Machado Teixeira; COSTA, Beatriz Souza; MASSAD, Fernando Antonio. *Ecocídio no Tribunal Penal Internacional: análise da viabilidade da*

jurisdição da corte internacional em casos de rompimentos de barragens de rejeitos de mineração. *Revista Jurídica (FURB)*, [S.l.], v. 25, n. 58, p. e9905, mar. 2022. ISSN 1982- 4858. Disponível em:

<<https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/9905>>. Acesso em: 16 ago. 2022.

FREELAND, S. Direitos Humanos, meio ambiente e conflitos: enfrentando os crimes ambientais. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, n. 2, 2005.

G1. *Mais de três anos após tragédia, bombeiros encontram crânio e outros segmentos em Brumadinho*. 21 set. 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2022/09/21/mais-de-tres-anos-apos-tragedia-bombeiros-encontra-m-cranio-e- outros-segmentos-em-brumadinho.ghtml>>. Acesso em: 23 set. 2022.

GORDILHO, Heron José de Santana; RAVAZZANO, Fernanda. *Ecocídio e o tribunal penal internacional*. *Justiça do Direito*, v. 31, n. 3, p. 688-704, 2017.

HIGGINS, Polly; MEHTA, Jojo. *Stop Ecocide Foundation*. Disponível em: <<https://www.stopecocide.earth/>>. Acesso em: 19 abr. 2022.

HIGGINS, Polly. *Ecocide Law*. Disponível em: <<https://ecocidelaw.com/>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

HIGGINS, Polly. *Eradicating Ecocide*. 2. ed. Londres: Shephard-Walwyn LTD, 2012. E- book.

LEGAL DEFINITION OF ECOCIDE COMPLETED. *Stop Ecocide Foundation*, 2021. Disponível em: <<https://www.stopecocide.earth/legal-definition/>>. Acesso em: 08 mai. de 2022.

MACHADO, Caroline; ARMADA, Charles Alexandre de Souza. Da possibilidade de reconhecimento do ecocídio pelo Tribunal Penal Internacional. *E-CIVITAS: Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH, Belo Horizonte- MG*, v. XIII, número 2, p. 121- 151, dez. 2020. Semestral.

MARTIN-CHENUT, Kathia; NEYRET, Laurent; PERRUSO, Camila. Rumo à internacionalização da proteção penal do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. *Revista e Direito Internacional*, supl. Teoria do direito internacional; Brasília v. 12, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://search.proquest.com/openview/6a116088188c9d9b98127b3478049f0f/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2031896>>. Acesso em: 21 de abr. de 2022.

MAZZUOLI, V. de O. *Curso de Direito Internacional Público*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NETTO, Cláudio Cerqueira Bastos; OLIVEIRA, Pedro Farias. O dano ambiental nos

crimes do Estatuto de Roma e o real impacto do Policy Paper on Case Selection and Prioritisation. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Cidade do Mexico, v. XVIII, pp.331-370, jan./dez. 2018.

OLIVEIRA, Letícia Marinho de Andrade. *O ecocídio e o Tribunal Penal Internacional: um estudo acerca do surgimento do termo e da proposta de emenda ao estatuto de roma*. Orientador: Profa. Dra. Tarin Cristino Frota Mont'Alverne. 2020. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza/CE.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. In: *Anais Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano*. Estocolmo, 6p., 1972.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REHDER, Guilherme Augusto Corrêa. Crimes ambientais como crimes contra a humanidade: a viabilidade de um julgamento no Tribunal Penal Internacional. Orientador: Professor Doutor Ricardo Stanziola Vieira. 2015. 131 f. *Dissertação (Mestrado)* – Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica: CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS, Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí/SC, 2015. Disponível em: <<https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/1717/>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *Elementos de soberania e do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: LCTE, 2007).

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 9. ed. rev, atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*, Barueri: Manole, 2003.

STEINER, Sylvia. Não existe crime de ecocídio no Tribunal Penal Internacional. *Consultor Jurídico (CONJUR)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-29/sylvia-steiner-nao-existecrime-ecocido-tribunal-penal-internacional>>. Acesso em 01 set. 2022.

ZAMBIASI, Vinícius Wildner. A jurisdição do Tribunal Penal Internacional nos casos de terrorismo internacional. In: Ednan Galvão Santos. (Org.). *Estudos Conimbricenses de Direito Público*. 1. ed. Porto Alegre: Editora Fi, 2021, v. 1, p. 426-451.



## **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXTRAÇÃO COMPULSÓRIA DE PERFIL GENÉTICO NO ÂMBITO DA LEI 12.654/2012 E DAS RESPECTIVAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELO PACOTE ANTICRIME**

### **THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF COMPULSORY EXTRACTION OF GENETIC PROFILE UNDER LAW 12.654/2012 AND THE ESPECTIVE CHENGES BROUGHT BY ANTICRIME PACKAGE**

**Maria Luiza Rodrigues Proença<sup>5</sup>  
Mônica Andreia Carvalho Guimarães<sup>6</sup>**

**RESUMO:** Com o advento da Lei 12.654/12, inseriu-se ao ordenamento jurídico brasileiro um novo método de identificação para indivíduos acusados de ilícitos penais: a identificação criminal através da extração de perfil genético. Esta inovação foi responsável por autorizar a coleta de material genético em sede de investigação preliminar e execução penal, no âmbito das Leis 12.037/09 e 7.210/84, respectivamente. Entretanto, hodiernamente, vislumbram-se controversos entendimentos acerca da aplicação prática da referida previsão legislativa, tendo por escopo os direitos e garantias resguardados pelos princípios constitucionais da presunção de inocência e da não autoincriminação, os quais regem o Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, o presente artigo, com respaldo em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, tem por objetivo analisar as polêmicas jurídicas no que concerne a extração compulsória de material genético, com fim de consolidar entendimento sobre a conformidade da Lei de Identificação Genética com o texto constitucional, bem como sobre os possíveis benefícios proporcionados ao Direito Processual Penal com a possível mitigação dos preceitos consagrados pela Constituição Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Identificação criminal. Genética. Pacote Anticrime. Presunção de Inocência. Não autoincriminação.

**ABSTRATC:** With the advent of Law 12.654/12, a new method of identification for individuals accused of criminal offenses was introduced into the Brazilian legal system: criminal identification through genetic profile extraction. This innovation was responsible for authorizing the collection of genetic material in preliminary investigation and criminal execution, under Laws 12.037/09 and 7.210/84, respectively. However, nowadays, there are controversial understandings about the practical application of the aforementioned legislative provision, having as scope the rights and guarantees protected by the constitutional principles of the presumption of innocence and non-self-incrimination, which govern the Democratic State of Law. In this context, this article, based on doctrinal and jurisprudential research, aims to analyze the legal controversies regarding the compulsory extraction of genetic

---

<sup>5</sup> Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Univel.

<sup>6</sup> Especialista em Direito e Planejamento Tributário. Professora de Processo Penal do curso de Direito do Centro Universitário Univel.

material, in order to consolidate an understanding of the compliance of the Genetic Identification Law with the constitutional text, as well as on the possible benefits provided to Criminal Procedural Law with the possible mitigation of the precepts enshrined in the Federal Constitution.

**KEYWORDS:** Criminal identification. Genetics. Anticrime Package. Presumption of Innocence. Not self-incrimination.

## INTRODUÇÃO

A identificação criminal é o conjunto de informações que determinam a identidade do sujeito acusado de um ilícito penal. Visa individualizar a pessoa humana através dos métodos previstos em lei, quais sejam: datiloscópico, fotográfico e genético.

Esta última forma de identificação, surgiu com o advento da Lei 12.654, promulgada em 28 de maio de 2012, legislação que proporcionou ao ordenamento jurídico brasileiro uma inovação singular: a identificação criminal através da coleta de material genético. Este método de identificação tem o fito de individualizar um determinado sujeito utilizando-se do ácido desoxirribonucleico (DNA), isto é, por meio da extração de material biológico, a fim de obter perfil genético do indivíduo e, posteriormente, viabilizar a criação e manutenção de bancos sigilosos para armazenamento dos dados coletados.

A Lei 12.654/12 alterou duas legislações, a saber, a Lei de Identificação Criminal (Lei 12.037/2009) e a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984). Em relação a alteração da Lei 12.037/09, nota-se a inserção da possibilidade de realização de coleta de material genético, com intento de identificar criminalmente um indivíduo acusado pela prática de um crime. Já no que concerne a Lei 7.210/84, a Lei de Identificação Genética instituiu a hipótese de identificação genética em fase de execução penal.

Sabe-se que a identificação genética em fase de execução penal tem como objetivo a classificação do indivíduo condenado por crimes dolosos com violência contra a pessoa, contra a vida, contra a liberdade sexual ou crime sexual contra vulnerável. Deste modo, havendo a condenação com trânsito em julgado e iniciado o cumprimento da pena, esses indivíduos serão obrigatoriamente submetidos à coleta de material biológico.

Por outro lado, a extração de material biológico em fase de investigação criminal, tem como pressuposto indispensável a imprescindibilidade da identificação genética para o curso e conclusão da investigação criminal, sendo que a efetiva coleta depende de prévia autorização do Poder Judiciário.

Em 2019, com a promulgação do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), houve uma nova alteração no conteúdo previsto acerca da identificação criminal genética. Esta legislação foi responsável por abordar a previsão de falta grave em decorrência da recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação pelo perfil genético e estabelecer, em suma, o prazo de 20 anos após o cumprimento da pena para exclusão do perfil genético do condenado dos bancos de perfis genéticos.

Ocorre que, as alterações mencionadas deram ensejo a uma série de polêmicas jurídicas, uma vez que alguns doutrinadores e juristas passaram a questionar a consonância da identificação criminal através da extração do perfil genético trazida pela Lei 12.654/12 e recentemente reformulada pelo Pacote

Anticrime com os princípios constitucionais da não autoincriminação e da presunção de inocência.

Para Lima (2020), a coleta compulsória de material genético para fins de identificação criminal se revelaria uma verdadeira dissonância com os princípios constitucionais da não autoincriminação e da presunção de inocência, haja vista que sempre que a produção de prova exigir um comportamento ativo do acusado faz-se necessário seu consentimento, sendo que a utilização de medidas coercitivas para obrigá-lo enseja na violação de tais direitos.

Por outro lado, a jurisprudência brasileira tem manifestando-se favoravelmente à aplicação da Lei de Identificação Genética, como fez o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (2022) quando entendeu que a identificação criminal pelo perfil genético não afronta os princípios constitucionais da presunção de inocência e da não autoincriminação, uma vez que esse método de identificação teria duas finalidades: servir como meio de identificação criminal para emprego em investigação em curso e constituir prova no posterior processo, mediante a comparação com os dados genéticos coletados em vestígios encontrados no local da prática dos crimes, sendo, portanto, plenamente legal.

Assim, a coleta do perfil genético como forma de identificação criminal é uma realidade no sistema processual penal brasileiro, todavia, ainda restam dúvidas se de fato a referida medida fere ou não princípios constitucionais de alto valor dentro do Estado Democrático de Direito, devendo tal ponderação ser realizada frente a necessidade da adoção de diligências proporcionais e razoáveis em cada caso concreto para, então, ser aplicada de modo a causar o menor impacto possível, mas efetivando o previsto em lei, discussão esta que abordar-se-á com a presente pesquisa.

## **2 DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL ATRAVÉS DO PERFIL GENÉTICO**

O ordenamento jurídico brasileiro prevê como formas de identificação humana a identificação civil e a criminal, sendo esta última admitida de forma subsidiária quando da prática de um ilícito. Muito embora a Súmula 568 do Supremo Tribunal Federal determine que “a identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”, o artigo 5º, inciso LVIII da Constituição Federal de 1988 expõe que o civilmente identificado não poderá ser submetido à identificação criminal. A partir disso, e em razão da supremacia constitucional, adota-se o caráter subsidiário da identificação criminal.

Em 2009, promulgou-se a Lei 12.037, a qual discorre exclusivamente acerca do tema de identificação criminal. Esse procedimento resume-se na reunião de informações sobre o indivíduo autor de um ilícito penal, com intuito de confirmar a correta identidade deste e assegurar a punição pelo Estado. A referida lei inseriu em seu artigo 3º, de forma taxativa, as hipóteses legais em que a identificação criminal do indivíduo é admitida, ainda que este já tenha sido identificado civilmente:

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

- I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;
- II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;
- III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;
- IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou

mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado. (BRASIL, Lei nº 12.037, 2009)

A Lei de Identificação Criminal, até 2012, previa somente os procedimentos datiloscópico, realizado com base nas saliências papilares do indivíduo, e fotográfico, que consiste nas imagens do acusado. Nas palavras de Lopes Jr. (2018, p. 143):

A identificação criminal prevista no art. 5º, LVIII, da CB, foi regulamentada pela Lei n. 12.037/2009 e constitui o gênero, do qual são espécies a identificação datiloscópica, a identificação fotográfica e a coleta de material genético (modificação introduzida pela Lei n. 12.654/2012).

Dessa forma, a Lei 12.654/2012 proporcionou ao Direito Penal, mais especificamente ao âmbito da identificação criminal, um avanço tecnológico singular, que consiste em uma mudança legislativa responsável por acrescentar ao rol taxativo das previsões de identificação criminal a identificação pelo perfil genético. Com o advento dessa legislação, modificou-se o conteúdo da Lei de Identificação Criminal (Lei 12.037/09) e, também, da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).

Em relação à Lei de Identificação Genética, Lima (2013) explica que essa inovação no ordenamento jurídico, além de instituir a extração de material biológico em fase de investigação criminal, autorizou a produção de material genético em sede de execução penal.

Ainda, no que concerne à matéria, recentemente, ambas as leis foram novamente alteradas com a promulgação do Pacote Anticrime (Lei 13.964/19). Dentre essas alterações, merece destaque a imposição de falta grave aos condenados que recusarem-se a submissão do procedimento de identificação pelo perfil genético, conforme o artigo 9-A, parágrafo 8º da Lei de Execução Penal.

Além disso, o Pacote Anticrime incluiu o artigo 7-A ao texto da Lei 12.037/2009, o qual, em seu inciso II, prevê o prazo de 20 (vinte) anos após o cumprimento da pena para exclusão do perfil genético do condenado dos bancos de dados, mediante requerimento da parte interessada.

## 2.1 EM FASE DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

No que concerne a extração de material biológico em fase de investigação criminal, tem-se que a inserção desta possibilidade no ordenamento jurídico alterou a Lei de Identificação Criminal (Lei 12.037/09), com ênfase no artigo 5º, parágrafo único:

Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3o, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil

genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012) (BRASIL, Lei nº 12.037, 2009)

Consoante exposição anterior, o artigo 3º da Lei 12.037/2009 menciona as hipóteses em que se é autorizada a identificação criminal, sendo que, o inciso IV traz como possibilidade as situações em que a identificação criminal for essencial às investigações policiais, desde que mediante despacho da autoridade judiciária competente.

De forma ampla, o referido inciso discorre que, quando houver necessidade para o curso e conclusão das investigações criminais, deverá a autoridade policial representar acerca do interesse na produção da identificação genética, com a consecutiva autorização do Poder Judiciário para, então, obter o perfil genético do indivíduo investigado. A identificação genética poderá ser determinada de ofício pelo magistrado ou a partir da representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa (LIMA, 2013). Nas palavras de Aury Lopes Jr:

Aproveitou a novatio legis a abertura do inciso IV, de modo que, embora o suspeito apresente documento de identidade, poderá ser feita a identificação criminal e a extração de material genético, sempre que for “essencial às investigações policiais” e houver decisão judicial. Ou seja, poderá o juiz determinar a extração de material genético de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa. (2022, p.1099)

Assim sendo, evidencia-se que existem dois pressupostos essenciais para que a identificação criminal se concretize na fase inquisitorial, são eles: necessidade para investigação e prévia autorização judicial. Os mesmos requisitos se aplicam a identificação criminal pelo perfil genético, tendo em vista que esta configura uma das modalidades de identificação no âmbito criminal.

Em razão do pressuposto de necessidade para a investigação, destaca-se que a identificação criminal pelo perfil genético em investigação preliminar não possui caráter de obrigatoriedade, mas sim de eventualidade ou mera possibilidade.

## 2.2 EM FASE DE EXECUÇÃO PENAL

Na extração de perfil genético de condenado que cumpre pena em estabelecimento prisional (fase de execução penal), a coleta do material biológico poderá ser realizada sem prévia autorização do Poder Judiciário, sendo necessário somente serem respeitados os requisitos previstos pelo artigo 9º-A da Lei 7.210/84 (LIMA, 2013).

Portanto, faz-se necessário a exposição do conteúdo inserido pela Lei 12.654/12 ao artigo 9º-A da Lei de Execuções Penais:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados

de identificação de perfil genético. (BRASIL, 2012)

Nesse sentido, Nucci (2015) compreende que a Lei de Identificação Genética estabeleceu a extração de material biológico em fase de execução penal, a qual destina-se, exclusivamente, aos condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, aos crimes contra a liberdade sexual, aos crimes sexuais contra vulneráveis e aos crimes hediondos (previstos pela Lei 8.072/90), tratando-se, portanto, de um rol taxativo.

Nesses casos, a identificação genética tem caráter obrigatório, desde que esta identificação não tenha sido realizada em investigação criminal preliminar, consoante previsão do §4º, incluído pelo Pacote Anticrime ao artigo 9-A da Lei 7.210/84:

§ 4º O condenado pelos crimes previstos no caput deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena. (BRASIL, 1984)

Segundo Brito (2022), a aplicação prática deste artigo consiste em submeter o condenado, ainda que compulsoriamente, a extração de material genético, posteriormente ao sistema penitenciário tomar conhecimento da sentença condenatória e receber ordem para iniciar o cumprimento da condenação:

Tal determinação deverá conter especificamente o método e o local de extração, que deverá ser regulamentado oficialmente pelo poder público a partir de um Decreto Regulamentar, para que se garantam a isonomia e a uniformidade do processo para atender à Lei no tocante ao método “adequado e indolor” nela previsto (BRITO, 2022, p. 205).

Brito (2022), explica que, em 2013, o Presidente da República, editou o Decreto n. 7.950, o qual atribuiu ao Comitê Gestor a responsabilidade para coordenação das ações e integração de dados entre os Estados e o Distrito Federal acerca da identificação criminal através do perfil genético.

Por meio da Resolução n.9 de 13 de abril de 2018, definiu-se a coleta de células da mucosa oral como meio para extração de perfil genético, o que, conseqüentemente, desautorizou a extração de material genético por coleta de sangue (BRITO, 2022).

Quando da efetiva coleta de material genético dos indivíduos condenados pelos crimes citados anteriormente, haverá o armazenamento em bancos de dados de perfil genético, sendo estes sigilosos e de acesso restrito, regulados pelo Poder Judiciário (NUCCI, 2015).

De acordo com Lopes Júnior e Gloeckner (2014), o material colhido utilizar-se-á como meio de prova futuramente, caso necessário. Ou seja, se eventualmente o condenado tornar-se suspeito do cometimento de novo crime, far-se-á comparação com o material genético armazenado no banco de dados.

Entretanto, caso a autoridade policial, o Ministério Público ou até mesmo a defesa, venha a precisar deste material como meio de prova, primeiramente, faz-se necessário a autorização do Poder Judiciário para acesso ao banco de dados e obtenção do perfil genético do acusado. Sendo que somente poderá utilizar-se do material se não existir outro meio de comprovar a autoria delitiva, se não pela identificação criminal por DNA (LOPES JÚNIOR; GLOECKNER, 2014).

Diante disso, vislumbra-se que a extração de material genético, tanto em fase de investigação criminal quanto em execução penal, é utilizada como meio de produção de provas, conquanto, hodiernamente, existem correntes doutrinárias, respaldadas em princípios constitucionais, que aduzem a ilegalidade deste método, conforme expor-se-á a seguir.

### **3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADUZIDOS EM CONTRARIEDADE A LEI 12.654/2012**

O sistema jurídico brasileiro é regulado e suportado por diversos preceitos basilares, os quais, comumente, denominam-se princípios. De forma ampla, os princípios, enquanto fontes do ordenamento jurídico, dão consistência ao Direito, seja ele material ou processual, de qualquer das áreas, inclusive penal e processual penal, as quais são objetos da pesquisa em comento.

Capez (2022), entende os princípios como postulados gerais, firmados em premissas éticas decorrentes da legislação, admitindo-se aos princípios fundamentais ou generalíssimos responsabilidade para conferir fisionomia, unidade e validade ao ordenamento jurídico.

Segundo Sarlet (2022), os princípios fundamentais são normas jurídicas vinculativas, com efeitos de eficácia e aplicabilidade, os quais, apesar de integrarem uma dimensão objetiva, assumem posição de direitos subjetivos:

Dentre os principais efeitos jurídicos dos princípios fundamentais está a assim chamada eficácia negativa, que se manifesta de diversas maneiras. Num primeiro sentido, ela enseja a revogação (ou a não recepção) de normas infraconstitucionais editadas antes da entrada em vigor da CF, que deixam de ser aplicadas naquilo em que frontalmente contrastam com o conteúdo da constituição. Numa segunda acepção, a eficácia negativa diz com a declaração de inconstitucionalidade (em sede de controle difuso ou concentrado) das normas infraconstitucionais posteriores quando em desacordo com a constituição (2022, p. 604-205).

Sendo assim, tendo em vista que os princípios, ainda que implícitos, podem servir de parâmetro para controle de constitucionalidade, evidencia-se que uma determinada norma infraconstitucional, quando em real contrariedade com algum dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito pode ser declarada inconstitucional.

Nesse contexto, analisar-se-á os princípios fundamentais da presunção da inocência e da não autoincriminação, ambos previstos explicitamente no texto da Constituição Federal de 1988, os quais são frequentemente invocados com fito de avaliar a constitucionalidade da Lei 12.654/2012 e seus desdobramentos.

#### **3.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA**

O princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade respalda-se, dentre outros tratados e legislações internacionais, no Pacto de San José da Costa Rica, ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Artigo 8 - Garantias judiciais.

(...)

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes

garantias mínimas:

(...)

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpada (...)

O referido princípio inspira-se também na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da ONU, que traz a seguinte previsão em seu artigo 11:

1. Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

No tocante a legislação brasileira, a presunção da inocência está expressamente prevista pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, Constituição Federal, 1988). Para Cretella Júnior:

Somente a sentença penal condenatória, ou seja, a decisão de que não mais cabe recurso, é a razão jurídica suficiente para que alguém seja considerado culpado. (...) Não mais sujeita a recurso, a sentença penal condenatória tem força de lei e, assim, o acusado passa ao status de culpado, até que cumpra a pena, a não ser que revisão criminal nulifique o processo, fundamento da condenação” (1990, p. 537).

Destaca-se que este princípio possui dois desdobramentos, o primeiro deles, analisado por Lima (2020), diz respeito ao fundo probatório, o que quer dizer que o ônus da prova recai única e exclusivamente sobre o órgão acusador, não cabendo ao acusado provar sua inocência, esta regra probatória é também conhecida como *in dubio pro reo*, amplamente defendida no ordenamento jurídico brasileiro. O outro desdobramento, discorre sobre a regra de tratamento, o qual prevê que, durante o trâmite do processo penal, o acusado não pode sofrer nenhuma restrição de direitos sob alegação de uma possível condenação (LIMA, 2020).

Em razão disso, depreende-se que, tanto em investigação preliminar como no curso do processo penal, o investigado não pode receber tratamento como se já houvesse sido condenado, enquanto não existir contra ele sentença condenatória com trânsito em julgado (LIMA, 2020).

Deste modo, previamente, pode-se verificar que o princípio da presunção da inocência é utilizado para refutar a previsão legislativa de identificação pelo perfil genético em fase de investigação policial.

### 3.2 DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

No que concerne à propositura de um processo penal constitucionalizado, o princípio da não autoincriminação ou princípio *nemo tenetur se detegere*, consiste na premissa de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Neste viés:

O princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos no interrogatório, sugestões e dissimulações. (QUEIJO, 2012, p. 77)



Ainda, de acordo com Queijo (2012), a expressão de origem latina *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir, de modo que, em decorrência deste entendimento, os indivíduos acusados pela prática de um ilícito penal não possuem o dever de se autoincriminar e nem mesmo de produzir provas em seu desfavor.

Nucci (2016, p.78) discorre quanto ao princípio da não autoincriminação ligando-o ao da presunção da inocência do seguinte modo:

Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo.

O princípio da não autoincriminação também está respaldado pelo texto constitucional, no que diz respeito a um de seus desdobramentos, uma vez que o artigo 5º, inciso LXIII protege o direito ao silêncio: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada assistência da família e de advogado” (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Lima (2020) expõe que o princípio da não autoincriminação possui diversos desdobramentos, entre eles o direito ao silêncio, consoante elencado alhures; o direito de não ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal; a inexigibilidade de dizer a verdade; e o direito do investigado/acusado de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo, sendo este o desdobramento mais importante a ser explanado neste momento. Acerca deste entendimento, destaca-se:

Por força do direito de não produzir prova contra si mesmo, doutrina e jurisprudência têm adotado o entendimento de que não se pode exigir um comportamento ativo do acusado, caso desse facere possa resultar a autoincriminação. (LIMA. 2020, p. 76)

Diante disso, denota-se que o direito a não autoincriminação pode ser invocado com fito de questionar a constitucionalidade da Lei 12.654/2012 e suas previsões em relação ao fornecimento de material genético pelo acusado em investigação preliminar e pelo condenado em execução penal, posto que em investigação preliminar o sujeito estaria produzindo prova para o processo ou inquérito policial pelo qual é investigado, e na execução penal o executado estaria disponibilizando provas para uma suposta futura imputação de crime.

#### **4 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.654/2012 E DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELO PACOTE ANTICRIME**

Neste momento, dar-se-á início às exposições quanto ao objeto principal da presente pesquisa, que consiste na análise de entendimentos que remetem a uma possível (in)constitucionalidade da identificação criminal através do perfil genético.

Primeiramente, em relação às possíveis problemáticas envolvendo os princípios da presunção de inocência e da não autoincriminação frente a identificação criminal através da extração de material genético, faz-se o apontamento a seguir:

Sem embargo desse entendimento, parece-nos que a validade dessa

identificação do perfil genético estará condicionada à forma de coleta do material biológico. Como o acusado não é obrigado a praticar nenhum comportamento ativo capaz de incriminá-lo, nem tampouco a se submeter a provas invasivas sem o seu consentimento, de modo algum pode ser obrigado a fornecer material biológico para a obtenção de seu perfil genético. Todavia, se estivermos diante de amostras de sangue, urina, cabelo, ou de outros tecidos orgânicos, descartadas voluntária ou involuntariamente pelo investigado na cena do crime ou em outros locais, parece-nos que não há qualquer óbice a sua coleta, sem que se possa arguir eventual violação ao princípio do nemo tenetur se detegere. (LIMA, 2020, p. 221)

Nesse mesmo contexto, “não se desconhece a possibilidade jurídica de se coletar material genético do investigado ou réu, para o fim de produzir prova de natureza criminal, desde que a providência seja precedida de seu livre consentimento” (MARCÃO, 2022, p. 86).

A partir disso, nota-se que, caso exista, o óbice para a efetiva aplicação da Lei 12.654/2012 se dá quando da extração de DNA de forma compulsória, ou seja, sem o consentimento do indivíduo, de forma que seja necessário o uso de coerção para obrigá-lo a assumir um comportamento contrário à sua vontade.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal de Justiça entende pela inconstitucionalidade da intervenção não consentida no corpo do acusado ou réu, debruçando-se no princípio da não autoincriminação:

Em sentido contrário: “I — A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o direito ao silêncio, previsto no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, deve ser interpretado de forma extensiva, sendo assegurado ao investigado ou ao réu o direito de não produzir prova contra si mesmo (princípio da não autoincriminação ou do nemo tenetur se detegere), razão pela qual não pode ser obrigado a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que possa incriminá-lo, direta ou indiretamente. II — De igual forma, o direito a não autoincriminação também permite ao investigado ou réu se recusar a fornecer qualquer tipo de material, inclusive de seu corpo, para realização de exames periciais, ressalvadas as hipóteses legalmente previstas, como para fins de identificação criminal (art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n. 12.037/09), bem como para a formação do banco de dados de perfil genético de condenados por crimes hediondos ou delitos dolosos praticados com violência de natureza grave contra pessoa (art. 9º-A da Lei de Execução Penal, incluído pela Lei n. 12.654/12). III — ‘Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal’ (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2020).

Ademais, sobre o princípio da não autoincriminação, elenca-se o direito que o acusado dispõe de não produzir provas incriminadoras que se traduzam em intervenções corporais, sejam elas invasivas ou não.

Lima (2013) entende que o exame de DNA, quando na intenção de identificação de perfil genético, nada mais é do que uma intervenção corporal invasiva com a finalidade de produção de prova, podendo ser usada em desfavor do

acusado a qualquer momento.

Da mesma forma, nos casos em que o sujeito se nega a colaborar para a produção de provas invasivas, não deve incidir nenhuma agravante sobre mesmo, em razão do exercício do livre arbítrio, amparado por garantia constitucional:

Cuidando-se do exercício de um direito, tem predominado o entendimento de que não se admitem medidas coercitivas contra o acusado para obrigá-lo a cooperar na produção de provas que dele demandem um comportamento ativo. Além disso, a recusa do acusado em se submeter a tais provas não configura o crime de desobediência nem o de desacato. (LIMA, 2020, p. 76).

Logo, observa-se visível contrariedade com a alteração proporcionada pelo Pacote Anticrime, que prevê, conforme já destacado, a imposição de falta grave ao condenado que cumpre pena em estabelecimento prisional que recusar-se a fornecer material biológico para inclusão no banco de dados de perfis genéticos.

Também em sentido de crítica as alterações trazidas pelo Pacote Anticrime na matéria de identificação genética, tem-se a análise de Silva (2020), quando menciona que considerar a recusa do apenado como falta grave impõe total descaso e irresponsabilidade com as consequências que essa imputação gera ao cumprimento da pena, uma vez que esta medida consiste na projeção de uma futura reincidência, impondo ao indivíduo a colaboração com uma eventual e incerta investigação de um crime ainda não cometido.

Marcão (2022) limita-se em apontar a inconstitucionalidade da extração de material genético de condenados e estipulação de falta grave quando da recusa:

Considerando que a extração compulsória de DNA tipificada no art. 9º-A é inconstitucional, resulta desnecessária a tarefa de discorrer sobre os parágrafos transcritos, inclusive no que diz respeito à nova modalidade de falta grave que o despreparado legislador tentou instituir, registre-se, em local topograficamente inadequado, da maneira como já havia procedido ao ensejo da Lei n. 12.654/2012, que introduziu na Lei de Execução Penal o art. 9º-A. (MARCÃO, 2022, p.87)

Para Brito (2022), a previsão legislativa de identificação criminal a partir de dados genéticos de réu condenado pelos crimes selecionados no artigo 9-A da LEP proporciona um constrangimento desnecessário e discriminatório, posto que a universalidade é pressuposto indispensável quando se trata de banco de dados.

Em contrariedade a extração de material genético em fase de investigação preliminar, destaca-se o seguinte entendimento de Brito:

Se o objetivo é concluir uma investigação, pura e simplesmente e não se adotar uma nova forma de catalogação civil, o ideal é que se continue investigando pelos métodos já existentes e não invasivos, como, por exemplo, deferindo mandados de busca e apreensão domiciliar, por meio do qual se poderá apreender material genético expelido pelo investigado naturalmente, como é o caso de coleta de fios de cabelo em banheiros ou saliva em escovas de dente etc. e posteriormente se faça uma comparação com material semelhante encontrado no local do crime. (2022, p. 2013).

Por outro lado, alguns especialistas em direito processual penal afirmam que acerca da extração obrigatória de material genético não há falar em qualquer afronta ou mitigação aos princípios da presunção da inocência e da não autoincriminação, de forma que a Lei 12.654/2012 apresenta-se plenamente constitucional.

Costa Neto e Trindade (2017), entendem que, para o caso de condenados, a colheita de material biológico configura verdadeiro efeito extrapenal compatível com o crime praticado e genérico a condenação, neste caso, compara-se com a premissa de que se o Estado tem o poder, emanado do Código Penal, de retirar a liberdade do indivíduo, também pode obrigá-lo a fornecer material genético, desde que em consideração aos interesses coletivos.

Do mesmo modo, destaca-se o entendimento adotado no sentido prático da extração de material genético como método de identificação criminal, isto é, na jurisprudência brasileira. Como por exemplo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, recentemente, admitiu a coleta de material genético em fase de investigação criminal:

HABEAS CORPUS. COLETA DE MATERIAL GENÉTICO DO INVESTIGADO. INCLUSÃO EM BANCO DE DADOS CRIMINAL. POSSIBILIDADE. LEI Nº 12.037/09. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A coleta de material biológico para extração do perfil genético e a sua inclusão em banco de dados criminal se encontra legalmente autorizada nas seguintes hipóteses: (i) nos casos em que a identificação criminal é essencial à investigação policial, porém sempre precedida de decisão judicial fundamentada (art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/09); (ii) no caso de réu condenado por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa (art. 9º-A, primeira parte, da Lei nº 7.210/84); e (iii) no caso de réu condenado pelo cometimento de crime hediondo (art. 9º-A, segunda parte, da Lei nº 7.210/84). 2. No caso, a referida coleta se insere na primeira hipótese. Isso porque se está diante de uma investigação visando identificar os autores do assalto ocorrido na agência da Caixa Econômica Federal da cidade de Telêmaco Borba - PR, ocorrido no dia 21-02-2020, e do confronto armado que se seguiu, o qual culminou na morte de um policial militar. 3. Nesse contexto, a identificação criminal, realizada por meio do perfil genético, tem duas finalidades. A primeira, é servir como meio de identificação criminal para emprego em investigação em curso. A segunda, constituir prova no posterior processo, mediante a comparação com os dados genéticos coletados em vestígios encontrados no local da prática dos crimes. 4. Ordem de habeas corpus denegada. (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2022).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também decidiu pela ausência de violação a princípios constitucionais frente a coleta de DNA de réu condenado para fins de identificação criminal:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - SOBRESTAMENTO DO FEITO - COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO PRÉVIA - REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO - COLETA DE MATERIAL GENÉTICO - POSSIBILIDADE - AGRAVANTE CONDENADO POR CRIME SEXUAL CONTRA VULNERÁVEL - ART. 9º-A, DA LEP - RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

- Se o agravante foi condenado definitivamente por crime sexual contra vulnerável, é cabível a sua identificação genética, nos termos do art. 9º-A, da LEP, o que não implica em ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e da não autoincriminação. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, 2021)

Na mesma linha, encontra-se parte da doutrina:

(...) não vislumbramos nessa colheita nenhuma invasão à intimidade ou à vida privada, nem tampouco a qualquer direito ou garantia na área processual penal, pois se volta à correta identificação individual, algo que não é abrangido por qualquer direito vinculado à defesa do réu. Tanto é certo que, no interrogatório de qualificação, o acusado não pode silenciar nem faltar com a verdade. (NUCCI, 2014, p. 384)

Ademais, observa-se que Nucci apresenta nova visão sobre o tema, respaldando-se na segurança jurídica proporcionada pelo método:

Em qualquer caso, válido para toda infração penal investigada, pode-se colher o material biológico, para futuro confronto e exame de DNA, desde que haja a devida fundamentação. Insere-se elemento de maior segurança no contexto da identificação humana, buscando-se evitar o erro judiciário, especialmente no caso de se processar uma pessoa em lugar de outra. (2015, p. 438)

Greco (2013) entende pela constitucionalidade da Lei de Identificação Genética, inclusive acentua que, no que tange às alterações na Lei 7.210/1984, considerando a possibilidade de identificação datiloscópica e fotográfica contra a vontade do condenado, não restam motivos para tratamento diverso em relação a identificação genética, uma vez que havendo a condenação com trânsito em julgado não há qualquer incidência da presunção da inocência e, nem mesmo, direito a não autoincriminação.

Para Nucci (2014), quando da identificação criminal, o acusado não possui o direito de recusar a individualização, tendo em vista que a identificação criminal não configura uma aceitação de culpa, e sim um procedimento para garantir a exclusividade de uma determinada pessoa, o que consiste em um direito do Estado.

Há ainda quem sustente a possibilidade de utilização de meios coercitivos físicos para compelir o sujeito a identificação criminal:

Eventualmente, pode acontecer que o indivíduo, comparecendo perante a autoridade (espontaneamente ou por meio de condução), recuse-se ao procedimento de colheita de impressões digitais, de material fotográfico e de material biológico (na hipótese prevista no art. 5.º, parágrafo único, da Lei 12.037/2009 e no art. 9.º-A da Lei 7.210/1984). Nesse caso, presentes as situações legais, faculta-se o uso da força para obrigá-lo à prática do ato. Logicamente, deve ser usada a força moderada, isto é, apenas aquela necessária e suficiente para a realização da identificação criminal. (AVENA, 2014, p. 227)

Ainda, em relação a extração de material genético dos acusados em investigação criminal, é possível aduzir-se a mitigação dos princípios em face dos benefícios proporcionados pela medida, vista como medida cautelar probatória, capaz de auxiliar no curso da investigação.

Portanto, ainda que em consequência da identificação criminal por meio de perfil genético exista certa restrição aos direitos/princípios da não autoincriminação e da presunção da inocência, deve-se buscar a ponderação de princípios, desde que esta restrição seja fundamentada em outros princípios constitucionais:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma que se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos

princípios terá que ceder. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência (ALEXY, 2008, p. 93).

Dessa forma, destaca-se que, apesar das discussões doutrinárias acerca da identificação criminal compulsória através do perfil genético, na prática este método de identificação criminal está sendo implantado pelo Poder Judiciário, ainda que aos poucos, razão pela qual cumpre mencionar os resultados alcançados com a coleta de DNA e a manutenção do banco de perfis genéticos no Brasil.

De acordo com dados publicados no site oficial do Ministério de Justiça e Segurança Pública (2021), no XV Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, até novembro de 2021, o banco de dados contava com 136.369 números de perfis genéticos. Destes perfis, 74,8% são de indivíduos condenados, 0,43% são advindos de ordem judicial, 15,49% são vestígios coletados em locais de crimes e 4,27% são de familiares de pessoas desaparecidas.

Além disso, o mesmo relatório apontou o número de 3.427 investigações que foram auxiliadas pela RIBPG (Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos), o que representa um aumento de 22% em relação aos dados apresentados antes de maio de 2021. Em relação a taxa de coincidência entre os indivíduos cadastrados criminalmente e perfis já contidos no banco de dados, esta manteve-se em 20%, o que é considerado um impacto positivo (BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2021).

Ainda no intuito de demonstrar os resultados positivos dos bancos de perfis genéticos no país, o XV RIBPG apontou um caso de elucidação de crime com auxílio do banco de perfis genéticos, o qual foi premiado com o terceiro lugar no programa internacional DNA *Hit of the Year*. Trata-se do caso do criminoso Célio Roberto Rodrigues, que cometeu mais de 50 estupros, nos estados do Amazonas, Mato Grosso, Rondônia e Goiás, todos com o mesmo *modus operandi*. Em 2015, o sujeito foi preso após um roubo seguido de estupro em Rondônia, oportunidade em que foi determinado pelo Poder Judiciário a coleta do perfil genético do acusado, posteriormente, confirmando-se ser o mesmo material genético masculino encontrado nas amostras coletadas após os crimes sexuais praticados contra 13 vítimas, de quatro estados brasileiros. (BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2021).

Diante disso, embora existam doutrinadores que defendam a inconstitucionalidade da Lei 12.654/12, os tribunais brasileiros vêm admitido a extração de DNA tanto em fase de investigação preliminar quanto em execução penal, de modo que, a partir dos resultados dos bancos de dados genéticos apresentados, constata-se que, na aplicação prática, o método apresenta resultados positivos para a elucidação de crimes.

## CONCLUSÃO

Ante o exposto, destaca-se que o entendimento dos doutrinadores e especialistas de Direito Processual Penal em sentido de crítica a aplicação da Lei 12.654/12 e a novel alteração proporcionada pelo Pacote Anticrime neste conteúdo, de fato, encontra-se amplamente fundamentado por princípios consagrados pela Constituição Federal, com ênfase no princípio da presunção de inocência e da não autoincriminação, os quais são de alto escalão dentro do Estado Democrático de

Direito.

Conquanto, não há falar em inconstitucionalidade da Lei de Identificação Genética, e sim em mera limitação aos princípios *nemo tenetur se detegere* e da presunção da inocência, vez que o ordenamento jurídico brasileiro admite a mitigação de princípios quando da colisão com outros fundamentos constitucionais.

Deve-se considerar ainda a evolução da sociedade e, sobretudo, os avanços científicos que permitiram a implementação deste novo método de identificação criminal e a criação de banco de dados genéticos no Brasil, desenvolvimentos estes que proporcionaram incontestáveis benefícios ao âmbito da investigação criminal no país.

Nesse viés, tem-se que a coleta de perfil genético, ainda que compulsoriamente, é uma realidade no sistema processual penal brasileiro responsável por apresentar resultados inovadores, céleres e positivos na elucidação de crimes, de modo que justifica-se a prevalência em detrimento das restrições proporcionadas por esse método aos princípios constitucionais contrários a Lei 12.654/12.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVENA. Norberto. *Processo penal esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. *Banco Nacional de Perfis Genéticos: uma ferramenta eficiente para elucidação de crimes*. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília, 2019.

Disponível em:

<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1556212211.45>. Acessado em: 15 abr. 2022

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 678, de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José de Costa Rica), de 22 novembro de 1969. Brasília, DF. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)> Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Brasília, DF. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. *Altera as Leis nos 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e da outras providências*. Brasília, DF. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm)>. Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. *Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal*. Brasília, DF. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm)>. Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL. RIBPG. *XV Relatório da Rede Integrada de Bancos de Dados de Perfis Genéticos*. Comitê Gestor RIBPG. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/xv-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos-novembro-2021/view>>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 568*. Disponível em: <[https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_501\\_600](https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600)>. Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. (6. Turma). *Habeas Corpus 536.114/MG*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 04 fev. 2020. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. (7. Turma). *Habeas Corpus 5053149-36.2021.4.04.0000*. Relator: Luiz Carlos Canalli, 25 jan. 2022. Disponível em: <[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado\\_pesquisa.php](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php)>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/781918?title=Execu%C3%A7%C3%A3o%20penal>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/794276?title=Curso%20de%20processo%20penal#references>>. Acesso em: 24 mai. 2022.

COSTA NETO, João; TRINDADE, Bruno Rodrigues. *A Genética Forense a serviço do Iluminismo*. Brasília: *Revista Perícia Federal*, Brasília, 2017.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v.1, 1990.

GRECO, Rogério. *Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal*. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, n. 389, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.



LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único/Renato Brasileiro de Lima. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/794297?title=Direito%20processual%20penal>>. Acesso em: 10 abr. 2022.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobssen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCAO, Renato Flavio. *Curso de execução penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/794766?title=Curso%20de%20execu%C3%A7%C3%A3o%20penal>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (4. Câmara Criminal). *Agravo em Execução Penal 1.0000.21.023582-6/00*. Relator: Desembargador Corrêa Camargo. 07 jun. 2021. Disponível em: <[MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme. \*Curso de direito constitucional\*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/754447?title=Curso%20de%20direito%20constitucional>>. Acesso em: 23 mai. 2022.](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do;jsessionid=EE0E46598FF0FB3B9B3ECB3E46024DFB.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=identifica%E7%E3o+gen%E9tica&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar>. Acesso em: 10 abr. 2022.</p></div><div data-bbox=)

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Processuais Penais Comentadas*. 8. ed. São Paulo: Ed. Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em:

<https://unric.org/pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/> Acesso em: 09 fev. 2022.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*/ Maria Elizabeth Queijo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Mariana Lins de Carli. *Capital genético da miséria: a proposta de expansão do Banco Nacional de Perfil Genético*. Disponível em: <<http://ibccrim.org.br/noticias/exibir/215>>. Acesso em 20 fev. 2022.

## **A EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE “OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA” E O CRIME “RECUSA DE OBEDIÊNCIA” DO CÓDIGO PENAL**

### **THE EXCLUSION OF LIABILITY "HIERARCHICAL OBEDIENCE" AND THE CRIME "REFUSAL OF OBEDIENCE" OF THE CRIMINAL CODE**

**Maria Cecilia Marçal Neumann Teodoro Rodrigues<sup>7</sup>  
Robyson Danilo Carneiro<sup>8</sup>**

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo analisar a excludente de culpabilidade “Obediência Hierárquica”, prevista no artigo 38, § 2º, do Código Penal Militar e sua aplicabilidade. Busca-se, também, definir os princípios básicos destas instituições: a Hierarquia e a Disciplina. Ademais, se propõe esmiuçar o crime “Recusa de Obediência”, descrito no artigo 163 do Código Penal Militar, e, para tanto, definir, primeiramente, o que vem a ser um crime militar. Procura-se por fim, diferenciar a excludente em tela do Código Penal Comum, já que este se refere em seu texto a uma ordem ilegal, enquanto o CPM utiliza a expressão “ordem manifestamente criminosa”. Por fim, ao definir que o direito castrense não adotou a chamada teoria da obediência cega para os militares, pretende-se examinar se existe um limite entre a faculdade de desobedecer uma ordem do superior hierárquico em determinadas situações, estando assim, albergado pela excludente de culpabilidade, e, desta forma não incorrer na prática do crime do CPM. Esta pesquisa utilizou o método de abordagem indutivo-dedutivo, os métodos de procedimento comparativo, a técnica de documentação indireta e, principalmente, a pesquisa bibliográfica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Disciplina; excludente de culpabilidade; hierarquia; manifestamente criminosa; obediência.

**ABSTRACT:** The present work aims to analyze the exclusion of guilt “Hierarchical Obedience”, foreseen in article 38, § 2, of the Military Penal Code and its applicability. It also seeks to define the basic principles of these institutions: Hierarchy and Discipline. In addition, it is proposed to examine the crime "Refusal of Obedience", described in article 163, of the Military Penal Code, and, for that, to define, first, what comes to be a military crime. Finally, it seeks to differentiate the exclusion on screen from the Common Criminal Code, since it refers in its text to an illegal order, while the CPM uses the expression “manifestly criminal order”. Finally, by defining that Castro law did not adopt the so-called blind obedience theory for the military, it is intended to examine whether there is a limit between the faculty of

---

<sup>7</sup> Bacharel em Segurança Pública e Cidadania pela Academia Policial Militar do Guatupê - Escola Superior de Segurança Pública (2012) e bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2018). Atualmente é 1º Tenente QOPM na Polícia Militar do Paraná.

<sup>8</sup> Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica – PPCJ/UENP, Especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela UEPG, Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Curitiba. Membro do Grupo de Pesquisas (GT) Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP, Jacarezinho). Servidor público no Paraná.

disobeying an order of the hierarchical superior in certain situations, being, therefore, housed by the exclusionary of guilt, and in this way do not incur the crime of CPM. This research used the method of inductive-deductive approach, the methods of comparative procedure, the technique of indirect documentation and, mainly, the bibliographic research.

**KEYWORDS:** Discipline; excluding culpability; hierarchy; manifestly criminal; obedience.

## INTRODUÇÃO

As Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares do Brasil estão subordinados ao regime militar, devidamente manifestado na Constituição Federal. Além da sua organização peculiar referente a postos e graduações, tem como princípios basilares a Hierarquia e a Disciplina, e, portanto, devem cumprir os regulamentos disciplinares da instituição a qual pertencem e estão sujeitos à prática de crimes previstos no Código Penal Militar.

Estes princípios supracitados mantêm nas relações militares a ordem e estabelecem uma relação de obediência, bem como, subordinação, entre o superior hierárquico e o subordinado que vai além da existente entre servidores civis.

Nesta seara, verifica-se que o Código Penal Militar (CPM) apresenta em seu texto a previsão do crime de “Recusa de Obediência” (artigo 163). Em contrapartida, também prevê a excludente de culpabilidade referente à “Obediência Hierárquica” (artigo 38, § 2º), uma vez que traz à tona a expressão “Ordem Manifestamente Criminosa”. E por ela não ser explicada pelo dispositivo, muitas vezes, pode causar dúvidas no subordinado e insegurança jurídica, afinal, o militar pode se recusar a obedecer a uma ordem e estar respaldado pela excludente citada ou incorrer no crime de Recusa de Obediência.

Ao ser mais específico, no parágrafo 2º, da alínea “b”, do artigo 38 do CPM, que, de fato, será objeto deste estudo, consta: *“Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior”*. (grifo nosso).

Deste parágrafo, parte o cerne da discussão e análise deste trabalho, pois, tal dispositivo, retira a excludente de culpabilidade primeiramente concedida no caput, alínea “b”. E, ao mesmo tempo, permite ao militar desobedecer à ordem do superior hierárquico em determinadas situações, uma vez que, se assim não fizer, responderá juntamente ao superior. Entretanto, ao não cumprir uma ordem, ele não incorreria na prática do crime de Recusa de Obediência, previsto no artigo 163 do CPM?

O artigo 38, § 2º, alínea “b”, do Código Penal Militar, traz a expressão “manifestamente criminoso” para se referir ao momento o qual permite ao militar recusar uma ordem para que não responda juntamente com o superior que a emanou. Mas, afinal, o que seria uma ordem conceituada como “manifestamente criminoso”?

Sendo assim, além de verificar como a doutrina se manifesta sobre o tema, o presente trabalho visa analisar se existe um limite entre a aplicação da Excludente de Culpabilidade, prevista, no artigo 38, § 2º, do CPM e a prática do crime de Recusa de Obediência, do artigo 163 do CPM, sob a perspectiva do que significa a expressão “ordem manifestamente criminoso”.

Esta pesquisa foi desenvolvida a partir da utilização do método de abordagem indutivo-dedutivo, os métodos de procedimento comparativo, a técnica de documentação indireta e, principalmente, a pesquisa bibliográfica de autores nacionais e da legislação pertinente ao tema.

## **2 O DIREITO CASTRENSE E SEUS PRINCÍPIOS BASILARES: HIERARQUIA E DISCIPLINA**

A Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988) prevê no seu artigo 144, inciso V, a existência, no Brasil, das Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares como órgãos de segurança pública, os quais estão subordinados ao regime do militarismo.

Na legislação infraconstitucional, especificamente, na legislação castrense – Código Penal Militar (BRASIL, 1969), no artigo 22, verifica-se que a pessoa será considerada militar, em tempo de paz ou guerra, quando for incorporada às Forças Armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou ainda, quando sujeito à disciplina militar.

Entretanto, os membros das Polícias Militares são, de fato, considerados militares pela Carta Magna, em seu artigo 42 (BRASIL, 1988).

Para tanto, eles devem cumprir os regulamentos da instituição a qual pertencem, bem como estão sujeitos a prática de transgressões disciplinares e a crimes especialmente previstos no Código Penal Militar.

Ao analisar o artigo 42 da Constituição Federal, constata-se que as Polícias Militares são organizadas com base na Hierarquia e Disciplina. Conforme reforça Wilson Odirley Valla (2011, p. 55), a Emenda Constitucional nº 18, de 5 de fevereiro de 1998, fixou estes princípios no referido artigo da Carta Magna.

A Hierarquia e a Disciplina são os princípios norteadores das instituições militares, seja para as Forças Armadas, seja para as Polícias Militares Estaduais. Estes mantêm, nas relações militares, a ordem, estabelecem uma relação de obediência e subordinação entre o superior hierárquico e o subordinado, a qual vai além da existente entre servidores civis (MEIRELLES, 2011, p. 555).

Hely Lopes Meirelles (2011, p. 125) assegura que os militares têm por base a Hierarquia e a Disciplina, aspecto este que, justamente, os difere dos servidores civis. Entretanto, o mesmo autor relata e concorda com Diógenes Gasparini ao tratar que o “poder hierárquico tem o objetivo de ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas”. Meirelles (2011, p. 125) vai além ao afirmar que a hierarquia aperfeiçoa o serviço e se torna um meio de responsabilização pelos atos dos agentes ao impor o dever de obediência. Serve também como uma imposição ao subalterno para o cumprimento das ordens e instruções dos superiores.

Marçal Justen Filho (2015, p. 900) destaca que a rigorosa Hierarquia se trata de uma característica fundamental para os militares, e é, também, uma “imposição de deveres de sacrifício de segurança pessoal para a satisfação das necessidades coletivas. Quanto a Disciplina, o mesmo autor aborda que este princípio se estrutura, na defesa da segurança nacional, no plano tanto externo como interno”.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2001, *online*) define Hierarquia como um vínculo entre órgãos e agentes, através de escalões sucessivos, ao estabelecer uma relação entre superior e inferior, hierarca e subalterno, ao constituir uma contínua e permanente autoridade perante o subordinado.

Por fim, Jorge Luiz de Abreu (2015, p. 311) explica o conceito de disciplina militar como a rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamentos, normas do militarismo.

Na vida castrense, a Hierarquia e a Disciplina, voltadas ao cumprimento do dever, são, justamente, o que diferencia o militar dos demais agentes da Administração Pública. Para Wilson Odirley Valla (2011, p. 61 e 141), tais princípios se manifestam pelos deveres de obediência e subordinação, os quais não encontram qualquer identificação na vida civil.

Em 9 de dezembro de 1980, foi sancionada a Lei nº 6880, a qual dispõe sobre o Estatuto dos Militares (BRASIL, 1980) e trata, em seu texto, das obrigações, deveres, direitos e prerrogativas. Esta lei, conceitua no artigo 14, os princípios norteadores e, ao analisar o dispositivo supracitado, percebe-se que Hierarquia se entende como divisão e, por consequência, o respeito aos postos e graduações definidos. Além disso, a autoridade de cada militar está justamente alinhada ao posto ou graduação que ele exerce e, assim, se estabelece a subordinação.

Jorge Alberto Romeira (1994, p. 26) explica que “posto e graduação são graus hierárquicos militares, respectivamente, do oficial, confirmado pela Carta Patente, e da praça”.

Também se extrai do Estatuto dos Militares que a eles compete uma obediência severa perante os seus superiores hierárquicos. Esta obediência se estende ao cumprimento fiel dos regulamentos castrenses por todos que o seguem, independentemente do posto ou graduação que ocupa.

Ainda, no tocante à definição dos princípios basilares, na legislação infraconstitucional, analisa-se o Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, o qual traz na seção III, do Capítulo 1, o tema: “Dos Princípios Gerais da Hierarquia e da Disciplina”.

Ao fazer a leitura do dispositivo supracitado, percebe-se a mesma definição para Hierarquia e Disciplina, em ambos os regulamentos (Estatuto dos Militares e RDE), e que devem ser cumpridas por qualquer militar, seja da ativa ou reserva.

Entretanto, o RDE, além de citar a obediência aos superiores hierárquicos, elenca manifestações essenciais para alcançar a Disciplina. Aborda a necessidade de os militares prezarem pela correção de atitudes, dedicação integral ao serviço e, também, para que haja uma colaboração para a disciplina coletiva, ou seja, a efetiva disciplina no corpo dos militares quando estes estão em tropa.

Aduz, ainda, o RDE, quanto à imputação de responsabilidade pela ordem emitida. Constata-se também que esta será restrita àquele que deu a ordem, ao estender as consequências que, por ventura, advierem. Explica que, caso o subordinado não entenda a ordem, cabe a ele solicitar explicações para a total compreensão. Ressalta ainda que, se a ordem do superior for ilegal ou contrária a qualquer regulamento, o inferior poderá solicitá-la por escrito, a qual deverá, então, ser redigida pelo superior. Por fim, enfatiza que ao executante da ordem caberá a responsabilidade em caso de excessos cometidos, sendo então, a exceção, a responsabilidade por parte do superior.

Diante dos princípios apresentados, Wilson Odirley Valla (2011, p. 55) conclui que o Poder Constituinte considera que, devido às peculiaridades da vida castrense e as especificidades da profissão, os militares estão subordinados a diversas sanções, tanto no campo do direito como no ético-moral.

Para Esmeraldino Bandeira (1925, p. 268), “A obediência hierárquica é, no consenso geral, o princípio maior da vida orgânica e funcional das Forças Armadas. O ataque

a esse princípio leva a dissolução da ordem e do serviço militar”.

Por fim, resume Ione de Souza Cruz e Claudio Amin Miguel, que os princípios são tão relevantes que o descumprimento leva a prática de crime, previsto no artigo 163<sup>9</sup> do Código Penal Militar (2009, p. 103).

Desta forma, permite-se concluir que há grande preocupação na manutenção dos princípios da hierarquia e da disciplina por parte das organizações militares brasileiras, submetendo seus membros às diversas responsabilizações em âmbito penal e administrativo, em conformidade com a gravidade, resultados e efeitos de suas condutas.

### 3 O CRIME MILITAR “RECUSA DE OBEDIÊNCIA”

#### 3.1 CRIME MILITAR

A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso (BRASIL, 1988), traz que: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, *salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*”. (grifo nosso)

Os crimes militares estão presentes no Código Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, e são divididos, inicialmente, em crime própria e impropriamente militar. A Carta Magna aborda, por excelência, os crimes propriamente militares, mas, aqueles que não se ajustam a essa classificação são, então, denominados de crimes militares impróprios. (LOBÃO, 1999, p. 65)

Cícero Robson Coimbra Neves (2014, p. 93) afirma que Célio Lobão e Jorge César de Assis adotam a Teoria Clássica e, para eles, crimes propriamente militares são aqueles que podem ser cometidos somente por militares, pois consistem em violação de deveres que lhes são próprios.

Guimarães Natal (LOBÃO, 1999, p. 68) concorda e explica que os crimes propriamente militares são os que têm por agente um militar, enquanto que os impropriamente militares são aqueles que pelo tempo, lugar ou circunstâncias, causam danos à administração, à Hierarquia e/ou à Disciplina militar, como se fosse o próprio militar que cometesse, entretanto, são aqueles cometidos por qualquer agente.

Jorge Cesar de Assis (2004, p. 40) vai de encontro com essa doutrina majoritária e afirma que os crimes militares próprios são denominados dessa maneira por sua prática não ser possível senão por um agente militar. De acordo com Assis, esta qualidade é essencial.

Conforme destaca Célio Lobão (1999, p. 69, 70, 72 e 80), a qualidade militar do agente exigida sempre integra o tipo, de forma explícita ou não. Implicitamente, a qualidade pode estar indicada nas palavras: comandante, oficial, subordinado, inferior, superior e comando.

Por fim, o mesmo autor define que crime impropriamente militar é a infração penal prevista no Código Penal Militar, que não é específica da profissão militar, porém, viola bens ou interesses relacionados às instituições castrenses.

Para Guilherme Nucci (2014, *online*), os crimes militares próprios são os que possuem previsão única e, tão somente, no Código Penal Militar, sem

---

<sup>9</sup> Art.163 do CPM: Recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução. Pena – detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.

correspondência em qualquer outra lei e, somente, podem ser cometidos por militares, jamais por civis.

Já em relação aos crimes militares impróprios, o autor defende que eles possuem dupla previsão, ou seja, são aqueles encontrados no Código Penal Militar e Código Penal comum ou, também, em legislação similar, ainda que apresentem alguma diferença na redação. Por fim, ele também afirma que são classificados como delitos militares impróprios os previstos, somente, na legislação militar, mas que podem ter o civil como sujeito ativo.

Alexandre Saraiva (2014, p. 44) caminha na direção contrária dos autores citados e critica o fato da doutrina majoritária entender que crimes militares próprios são assim classificados por serem cometidos por militares ou serem previstos na lei penal militar. Explica que há crimes, no CPM, praticados por civis como, por exemplo, insubmissão, criação ou simulação da capacidade física. Ademais, complementa que não é impossível que uma lei esparsa traga a previsão de outros crimes militares e, termina ao lembrar que o próprio CPM, no artigo 9º, inciso III, traz a possibilidade da prática de infrações por civis.

Como Saraiva se mostra contrário à maioria dos doutrinadores, ele define que crime propriamente militar se trata daquele que tutela um bem jurídico exclusivamente estranho a sociedade civil e que, assim, protege o interesse particular do ambiente castrense, sendo, preferencialmente, veiculado em norma específica, ou seja, no Código Penal Militar, e, via de regra, praticado pelo agente militar.

Com o advento da Lei nº 13.491/2017, a configuração que envolve a classificação dos crimes militares passou a contar com outra possibilidade, concebendo os tipos penais previstos na legislação penal comum, desde que praticados nas circunstâncias previstas no artigo 9º (crimes militares em tempo de paz) da norma penal castrense, mesmo que não constem neste dispositivo normativo.

Esta mudança que permitiu incluir tipos penais não previstos no CPM ao rol de crimes militares fez surgir, portanto, uma nova categoria, os crimes militares por extensão (ASSIS, 2018, p. 118). Desta forma, passou-se a entender como crime militar, a infração penal prevista no CPM ou na legislação criminal que lhe seja extravagante e que venha a corromper bens jurídicos por meio da inadequada realização das atividades inerentes às instituições militares no cumprimento de suas missões constitucionais, neles incluídos os que interessam à existência e ao regular funcionamento destas organizações, como os seus princípios basilares da disciplina e da hierarquia (GALVÃO, 2018, p. 66).

Em suma, a classificação mais recente de crimes militares traz a possibilidade de serem próprios (previstos especificamente no CPM), impróprios (previstos no CPM e igualmente em outras normas penais, quando praticados em determinadas situações) e por extensão (previstos em normas penais diversas do CPM, porém praticados nas circunstâncias previstas no Artigo 9º, inciso II, da norma penal castrense).

### 3.2 O CRIME DE RECUSA DE OBEDIÊNCIA.

O tipo penal Recusa de Obediência está previsto no artigo 163 do Código Penal Militar (1969), no título “Dos Crimes contra a Autoridade ou Disciplina Militar”, no Capítulo V “Da Insubordinação”, o qual traz: “Art. 163. Recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto



em lei, regulamento ou instrução. Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

A localização do tipo penal no ordenamento jurídico demonstra a intenção do legislador quando da criação do dispositivo (CARNEIRO; SANTIN, 2020, p. 176), sendo que neste caso, se demonstra claro o objetivo de manutenção da estrutura hierárquica e disciplinar, tida como principal alicerce das organizações militares. A doutrina brasileira, por vezes, denomina o delito em questão como Crime de Insubordinação, devido estar inserido no Capítulo V, que tem este respectivo nome. Porém, vale destacar que existem outros crimes, além do artigo 163, elencados nesta parte do CPM e que possuem sua própria nomenclatura.

Para Guilherme Souza Nucci (2014, *online*), para incidir nesta prática delituosa, o militar deve não se submeter à ordem de seu superior em assuntos atinentes ao serviço, e, também, referentes ao dever legal, regulamentar ou de instrução.

Ensina José da Silva Loureiro Neto (2010, p. 131), que o núcleo do tipo se encontra no verbo “recusar”, que significa não obedecer, negar-se, rejeitar-se. Assim, o militar subordinado, nega-se a acatar a ordem do superior, sendo que esta ordem pode ser escrita, verbal, através de sinais, etc., e transmitida diretamente pelo superior.

Telma Figueiredo (2009, p. 121) afirma que a ordem pode ser oral, escrita, direta ou indireta e destaca que a ordem deve ser atinente ao serviço, uma vez que o superior não pode ordenar a execução de uma atividade com caráter privado.

Cícero Coimbra Neves (2014, p. 847) concorda com José Neto e explana que o núcleo da conduta se traduz em recusar ou negar acatamento à ordem superior, o que pode ocorrer tanto por uma conduta omissiva como comissiva. Na primeira, o militar inferior permanece inerte sem acatar o que lhe foi determinado e, na segunda, ele age de forma contrária a ordem emanada. Age quando não era para agir.

Jorge Cesar de Assis (2004, p. 306) relembra os ensinamentos de José da Silva Loureiro Neto e entende que “ordem” se trata da expressão da vontade do superior, veiculada a um ou mais determinados subordinados para que cumpram com uma prestação ou abstenção no interesse do serviço.

Ainda referente à ordem emanada do superior, se faz importante observar o Princípio da Legalidade, afim de se evitar que uma ação diversa daquela descrita no artigo 163 do CPM seja adaptada para o tipo penal em questão. Desta forma, uma ordem dirigida de modo inexato, parcial ou com atraso não configura o crime militar (FIGUEIREDO, 2009, p. 121).

Para tanto, o sujeito ativo deste tipo penal será somente o militar inferior, ou seja, se trata de um crime classificado como propriamente militar, sendo, primeiramente, o sujeito passivo o Estado e, secundariamente, o superior hierárquico que emanou a ordem.

Este crime tem como bem jurídico a ser tutelado a Hierarquia militar, o que difere do Crime de Desobediência previsto, no artigo 301 do CPM, o qual se refere ao agente civil que se orienta contra a administração pública militar (NUCCI, 2014, *online*).

Trata-se ainda de um crime de mera conduta, não sendo necessário resultado algum para configurar-se e, para Adriano Alves Marreiros (2015, *online*), a Recusa de Obediência é um crime efetivamente de mão própria, ao admitir o civil como partícipe.

Cícero Coimbra (2014, p. 846), entretanto, afirma que o crime em questão não

admite coautoria, pois, uma recusa coletiva caracteriza os crimes de motim ou de revolta.

Vale destacar também o que se entende por lei, regulamento e instrução, palavras estas descritas no tipo penal militar e que levam a caracterização da prática criminosa.

Para tanto, Jorge Cesar de Assis relembra José Afonso da Silva (ASSIS, 2004, p. 307), ao explicar que lei seria o ato legislativo originário dos órgãos de representação popular e elaborado, em conformidade, com o processo legislativo previsto na Constituição Federal.

Segundo Hely Lopes Meirelles, regulamento se traduz como o ato administrativo geral e normativo expedido através de decreto, somente pelo chefe do Poder Executivo dos entes federados, com o objetivo de explicar o modo e a forma de execução da lei ou prever situações não disciplinadas em lei.

Por fim, instruções, para Meirelles, se constituem como ordens escritas e gerais a respeito do modo e forma de execução de determinado serviço público, expedidos pelo superior hierárquico com o objetivo de orientar os subordinados no desempenho de suas tarefas e assegurar uma uniformidade nas ações.

Cícero Coimbra (2014, p. 847, 850, 851 e 852) faz uma importante colocação e demonstra que os conceitos de lei, regulamento ou instrução devem ser interpretados de forma extensiva. Há ordens albergadas em decretos, decretos-lei, portarias, etc. Assim como, as Instituições Militares podem nomear suas orientações de diversas formas, classificando-as como instruções e regulamentos ou como notas de instrução, de serviço, manuais, etc.

Para incidir no crime em tela, se faz necessário que o descumprimento da ordem não seja discreto a ponto de passar despercebido pelo superior e ser verificado somente depois que a ordem não foi cumprida. Ainda que em silêncio, entende-se preciso efetiva afronta ao ordenador, de forma a deprimir a autoridade e lesar a disciplina, conforme observa Cícero Coimbra. Se for notado somente depois que a ordem não foi cumprida, tal ação constituiria apenas transgressão a disciplina militar.

A Recusa de Obediência por parte do subordinado pode ocorrer de várias maneiras, conforme destaca Telma Angélica Figueiredo (2009, p. 121-122). Seja por palavras, gestos inequívocos, uma expressão sem a efetiva negação ou por atitude passiva de não agir. Porém, caracteriza-se apenas como transgressão disciplinar, uma expressão corporal, uma possível manifestação de negativa da ordem ou o retardo no cumprimento da ordem.

Somente se admite a prática na forma dolosa, ou seja, com a intenção, vontade livre e consciente de recusar obediência ao superior ao afrontar a autoridade e disciplina militares. Não se faz possível a tentativa, em razão de o crime ser unissubsistente, e, a ação penal para estas condutas será pública incondicionada (NEVES, 2014, p. 847, 850, 851 e 852).

A tipificação desta conduta se adequa de forma concreta na excepcionalidade perceptível no tratamento que se faz dispensado aos militares, em especial no que diz respeito à preservação da estrutura de obediência, pois tal ação, se praticada por civil em situação comum, provavelmente atribuiria responsabilização administrativa, porém, na caserna tal ação configura-se como criminosa.

#### **4 A EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE “OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA”**

Entre os poderes que regem a Administração Pública, tem-se o poder

hierárquico, do qual se extrai a subordinação de um agente público ao outro. Esta obrigação de obediência do subordinado às ordens legais do superior está prevista em lei e estabelece os escalonamentos entre os agentes públicos (ALVES-MARREIROS, 2015, *online*).

No ambiente militar ocorre da mesma maneira. A Hierarquia aliada a Disciplina são os princípios basilares das instituições militares e devem ser, rigorosamente, seguidos, conforme já explicado. E é, justamente, destes princípios que se extrai o dever de obediência, levando o legislador, devido a possibilidade de ocorrer determinadas situações, a prever uma excludente de culpabilidade nomeada “Obediência Hierárquica”.

O instituto “Obediência Hierárquica” foi adotado pelo Código Penal Militar, assim como, pela maioria da Doutrina Penalista Militar, como uma excludente de culpabilidade, não se discutindo mais a questão de ser uma causa de exclusão de injuridicidade (ROMEIRO, 1994, p. 123).

Desta forma, o CPM trouxe nos artigos 38, 39 e 40, as excludentes de culpabilidade previstas na legislação castrense e, como objeto deste estudo, destaca-se a excludente elencada no artigo 38, § 2º, alínea “b”.<sup>10</sup>

Cícero Robson Coimbra Neves (2005, p. 197), juntamente a Marcello Streifinger, explicam que a ordem pode ter conteúdo ilegal e que, tal constatação, pode ser visível ou não pelo subordinado. Se esta não for visível caberá aplicação da excludente e somente o superior será penalizado. Mas se for nitidamente uma ordem ilegal, conforme aduz a parte final do parágrafo segundo, da alínea “b”, do artigo 38 do CPM, o inferior também será punível.

Para os referidos autores a aplicação da excludente se justifica pelo conflito exposto ao subordinado, já que, caso este venha a não cumprir uma ordem poderá incidir na prática do crime de recusa de obediência, previsto, no artigo 163 do CPM.

Telma Angélica Figueiredo (2009, p. 119) especifica que se o inferior desobedecer a ordem relativa ao serviço ou instrução, ocorre uma ligação do crime de insubordinação ao instituto da Obediência Hierárquica. Entretanto, se tal ação corresponder a ordem advinda de regulamento ou lei, arguir-se, então, a excludente do estrito cumprimento do dever legal.

Guilherme Nucci (2014, *online*) também aborda a autoria imediata e, explica que, seria responsável pelo crime e deveria responder pela infração penal, o agente superior que emana a ordem e, conseqüentemente, o cometimento do crime pelas mãos do subordinado.

Ione de Souza Cruz (2009, p. 103) analisa a excludente em tela e, afirma, que não seria culpado aquele militar que cometesse o crime em estrita obediência a ordem direta do superior hierárquico, sendo que esta se resume na manifestação da vontade do agente titular da função pública perante outro agente público subordinado.

Jorge Cesar de Assis (2004, p. 100), ao citar Martins Teixeira, ensina que se o subordinado praticasse o ato em obediência a ordem do seu superior, conforme manda o regulamento castrense, a causa do crime passaria a ser a vontade de

<sup>10</sup> Art. 38. Não é culpado quem comete o crime:

(...) *Obediência hierárquica*

*b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.*

*1º Responde pelo crime o autor da coação ou da ordem.*

*2º Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior. (grifo nosso).*

quem ordena e nunca daquele militar que obedece.

Para a incidência da supracitada excludente, segundo destaca Adriano Alves-Marreiros (ALVES-MARREIROS, 2015, *online*), faz-se necessário o cumprimento de apenas de dois requisitos. O primeiro é que exista relação hierárquica de direito público e, o segundo, que a ordem não seja manifestamente criminosa.

Quanto a relação hierárquica de direito público, destaca-se que a explicação se trata da mesma utilizada para o artigo 22 do Código Penal e que, para tanto, são excluídas todas as relações hierárquicas extrajurídicas como, por exemplo, familiares, assim como, todas as relações jurídicas de direito privado. Este requisito a ser cumprido, possui grande importância, pois, caso não exista a devida hierarquia entre superior e inferior, verifica-se uma ausência de culpabilidade, diferente da “Obediência Hierárquica”.

Já no tocante à ordem não manifestamente criminosa, cumpre ressaltar que, para aplicação do instituto estudado, a ordem emitida precisaria ser sempre criminosa. Se a ordem for legal, cabe ao subordinado cumpri-la e respeitar os princípios basilares da Administração Pública Militar. E, então, estará o inferior amparado pelo instituto do estrito cumprimento do dever legal – art. 42, III, do CPM.

Guilherme Nucci (2014, *online*) acompanha o pensamento de Alexandre Saraiva, e este destaca que são cinco as exigências para que a excludente possa ser aplicada:

- 1ª) que haja relação de direito hierárquica entre o autor da ordem (superior) e o subordinado;
- 2ª) que a ordem não seja manifestamente ilegal, isto é, o subordinado só está isento de pena se a ordem emanada não for flagrantemente contrária ao direito (art. 38, § 2º, 1ª parte, do CPM);
- 3ª) que a ordem preencha os requisitos formais e refira-se à matéria de serviço;
- 4ª) que a ordem seja diretamente emanada de autoridade competente;
- 5ª) que o subordinado não exceda aos limites da ordem que lhe foi dada: a lei fala em estrita obediência. Assim, pelo excesso na execução da ordem, responde o subordinado (art. 38, § 2º, 2ª parte, do CPM). (SARAIVA, 2014, *online*)

José da Silva Loureiro Neto (2010, p. 50-51) também vai ao encontro dos autores já citados, e explica que, primeiramente, a ordem deveria partir de um superior, conforme conceito do artigo 24 do CPM, devidamente competente com aquela função; prescreve, também, que a ordem precisaria ser relativa ao serviço, ou seja, às funções cumpridas pelo inferior sem interesse particular daquele que viesse a emitir a ordem; ainda haveria a necessidade de obediência aos requisitos formais, sendo escrita, verbal ou por sinais; não poderia haver excesso, devendo ser cumprida dentro daquilo que fora determinado pelo superior; e, por fim, que a ordem não se demonstrasse manifestamente criminosa.

#### 4.1 A DIFERENÇA ENTRE O CÓDIGO PENAL COMUM E O MILITAR

A excludente da “Obediência Hierárquica” prevista, no artigo 38, alínea b e parágrafos 1º e 2º, do CPM, é interpretada de forma diferente daquela prevista no artigo 22 do Código Penal comum, conforme destaca Adriano Alves-Marreiros (ALVES-MARREIROS, 2015, *online*).

Salienta que, para o Código Penal comum, a ilegalidade da ordem pode ocorrer em qualquer um dos requisitos de validade do ato administrativo e ser, então, questionada pelo agente que executará tal ordem. Destaca que a ilegalidade pode ser quanto a competência, forma, objeto, motivo e, até mesmo, quanto a finalidade. Porém, para o CPM, verifica-se que a ordem pode até ser ilegal nos

mesmos requisitos apontados na legislação comum, mas, se não for evidentemente criminosa, caberá ao subordinado o cumprimento, sob pena de incidir na prática do crime de recusa de obediência.

Ao resumir a diferença entre o instituto da “Obediência Hierárquica”, que é uma causa de inexigibilidade de conduta diversa, percebe-se que, ao agente público civil, se garante uma margem para o não cumprimento da ordem, já que este tem o dever de analisar a legalidade; enquanto o militar jamais poderá se opor ao cumprimento de qualquer ordem dada pelo superior, alegando incompetência ou ilegalidade.

Guilherme Nucci (2014, *online*) explica que, no Código Penal, caso haja o cumprimento de ordem ilegal, no tocante à “Obediência Hierárquica”, se tem a aplicação de atenuante, prevista no artigo 65<sup>11</sup>, inciso III, alínea “c”.

Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 486-489), ao estudar o tema, sintetiza que o dispositivo da “Obediência Hierárquica”, do artigo 22, do Código Penal, refere-se somente às relações de direito público, não abrangendo a esfera privada e, para tanto, ao subordinado cabe o cumprimento de toda ordem legal e, até mesmo, ilegal, desde que, esta não seja clara, manifesta e objetivamente verificada ilícita. Entretanto, o subordinado civil não seria obrigado a cumprir ordem ilegal, pois, poderia discordar da legalidade e, simplesmente, não vir a cumpri-la, sem incorrer em prática delituosa salvo se a ilegalidade fosse manifesta, caso em que responderia pelo dano causado, juntamente, ao superior que ordenou.

Quanto à distinção entre o funcionário civil e o militar, analisa que este não pode valorar a legalidade da ordem com base no dever de obediência, fundamentado nos princípios da Hierarquia e Disciplina, pois, em decorrência deles, poderia se concretizar a prática do crime de recusa de obediência.

Ressalta que o militar não seria culpado mesmo que, em qualquer matéria, tivesse certeza da ilegalidade, sendo que a responsabilidade recairia somente ao superior caso adviesse algum crime. Isto ocorreria devido ao CPM mencionar que o inferior não estará respaldado pela excludente em análise somente se cumprir ordem “manifestamente criminosa”.

Cícero Coimbra Neves (2014, p. 479) acredita que mesmo que exista um vínculo muito forte de obediência entre os militares, há uma margem para que o subordinado possa não somente verificar se o emitente da ordem é competente, mas, também, analisar o conteúdo da ordem emitida e verificar, assim, se esta é legal ou não, inclusive, porque, no Brasil não se adotou o sistema da obediência cega.

Desta forma, discorda de Wilson Odirley Valla, pois, para este autor, ao subordinado cabe apenas sopesar se o superior que deu a ordem tem poder de superioridade e que há, por consequência, uma relação de obediência, não sendo facultado ao inferior um exame quanto a ação que lhe foi determinada.

Tal entendimento não deve prosperar, em especial, por conta dos resultados que tal intervenção poderia gerar. A análise do servidor, mesmo que militar, se faz razoável, devendo ocorrer a execução por parte deste, em relação à ordem de

---

<sup>11</sup> Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

(...)

III - ter o agente:

(...)

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima

caráter inicialmente ilegal, somente nos casos excepcionais, devidamente justificados pelo superior hierárquico, conforme entendido por grande parte da doutrina, algo praticamente pacificado entre os estudiosos. A obediência cega não se demonstra aceitável em um estado de direito democrático.

#### 4.2 ORDEM MANIFESTAMENTE CRIMINOSA

Ao analisar o artigo 38, alínea b, do CPM, especificamente em relação ao parágrafo 2º, verifica-se que a última condição para que haja a incidência na excludente, trata-se de o fato da ordem ser legal, pois se ela for manifestamente criminosa, será, também, responsabilizado o subordinado juntamente com aquele que a ordenou.

Jorge Alberto Romeiro (1994, p. 124-125) faz uma referência ao Código Penal Militar alemão, o qual traz expressão parecida e ilustra que sobre “manifestamente” deve-se entender por algo objetivo e claro. Aduz que o fato criminoso deve ser percebido de forma instantânea pelo inferior e que, o Juiz, ao verificar este vocábulo, deve considerar o conhecimento de qualquer militar sem fazer juízo de valoração de inteligência.

Ao mencionar a palavra “criminoso”, explana que o ato deve ser assim caracterizado para todos e que não pode ser um ato sobre o qual paire dúvida. Assim, se o subordinado cumpre uma ordem ilícita, mas que não se evidencia criminosa, estará albergado pela excludente, desde que não haja excesso. Afim de elucidar um ato manifestamente criminoso, cita o autor o seguinte exemplo: “ordem de agressão a um subordinado por vingança pessoal.

O caráter criminoso de uma ordem, para Ione de Souza Cruz e Claudio Amin Miguel (2009, p. 1), se traduz naquele que pode ser compreendido imediatamente por qualquer militar. Desta forma, se o militar cumpre uma ordem aparentemente legal e que sua ilegalidade não é flagrantemente percebida, estará respaldado pela excludente em estudo.

José da Silva Loureiro Neto (2010, p. 51-52) considera uma ordem manifestamente ilegal quando esta não for passível de dúvida, ou seja, fique evidente a ilicitude. Nesta seara, para elucidar, cita um exemplo de Antolisei “um superior visivelmente embriagado que ordenara abrir fogo contra pacíficos cidadãos”.

Por fim, embora haja a excludente, Loureiro Neto destaca que o subordinado deve discutir com seu superior a legalidade de ordens que ensejam dúvidas, pois “não é mais um executor cego das ordens recebidas”.

Para Alves Marreiros (2015, *online*), ao subordinado militar não convém analisar a competência ou formalidade da ordem, caso esses requisitos forem ou não atendidos, pois poderá incorrer em crime de insubordinação, previsto, no artigo 163 do CPM. Entretanto, deve o inferior verificar a natureza da ordem. Caso esta for criminosa e, então, constatada pelo militar, não deverá cumprir; porém, se a ordem for criminosa, mas não manifestamente, ou seja, for claramente visível sua ilicitude, estará no erro sobre a ilicitude da ordem e se, por ventura, vier a cumpri-la, estará isento de pena, uma vez que, aparentemente, a ordem seria legal, não resta outra opção ao subordinado a não ser exercê-la respeitando os regulamentos castrenses.

Nucci (2014, *online*) revela que cumprir ordem legal se trata de obrigação do militar e se alguém sofrer algum prejuízo, esse inferior estará vestido pelo instituto do estrito cumprimento do dever legal. Entretanto, quando a ordem se mostra imprecisa quanto à legalidade, causa-se uma confusão para o subordinado e, este, por inexistir uma conduta diferente de obedecer, estará agindo sem culpa.

Finalmente, afirma que “o militar não está autorizado a cumprir ordem manifestamente ilegal em hipótese alguma”. Mas, se assim o fizer, deverá ser o cumprimento fiel ao que foi determinado.

Telma Figueiredo, ao expor que o militar inferior tem sua culpabilidade excluída, quando a ordem não for especificamente ilegítima aos olhos de todos, define esta exclusão como “uma forma genérica” e, também, aduz que, “algo genérico” ou que, em tese, para todos seria criminoso, pode sofrer alterações na interpretação devido às condições pessoais e influências externas de cada militar.

O juízo de legitimidade da ordem afigura-se com grande dificuldade ao inferior, em um país com dimensões territoriais como o Brasil. Prestam serviço militar soldados provenientes das mais distantes regiões; diferenças socioculturais refletem sua formação profissional, bem como lhes espelham atitudes distintas. Em razão de tal diversidade, os inferiores interpretam as ordens de acordo com as condições pessoais. (FIGUEIREDO, 2009, p. 123 e 124)

Por fim, Cícero Coimbra Neves (2014, p. 482) aduz que a expressão “manifestamente criminosa” deve ser entendida como “manifestamente ilegal”, ou seja, o subordinado não deverá cumprir qualquer ordem ilegal, pois, se assim o fizer, não terá a incidência da excludente de culpabilidade aplicada ao seu caso. Existem várias teorias que versam sobre a situação colocada ao subordinado, entre obedecer ou não uma ordem ilegal.

Telma Figueiredo, acompanhada por Jorge Alberto Romeiro (1994, p. 124), afirma que a legislação penal castrense brasileira adota a Teoria Sincrética, a qual autoriza ao militar uma análise quanto à ilicitude da ordem, se assim achar devido. Ela que está situada entre a teoria das baionetas inteligentes e a da obediência cega. Aquela assegura ao militar a não cumprir ordens evidentemente legais, enquanto a segunda, obriga o cumprimento de toda e qualquer ordem, ainda que claramente ilícitas.

Para a teoria adotada no Brasil, a palavra “manifestamente” está relacionada a um caso concreto e deve ser entendida como algo instantâneo e objetivo. Assim, algo manifestamente criminoso não pode exigir alto grau de inteligência ou reflexões extensas. Para se caracterizar criminosa, seria preciso que todo e qualquer subordinado entendesse, prontamente, a ilegalidade (FIGUEIREDO, 2009, p. 123).

Cícero Coimbra Neves (2014, p. 480) identifica três correntes para a “Obediência Hierárquica”. Explica que não se adotou a teoria passiva, justamente, pela existência da excludente de culpabilidade prevista no CPM. Já a teoria intermediária não é utilizada, pois não se aborda redução de pena e, por fim, no Brasil, verifica-se a adoção do sistema das baionetas inteligentes, esta autoriza o subordinado a avaliar a ordem recebida e, desta forma, caso compreenda se tratar de ordem criminosa, poderá decidir entre cumprir a ordem e responder juntamente do emissor ou, então, não vir a cumpri-la.

#### 4.3 O LIMITE ENTRE A ORDEM MANIFESTAMENTE CRIMINOSA E A PRÁTICA DO CRIME DE RECUSA DE OBEDIÊNCIA

Cícero Coimbra (2014, p. 481) adverte ao citar Jorge Cesar de Assis, que caso a ordem contrarie algum regulamento, estará facultado ao militar inferior solicitar tal ordem por escrito, mas complementa como Wilson Odirley Valla, que a única ordem que não deverá ser cumprida é a manifestamente criminosa, pois todas

as ordens, são dotadas com presunção de legitimidade pelo superior, e somente quando criminosas terão essa presunção quebrada. Por consequência, somente quando ditas criminosas não deveriam ser cumpridas, cabendo ao inferior cumprir todas as demais, sob pena de incorrer no crime Recusa de Obediência.

Para Rolf Koerner Junior (2003, p. 125-127), mesmo no militarismo a obediência não será passiva e irrestrita, mas afim de evitar injustiças, caberá ao Juiz, analisar caso a caso, até mesmo para resolver quanto à incidência ou não do crime de desobediência, previsto no artigo 163 do Código Penal Militar.

Tendo em vista seu posicionamento, Rolf Koerner defende que não se verifica possível aceitar uma “desculpa esfarrapada” para cumprimento de ordem absurdas, consideradas então manifestamente criminosas, exemplificando com o caso de um superior que ordena ao seu inferior que adentre uma residência e estupe uma mulher que lá se encontre, ou ainda, adultere, falsifique documentos anteriormente produzidos para dar ar de legalidade para determinado fato.

Sobretudo, constata-se que a maioria dos autores diferencia ordem “manifestamente criminosa”, de “manifestamente ilegal”. Eles defendem que “manifestamente criminosa” seria àquela ordem cujo caráter criminoso pode ser percebido por qualquer militar, se referindo a algo com uma ilicitude gritante e inegável, e, então, passíveis de serem recusadas quanto ao cumprimento, fato que não ocorreria com aquelas ditas manifestamente ilegais, que deveriam assim ser cumpridas.

Neste contexto Wilson Odirley Valla traz o seguinte exemplo como ordem de fato criminoso: superior que manda o subordinado eliminar um desafeto ou praticar atos de tortura em determinada pessoa suspeita.

Cícero Coimbra (2014, p. 480-482), por sua vez, exemplifica com uma ordem que não tem caráter criminoso, mas que se apresenta como uma improbidade administrativa, logo ilícita, e, não obstante para o autor, não deveria ser cumprida pelo inferior, sem resultar em qualquer penalidade, ou incidir no crime previsto no artigo 163 do Código Penal Militar: “ordem dada por um tenente para que um militar subordinado seu pague contas de consumo, de caráter particular em um banco fora do quartel”.

O autor ainda, por sua vez, alude tal situação, a uma “zona cinzenta”, pois como ter certeza que àquelas ordens para a prática de um ato ilegal, não sejam manifestamente criminosas, e complementa:

Melhor esclarecendo, como vimos, se a ordem for ilegal, mas invisível aos olhos do subordinado, a exculpação será certa. Caso seja a ordem ilegal, tendo em seu conteúdo a determinação de prática de ato claramente criminoso, ao ser cumprida, não conhecerá a exculpação do subordinado. Mas será exculpado aquele que cumprir uma ordem que determine a prática de um ato manifestamente ilegal (disciplinarmente, civilmente etc.), não manifestamente criminoso? Mais ainda, deverá o subordinado cumprir essa ordem, sob pena, por exemplo, de cometimento do crime de recusa de obediência? (NEVES, 2014, p. 482)

Para Cícero Coimbra, a ordem independente se criminosa ou não, basta ser ilegal para que a obrigação de seu cumprimento seja afastada, sem que ocorra a prática do artigo 163 do Código Penal Militar.

Neste contexto, Alexandre Saraiva (2014, p. 99) aduz que o crime supracitado considera somente ordem lícita, pois refere-se a ordem de superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou



instrução, para tanto, quando fala-se em ordem manifestamente ilegal, jamais haverá ocorrência na prática deste delito.

Ao analisar o dispositivo do CPM que alberga a excludente de ilicitude prevista no artigo 38, § 2º, juntamente do artigo do Crime de Recusa de Obediência, Cicero Coimbra confirma:

No que concerne à compreensão de ordem, cumpre consignar a não adoção pelo Código Penal Militar do princípio da obediência cega. É dizer que não há obrigação, portanto, descaracterizando o delito, de o subordinado cumprir uma ordem ilegal emitida pelo superior. (NEVES, 2014, p. 847)

Coimbra (2014, p. 848-849), ainda traz alguns exemplos de ordens ilegais, que se descumpridas pelo militar não devem ensejar qualquer responsabilidade, seja ela disciplinar ou penal. Todavia, disserta que alguns subordinados podem apresentar dificuldade na distinção entre elas serem legais ou não, e finaliza, afirmando que ainda se forem cumpridas e acarretarem na prática de algum crime, caberá a responsabilização apenas do emissor da ordem, aplicando-se então, a excludente da obediência hierárquica.

*São ilegais, portanto: a ordem de um cabo para que um soldado troque de parceiro em viatura de policiamento, porquanto tal alteração cabe à autoridade que confeccionou a escala, ou quem o represente fora do expediente; a ordem dada a um militar para que compareça a um jogo de futebol isolado, não incluído dentro de um programa de treinamento da instituição, simplesmente para satisfazer o interesse daquele que deu a ordem em completar um time de futebol, apartando-se, portanto, do fim de promoção do bem comum; a ordem para a dobra de serviço de guarda do quartel, sem que haja a necessidade imposta pelo serviço, apartando-se do motivo lógico a exigir a ordem; a ordem para um militar pagar contas de consumo, de caráter particular, para determinado superior, visto ser o objeto versado pela ordem ilícito etc.*

*Como exemplo, imaginemos um superior que, ao investigar um delito, sem que possua qualquer formalidade, mantenha o investigado confinado em uma sala, sob escolta de um subordinado. Nesse caso, poder-se-ia configurar o delito previsto no art. 225 do CPM, e o subordinado, que cumpria a ordem de fazer a vigilância, seria consorte no delito. Ocorre que, não sendo a ilicitude detectável pelo subordinado, estará ele fora da linha de responsabilização. (NEVES, 2014, p. 848)*

Ainda, importante salientar que existem, conforme já citado, aquelas ordens que são realmente de ilicitude inquestionável, e que se cumpridas, será o militar cumpridor responsabilizado juntamente do superior emissor. O exemplo trazido por Coimbra aborda uma ordem de um superior para que leve o preso sob sua guarda para o interior de uma sala, afim de espancar o indivíduo.

Para tanto, o aludido autor conclui que sejam as ordens manifestamente ilegais, chamadas por alguns como criminosas, ou as simplesmente ilegais, não podem levar o militar inferior a responder pelo crime do artigo 163 do CPM, pois desta forma, se estaria diante de um “jogo de absurdos” pois, se espera de militares ter a legalidade como premissa para qualquer ato. Afirma também, que em situações como as apresentadas, caberá ao militar alertar, dentro do devido respeito elementar do militarismo, ao seu superior quanto a ilegalidade das ordens emanadas e que então, por este motivo não serão cumpridas.

Entretanto, verifica-se uma exceção à regra narrada. Há casos em que numa primeira e rápida análise, conclui-se ser a ordem ilegal, porém, esta ilegalidade passa a ser uma mera irregularidade, com base na necessidade de cumprimento da missão principal da instituição militar, seja ela Polícia Militar, Forças Armadas ou Corpo de Bombeiro Militar, e que para tanto, deverá ser cumprida, sendo que do contrário acarretará em responsabilização ao militar ordenado, até mesmo pelo delito em tela.

Assim, diante de uma ordem que contrarie a lei de trânsito, mas cujo cumprimento seja necessário para que a instituição militar atinja seu escopo – como o caso do Comandante de uma Companhia de Policiamento que determina ao seu efetivo que atenda a uma ocorrência com viaturas estacionadas por não possuírem licenciamento daquele ano, em face da necessidade imposta pela situação, ou de uma ordem para que uma prontidão do Corpo de Bombeiros inicie um salvamento aquático com embarcações que deveriam estar (mas na verdade não estão) registradas no órgão competente –, não há falar em ordem ilegal, mas sim em ordem eivada de irregularidade, suprida pela necessidade casuística, devendo, portanto, ser cumprida sob pena de a conduta do militar que se recusar a tanto ser subsumida no tipo penal de recusa de obediência. (NEVES, 2014, p. 849)

Desta forma, confirma-se que a doutrina diverge entre haver uma distinção entre ordem criminosa e ordem ilícita, e com efeito, não apresenta um limite ao militar entre a faculdade atribuída pelo Código Penal Militar em descumprir uma ordem criminosa/ilegal, quando assim compreendida pelo militar subordinado e, ao mesmo tempo, não incorrer na prática do crime de Recusa de Obediência.

Contudo, permite-se a conclusão, que a expressão “manifestamente criminosa”, trazida pelo legislador no Código Penal Militar, se mostra mais benéfica ao subordinado. Percebe-se uma vantagem sobre o civil que tem uma expressão diferente apresentada no Código Penal comum, a saber “manifestamente ilegal”.

Após análise da excludente do artigo 38, § 2º, alínea “b” do CPM (obediência hierárquica), e o crime do artigo 163 (recusa de obediência) do mesmo dispositivo legal e, apesar, da doutrina não trazer efetivamente um limite entre ambos; com a diferenciação entre criminosa e ilícita, verifica-se uma margem positiva para os militares, em que, qualquer ordem, ainda que ilícita ou aparentemente ilícita, se cumprida não há que se falar em culpabilidade por parte do cumpridor, e sim, existe apenas responsabilização do emissor da ordem. Em consequência, já que a ordem foi cumprida também não há o que se cogitar a incidência do crime de Recusa de Obediência.

Ao inferior, caberá apenas o não cumprimento das ordens criminosas ou manifestamente criminosas, pois se cumpridas ensejariam na responsabilização conjunta ao superior emissor da ordem.

Por fim, cumpre esclarecer que no caso de recusa em obedecer a tais ordens, não ensejará incidência no delito do artigo 163, já que o artigo se pauta apenas em desobedecer às ordens legais, que por criminoso entende-se algo incontestável e absurdamente contrário ao ordenamento jurídico brasileiro, e se presume por parte dos militares um estrito cumprimento do princípio da legalidade previsto na Constituição Federal, já que ninguém está acima da lei.

## **CONCLUSÃO**

O Ordenamento Jurídico Brasileiro prevê a existência das instituições militares

- Forças Armadas, Polícias e Corpos de Bombeiros Militares - na Constituição Federal Brasileira, mais especificamente nos artigos 142 e 144, as quais estão subordinados ao regime militar. Destaca-se que a base do militarismo são dois princípios que norteiam toda a organização das instituições, sendo eles a Hierarquia e a Disciplina e que, desta forma, possuem um regime jurídico específico baseado em regimentos e estatutos internos, bem como no Código Penal Militar.

A Hierarquia e Disciplina organizam, fundam e regem todas as ações, missões e tarefas a serem desempenhadas pelos militares. Convém ressaltar que a relação de subordinação entre o superior e o inferior se origina nos referidos princípios, que definem, então, os postos e as graduações.

Ao estudar o crime “Recusa de Obediência”, tipificado no artigo 163 do CPM, verificou-se que se refere a um delito cometido somente por militares e que versa quanto a desobedecer ou não cumprir a ordem emanada do superior hierárquico. Avulta-se que, esta ordem, seja relativa ao serviço ou função desempenhada pelo militar e/ou algo relacionado ao dever estabelecido nas leis ou regulamentos que regem a categoria. Tal ordem, ainda, poderá ser verbal ou escrita e a recusa, em obedecer, do militar inferior, deverá ser clara, ainda que com uma ação ou omissão.

A excludente de culpabilidade, nomeada de “Obediência Hierárquica”, prevista no artigo 38, § 2º, alínea “b”, do CPM será aplicada quando a ordem versar de superior devidamente competente para aquilo; que seja algo relacionado ao serviço ou a qualquer regulamento que deva fiel cumprimento por parte do militar, que a ordem seja efetivamente revestida de legalidade formal e material, que exista uma relação de hierarquia entre os militares envolvidos e que, na execução da ordem, não exista qualquer excesso.

Por fim, se fez necessário analisar a expressão “ordem manifestamente criminosa”, trazida pelo CPM, a qual pode-se confirmar que está relacionada a algo que qualquer militar, imediatamente, possa deliberar ser considerado criminoso e que, para tal análise, não exija esforço por parte daquele que recebeu a ordem, será dita “criminosa”. Ademais, vale destacar que, ao perceber que determinada ordem possui esse conteúdo e ao cumpri-la, a excludente estudada deixa de ser aplicada em benefício do subalterno e este responde pelas consequências juntamente daquele que emitiu a ordem.

Ocorre que, justamente, tem-se a discussão entre o que, definitivamente, se conceitua “criminosa” e se é possível entender como o mesmo que “ilícito” e, por fim, a linha tênue que divide ser facultado ao militar atribuir essa definição e, conseqüentemente, não cumprir determinada ordem por entender ser “criminosa/ilícita” e, ainda, não incorrer na prática do crime de “Recusa de Obediência”, sendo este o tema central do presente artigo.

Tendo em vista toda a pesquisa efetuada, percebeu-se que o legislador, ao redigir o Código Penal Militar, não trouxe o significado da expressão “ordem manifestamente criminosa”, tampouco, explicou o motivo de não ter escrito “ordem manifestamente ilegal” como nos moldes do Código Penal comum.

A doutrina ao construir esse conceito diverge. Para alguns autores, leia-se o mesmo que “ordem manifestamente ilícita”, ou seja, qualquer ordem com cunho ilegal, ao ser percebida pelo subalterno, não deverá ser cumprida, pois o mesmo não estará albergado pela excludente do artigo 38, § 2º, “b”, do CPM; e à não execução não enseja consequência alguma, seja administrativa ou penal, não ocorrendo, assim, a prática do crime do artigo 163 do CPM.

Entretanto, parte da doutrina também se posiciona no sentido de que a

expressão em tela deve ser compreendida, somente, como algo gritantemente criminoso, uma ação que, inegavelmente será considerada criminosa como, por exemplo, torturar alguém e que, nestas situações, o militar inferior poderia não cumprir a ordem emanada sem incorrer na prática do crime supracitado.

Resumidamente, toda ordem com cunho legal ou aparentemente legal, deve ser efetivamente executada, sob pena do crime de “Recusa de Obediência” e, em caso de consequências advindas da execução da ordem, sem que tenha havido exagero no cumprimento, o militar estará respaldado pela excludente de culpabilidade denominada de “Obediência Hierárquica”.

Diante do transcrito, conclui-se que, a análise atribuída aos militares e, por consequência, a faculdade de cumprir ou não, juntamente, com os princípios basilares, deixa-os em verdadeira situação fragilizada. Porém, também se chega à conclusão de que a diferença existente entre os diplomas legais, Código Penal Militar e Código Penal comum e uma interpretação diferente no significado de “criminoso” e “ilegal”, é de extrema relevância aos militares na condição de inferiores.

Pois se o CPM trouxesse a expressão “manifestamente ilícita”, toda e qualquer ordem poderia levar o militar a responder juntamente com o superior e aquele não estaria respaldado pela excludente estudada. E, desta forma, o inferior deveria estar sempre atento quanto a ilicitude das ordens, ainda que aparentes. Ressaltando-se que, esta análise, além de tudo, por ser muito subjetiva, poderia levar o executor, que se negasse à obediência, submissão ao crime do artigo 163 do CPM.

Entretanto, conforme trouxe o legislador a expressão “manifestamente criminosa”, ao redigir o CPM, cabe ao militar subalterno, apenas, a análise das ordens realmente com um caráter evidentemente criminoso e, assim, somente a estas ordens negar obediência, sem recair em qualquer responsabilização. Ademais, se, por ventura, obedecer à ordem ilegal ou, ainda que, aparentemente ilegal, estará albergado pela excludente, já que esta traz em seu texto “ordem manifestamente criminosa”, tema deste artigo.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito Administrativo Militar*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

ALVES-MARREIROS, Adriano. *Direito Penal Militar: Teoria Crítica e Prática*. São Paulo: Método, 2015. *Online*.

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempo de guerra. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar*: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar*: Da Simples Transgressão as Processo Administrativo. Curitiba: Juruá, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL, Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969. *Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, e dá outras providências*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0667.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0667.htm). Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 1001, de 21 de outubro de 1969. *Código Penal Militar*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm). Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL. Decreto nº 4346, de 26 de agosto de 2002. *Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4346.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm). Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 6880, de 9 de dezembro de 1980. *Dispõe sobre o Estatuto dos Militares*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6880.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm). Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13491, de 13 de outubro de 2017. *Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm). Acesso em: 03 mar. 2022.

CARNEIRO, Robyson Danilo; SANTIN, Valter Foletto. Controle de convencionalidade do crime de desacato pelos tribunais superiores no Brasil. In: Érika Leahy (Org.). *HARD CASES CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal*. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2020, v. 1, p. 158-179.

CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Claudio Amin. *Elementos de Direito Penal Militar Parte Geral*. 2. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2009.

ESMERALDINO, Bandeira. *Tratado de Direito Penal Militar*. 1925.

FIGUEIREDO, Telma Angélica. *Excludentes de ilicitude e obediência hierárquica no Direito Penal Militar*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Militar: Teoria do crime*. 2. Ed. Belo Horizonte, D' Plácido, 2018.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

KOERNER JUNIOR, Rolf. *Obediência Hierárquica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar: atualizado*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. 2001. *Online*.

NETO, LOUREIRO, José da Silva. *Coleção Recursos Jurídicos – Direito Penal Militar*, 5. ed. Atlas, 2010. *Online*

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2005.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *Online*.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *Online*.

PIRES, Antonio Fernando. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARAIVA, Alexandre José de Leal. *Código Penal Militar Comentado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2014. *Online*.

VALLA, Wilson Odirley. *Deontologia Policial Militar Ética Profissional*, 4. ed. Curitiba: AVM, 2011.

## **MORTE DIGNA À PORTADORES DE DOENÇAS INCAPACITANTES E INCURÁVEIS: A LIBERDADE E A DIGNIDADE HUMANA FRENTE AO DIREITO À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

### **DIGNIFIED DEATH TO DISABLED AND INCURABLE DISEASES: THE FREEDOM AND HUMAN DIGNITY IN THE FACE OF THE RIGHT TO LIFE IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988**

**Maria Eduarda Wiedemann<sup>12</sup>  
Vinícius Wildner Zambiasi<sup>13</sup>**

**RESUMO:** A eutanásia tem por finalidade trazer dignidade à morte de pessoas que estão em estado terminal, com intenção de livrá-las de um sofrimento imensurável. A possibilidade de sua aplicação, no ordenamento jurídico brasileiro, não é aceita legalmente. Isto ocorre pois, tal prática seria o centro de conflitos entre o direito à vida, um direito de morrer e a dignidade humana junto a autonomia de vontade, o que gera um impasse para sua aplicação. O avanço da medicina, traz consigo, um aumento em condições que levam ao sofrimento físico e/ou psíquico dos pacientes, pois, conduzem o alongamento da vida, sem que exista melhora na doença em si, e, por consequência não há vida digna. Com isso, a morte provocada se torna um meio de tratamento. A partir do método dedutivo e de uma perspectiva da eutanásia como um direito de morrer com dignidade, é possível falar da prática dentro do âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, com a intenção de acabar com os conflitos principiológicos sobre o tema, aplicando a teoria da ponderação de Robert Alexy, buscando pela autorização legal da prática em determinados casos concretos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Eutanásia; Dignidade da pessoa humana; Autonomia da vontade; Teoria dos Direitos Fundamentais; Constituição Federal.

**ABSTRACT:** Euthanasia has as its purpose to bring dignity to the death of those that are terminally ill taking away the endless suffering they've been through. Although the possibility of applying it is not legally accepted by the Brazilian legal system. That occurs because it would be the center of conflicts between the right of life, the right of death and the human dignity among with the autonomy of willing, what creates a dead-lock for its application. The improvement of the medicine brings along with it a set of bigger physical and psychological suffer/damage by extend patients life, without having considerate improvement on the disease, therefore precluding dignified life. Having so, directional death become itself as a way of treating. By de deductive manner and looking for euthanasia with the perspective that it is a right to die with dignity, it's possible to parle about its practice withing the Brazilian legal system, with the intention of end the principles conflicts about the matter, applying Robert Alexy's theory of weighting, looking by legal authorization of this practice in

---

<sup>12</sup> Acadêmica do curso de direito Centro Universitário Univel.

<sup>13</sup> Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra, Portugal, Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, e Professor da União Educacional de Cascavel, Brasil.

determined concrete instances.

**KEYWORDS:** Euthanasia; Dignity of human person; Autonomy of will; Fundamental Rights Theory; Federal Constitution.

## INTRODUÇÃO

A ideia de morte provocada existe desde os povos antigos, onde filósofos que defendiam a sua prática quando se tratavam de doenças que traziam grande sofrimento. (GOLDIM, 2000). Morte provocada, hoje chamada de eutanásia, recebe este nome no século XVII pelo filósofo Francis Bacon (1623) em sua obra "*História vitae et mortis*", o qual, utilizou da palavra como "boa morte", acreditando ser o tratamento mais adequado para doenças incuráveis. (ZATERKA, 2015).

A eutanásia é considerada uma forma de tratamento para pacientes portadores de doenças que até hoje são incuráveis, onde, todo o possível para a melhora da qualidade de vida já foi feito e esgotado sem êxito. Essa forma de tratamento, versa sobre a conduta de um agente, que, movido pela compaixão sobre a situação em que se encontra o indivíduo, antecipa a sua morte, para que este não necessite continuar por mais tempo com esse sofrimento. (CASTRO, *et al*, 2016).

A existência dessa prática, surge em decorrência ao princípio da dignidade humana, o qual, trata-se da qualidade de vida inerente ao ser humano, o protegendo de tratamentos degradantes e assegurando as condições necessárias para esse atributo. Por consequência, é de se mencionar o próprio direito à vida, o qual consiste em defender a vida e sua existência.

No Brasil, conflitos entre os princípios do direito à vida, diante do direito a autonomia de vontade e dignidade da pessoa humana, existem a muito tempo. A eutanásia, se enquadra nesse mesmo conflito, e por isso, surge à questão a ser respondida nesta pesquisa.

A partir deste conflito, busca-se entender se, na situação do enfermo, seria possível a aplicação da prática para benefício do paciente, levando em consideração o respeito e a proteção a dignidade humana. Assim permitindo, existir o direito de morrer com dignidade, baseado no bem coletivo junto a interpretação da Constituição Federal de 1988, sob a perspectiva de uma eventual aplicação, buscando por preservar a dignidade. (CASTRO, *et al*, 2016).

Frente ao conflito que se forma pelo confronto de princípios, surge a teoria de Robert Alexy, o qual busca por uma solução e também chegar a melhor resposta para aquela situação concreta. Nesta teoria, utiliza-se da ponderação e da proporcionalidade aplicadas por Alexy, para que, a partir de todo um estudo do caso, chegar ao princípio que irá sopesar sobre o outro e o porquê disso.

A presente pesquisa foi desenvolvida a partir do método dedutivo, com base em pesquisas bibliográficas, documentais e legislativa, a partir de uma visão da eutanásia como um possível direito de morrer com dignidade para aqueles que necessitem. Utilizando dos direitos fundamentais, legislação, doutrinas, artigos, revistas científicas e a teoria jurista alemã, com a análise de diversos pensamentos de estudiosos no assunto.

Em vista do apresentado, nota-se que a existência de direitos fundamentais na Constituição Federal faz com que, constantemente, entrem em conflitos, exigindo do jurista que escolha dentre eles, um para preponderar em relação ao outro em determinada situação. Na presente pesquisa, se tem ênfase nos conflitos entre a



dignidade humana e o direito à vida.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TORNO DA EUTANÁSIA**

A Constituição Federal de 1988, trouxe em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais, mencionando de maneira expressa quais são eles, porém, esses não excluem outros de serem adotados pelo ordenamento. Também, para a criação de tais direitos, baseou-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, onde, seus cidadãos deverão participar e proteger seus direitos. (SILVA, 2006).

Tais liberdades Públicas, como também são chamados, tem por finalidade principal, o respeito à dignidade com a devida proteção estatal e garantias de condições mínimas de qualidade de vida e desenvolvimento do ser humano. (SILVA, 2006).

Contudo, a existência de tais direitos, mesmo que inerentes a todo ser humano, não os transforma em absolutos. Com isso, entende-se que tais direitos são relativos, inclusive, o direito à vida, que também não será absoluto. No ordenamento jurídico brasileiro, são previstas situações em que o direito à vida poderá ser suprimido. Por exemplo, o texto da própria Carta Magna traz que, em casos de guerra declarada (art. 5, XLVII da Constituição Federal) será possível aplicar pena de morte. Isso, demonstra que poderá ser permitido o sacrifício de outrem, e assim, conduzindo que, não será toda agressão contra o outro considerada injusta. (SANTORO, 2010).

Com tais situações, nota-se ser necessária uma ponderação de valores sobre os direitos em conflito nas mais determinadas circunstâncias, pois, cada caso será diferente entre si dos demais. (SANTORO, 2010).

Ainda, sobre os direitos fundamentais, tem-se a dignidade da pessoa humana. Este é entendido como um supra princípio. Trata-se de direito de todos e dever do Estado, por isso, a vida digna e de qualidade deve ser protegida até o momento de sua morte. A partir disto, surgem os questionamentos sobre tal princípio, dar lugar a um direito de morrer dignamente, de forma tranquila, com menor sofrimento possível e com toda atenção que for necessária durante este momento. (SANTORO, 2010).

### **2.1 DIREITO À DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

A dignidade humana faz parte dos direitos individuais inerentes a todos. Ligado completamente à pessoa humana em si, é previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, III, tratando-se de um fundamento da República, o que lhe traz grande valor. Isto significa que as demais normas constitucionais tem como base a dignidade humana para serem elaboradas. (SILVA, 2006).

A partir desse direito, tem-se a ideia de viver em sociedade e com isso, os demais devem respeito à dignidade uns dos outros. (SILVA, 2006). Trata-se de um princípio intrínseco, inseparável de todo e qualquer ser humano, tem-se a concepção deste, pelo simples fato, de ser humano, configurando-se como um valor próprio. (SARLET, 2019).

A dignidade está no centro de todos os outros direitos fundamentais, ou seja, está no centro dos direitos individuais para limitar a atuação do Estado sobre os indivíduos, como também, está no meio daqueles que buscam as igualdades entre todos. Isto ocorre, pois, todos os princípios e direitos constitucionais assegurados buscam e tem por finalidade alcançar uma vida digna, trazendo a dignidade humana,

o título de principal valor a ser adotado para aplicação e interpretação da legislação. (SARLET, 2019).

Como dito anteriormente, a finalidade dos direitos individuais é o respeito à dignidade de cada sujeito a partir da proteção do Estado. O conceito deste princípio, foi sendo construído com o passar dos anos, onde sofreu de várias influências históricas, religiosas e políticas, e por isso, sofre variações em cada ordenamento que está presente. (HÜBNER, 2013).

Com a ideia de proteção por parte do Estado, entende-se que, o mesmo tem o dever de promover as condições adequadas necessárias para tornar essa dignidade possível, além de remover aquilo que impeça esse exercício com plenitude. Não apenas o dever de proteção, também, a dignidade impõe ao Estado limites de atuação, tanto no seu criar, quanto no destruir. A partir disso, tornou-se valor fundante e estruturante do ordenamento, e assim, se converteu no coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana, pois, sem a dignidade o ser humano é transformado em coisa. (SARLET, 2019).

De acordo com Robert Alexy, tal princípio pode ser também, em algumas ocasiões, considerado regra. Quando for tratado como princípio sempre deverá ter precedência sobre os demais, e quando regra, não se determina grau de precedência. (ALEXY, 2007). Nesse mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet acredita que quando ocorrer conflitos entre os princípios deverá ocorrer a harmonização e ponderação onde jamais, pela relativização, poderá ocorrer o sacrifício da dignidade. (apud HÜBNER, 2013).

## 2.2 A VIDA COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL

A vida é um direito de personalidade que, como a dignidade humana, é inerente a todo ser humano. Sua inviolabilidade é prevista pela Constituição Federal de 1988, sendo também, parte dos direitos individuais. Este direito já era defendido desde o Código de Hamurabi, permanecendo até hoje com as mudanças e evoluções trazidas com o passar do tempo. (SILVA, 2006).

O ser humano, é o detentor do seu direito a vida, e por isso, cabe ao direito a proteção deste bem pessoal, porém, esta, deve ser vista sempre junto ao fator dignidade, pois, não é de menor importância a qualidade dessa vida. (SANTOS, SEGUNDO, 2019). Com isso, entende-se que, a inviolabilidade à vida mencionada em legislação, não se dá a entender que a vida é um dever imposto, mas sim, uma proteção à vida do indivíduo contra atos do Estado ou de terceiros. (ROBERTO, 2004).

### 2.2.1 À vida é renunciável?

A proteção constitucional do direito à vida, evita que terceiros atentem contra a vida de outrem, como também, acaba por impedir a própria pessoa de decidir sobre sua própria vida. Por consequência, a luta por um direito a morte digna se torna inalcançável por todos. A vida deverá ser protegida quando este bem, for usado como direito, não como dever, pois a morte deve ser também, um direito formado a partir da vida. (SANTOS, SEGUNDO, 2019).

A inviolabilidade, não se confunde com irrenunciabilidade de direitos, pois a intenção é proteger o indivíduo do meio externo, ou seja, de terceiros que a ameacem de alguma maneira. Isto não leva ao entendimento que tal direito é irrenunciável, e com isso, impossibilitado de ser questionado, pois, se assim fosse,

tal direito se tornaria uma devida obrigação e dever do sujeito. (SILVA, JUNIOR, 2009).

Ao transformar a vida em um bem irrenunciável, o indivíduo perderia a liberdade sobre si, e o Estado teria total controle sobre essa liberdade, onde, seria do seu poder decidir sobre a vida, transformando-a em um dever de viver. Nota-se, que o Estado, não possui tal atributo para obrigar seus cidadãos a exercer determinada coisa, seu poder, atinge apenas o dever de proteger os direitos. (SANTOS, SEGUNDO, 2019).

O direito à vida, mesmo sendo o princípio mais fundamental de todos, não é absoluto, assim como, nenhum outro será, por isso, a discussão sobre a proporcionalidade caso a caso é sempre mencionada. No Brasil, a própria Carta Magna prevê situações que tal direito poderá ser violado por algum tipo de necessidade, situações estas como, excludentes de ilicitude, um exemplo seria o caso de guerra declarada. (SANTORO, 2010).

### 2.3 CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS EM RELAÇÃO À MORTE DIGNA

Diante do até então exposto, verifica-se que tanto o princípio da dignidade humana, quanto o princípio da vida, são de extrema importância para o convívio e proteção do indivíduo perante o Estado e a sociedade em que está inserido. Estes, devem existir durante todo o percurso de vida de uma pessoa até o seu último momento. (SANTORO, 2010).

O questionamento sobre a possibilidade de uma morte digna, se liga diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, tem como principal finalidade que, o indivíduo tenha uma vida plena, saudável e de qualidade. Tais características, devem também, alcançar a chegada da morte do indivíduo, tratando-se de momento extremamente vulnerável que necessita de atenção e dignidade. (SANTOS, SEGUNDO, 2020). Nota-se que o levantamento desta pergunta leva ao evidente conflito entre os princípios mencionados, pois, ao basear-se na dignidade humana seria muitas vezes, viável um direito de morrer de pacientes incuráveis, mesmo que, diante do direito à vida.

A vida, somente aceita o seu preservar a todo custo, ou seja, faz com que os profissionais da saúde devam prolongar ao máximo a vida, não permitindo outro meio no caso concreto. Sob a perspectiva da dignidade, seria possível conceder o não prolongar de uma vida sem necessidade, no lugar de mantê-la, utilizando-se de tratamentos fúteis que causam maiores sofrimentos. (SILVA, JUNIOR, 2009).

As discussões ainda ocorrem sob a ideia de que, apesar do princípio à vida ser de extrema importância, quando se trata do momento morte, não permite a autonomia do paciente e de seus representantes ou familiares, fere sua integridade física, psicológica e sua dignidade, que são tão importantes quanto a própria vida, levando também, a um desgaste emocional. (CASTRO, *et al*, 2016).

Como vê, os princípios constitucionais, apresentam-se em extremos opostos, o que os conduz a entrarem em conflito, pois seus objetivos se tornam distintos. Ambos os princípios em conflito, são iguais em relevância e importância, o que torna a ponderação mais dificultosa, e assim, quando conflitos ocorrem, a solução possível é o aplicador do direito utilizar-se da prevalência de um sobre o outro, sem que seja suprimido. (CASTRO, *et al*, 2016).

### 3 MORTE DIGNA E EUTANÁSIA COMO TRATAMENTO ALTERNATIVO

De acordo com Sheyla Starling em seu livro “Direito à morte” uma das definições possíveis a eutanásia é:

Uma ação médica intencional de apressar ou provocar a morte com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos. (2021, p. 57 e 58).

Assim, a eutanásia é considerada uma forma de tratamento para pacientes portadores de doenças que, até os dias de hoje, são incuráveis, onde, todo o possível para melhorar a qualidade de vida foi esgotado.

Essa forma de tratamento, se trata de uma prática, na qual um agente movido pela compaixão sobre a situação em que o indivíduo se encontra, antecipa a sua morte para que este não necessite lidar por mais tempo com esse sofrimento. (CASTRO, *et al*, 2016).

Esse meio de tratamento, está ligado diretamente à dignidade humana e uma morte respeitosa, por isso, é motivo de discussão e se busca sua aplicação ao ordenamento brasileiro. A partir da interpretação da Constituição Federal, se analisa a sua possibilidade, pois, obrigar a viver com tal sofrimento, quando o enfermo não o queira, seria um atentado à dignidade. (SANTORO, 2010).

Direito de morrer com dignidade, não dá permissão a um terceiro de ceifar a vida de uma pessoa, nem mesmo obriga alguém a praticar a conduta, a intenção é permitir que o próprio paciente tenha direito de escolher por livre vontade, pôr fim a sua vida. (BARBOSA, LOSURDO, 2018).

Aceitar este direito é demonstrar valor a vida, pois, se entende que a morte faz parte dela, e com isso, também, merece ter dignidade. Se trata de entender os que estão passando por este momento frágil, e respeitar sua autonomia, entender que além do paciente, existe um ser humano, que perdeu sua vida digna. (CASTRO, *et al*, 2016).

A partir disto, e da ideia de que, a vida não é um valor absoluto, irão existir situações, onde o doente e seus familiares poderão decidir e insistir em vários tratamentos fúteis buscando pela possibilidade alguma melhora. Porém, também existirão, aqueles que decidam por não manter tratamentos para prolongar sua vida, justamente, por não haver melhora na qualidade desta. (DINIZ, COSTA, 2004).

Essa recusa de tratamentos, por muitos profissionais da saúde, pode ser entendida como uma desobediência à uma autoridade ou mesmo o violar do vitalismo, esse pensamento busca ser mudado, gradativamente com o passar do tempo, pois, essa recusa, é, a pura manifestação da autonomia de vontade sob a sua condição. (DINIZ, COSTA, 2004).

Com o avanço da medicina, ocorre o aumento da expectativa de vida, e conseqüentemente, o aumento no desenvolvimento de casos com doenças crônicas e incuráveis, com isso, mais pessoas buscam por auxílio, para garantir uma experiência de morte indolor. (DINIZ, COSTA, 2004). Essa situação leva ao foco, uma medicina mais humanizada, com mais opções em cuidados paliativos, trazendo em discussão o direito à morte pelo mundo. (PADILHA, 2016).

### 3.1 EUTANÁSIA NO BRASIL

A eutanásia no Brasil é pouco discutida, não somente pelo legislador, mas também pela sociedade em geral. Esta recusa ao diálogo sobre o assunto não

deveria ocorrer, pois, está totalmente relacionado à saúde pública. A sua discussão levaria ao entendimento de fato, do que é eutanásia e quais benefícios sua normatização traria. (CAETANO, 2018).

Até o momento, não existe no ordenamento jurídico brasileiro, legislação alguma sobre o tema. Porém, observando o Código Penal brasileiro, nota-se, que a prática é enquadrada como homicídio piedoso (homicídio privilegiado nos termos do Art. 121, §1º, CP), ou, em outros casos, auxílio ao suicídio (Art. 122, CP). (BARBOSA, LOSURDO, 2018).

Com isso, percebe-se, que o real objetivo da prática, é mal interpretado pelos juristas, pois, é colocado como uma espécie de homicídio. No entanto, apenas, busca trazer a qualidade e dignidade de volta ao paciente. (BARBOSA, LOSURDO, 2018).

No Brasil, debates pela legalização da prática já vieram a ocorrer, os quais, levaram ao surgimento de projetos de leis. Tais projetos traziam em discussão a inviolabilidade da vida e a dignidade humana junto a autonomia de vontade, buscando uma solução, ou seja, qual deveria prevalecer nessas situações.

A busca pela normatização da prática, e assim, torná-la um direito, levou aos seguintes dois Projetos de Lei. (CAETANO, 2018). Projeto de Lei 125/1996 – Legalização da Eutanásia (autoriza a prática a morte sem dor, nos casos em que específica). O senador do Estado do Amapá, Gilvam Borges, buscou, que fosse permitida uma morte indolor, desde que, o paciente cumprisse dos requisitos impostos no Projeto de Lei. (CAETANO, 2018).

Neste projeto de Lei, a proposta era baseada na permissão em uma junta de cinco médicos, onde, dois são especialistas na enfermidade envolvida, os quais atestariam a inutilidade do sofrimento do paciente. Tal proposta, previa a possibilidade de que as próprias pessoas que ocupavam tão grande sofrimento, poderiam solicitar a realização dos procedimentos que visassem sua morte. (CAETANO, 2018).

Ainda, tratava a prática como no caso de morte cerebral, permitindo a eutanásia por omissão, ou que familiares e o companheiro do paciente solicitassem à Justiça a permissão quando o enfermo estivesse impossibilitado de manifestar sua vontade.

Porém, após seu tramite no dia 29/01/1999 a decisão foi seu arquivamento ao final da Legislatura (art. 332 do RISF). (CAETANO, 2018). Tal proposta, previa a possibilidade de que as próprias pessoas que ocupavam tão grande sofrimento, poderiam solicitar a realização dos procedimentos que visassem sua morte.

Outra proposta é o Projeto de Lei 236/2012 – Anteprojeto do Novo Código Penal Brasileiro, sob autoria do Senador José Sarney em 2012, tramita a possibilidade de um novo Código Penal, onde, a eutanásia seria normatizada e sua prática levaria a uma diminuição de pena quando por compaixão e pedido da vítima. (CAETANO, 2018), (SENADO FEDERAL, 2022).

O texto do novo Código Penal traria não apenas uma conduta tipificada para a eutanásia, mas seria aplicada uma pena mais branda, como também, traria a possível exclusão da ilicitude para a ortotanásia.

Ou seja, a partir deste projeto, a prática seria um tipo penal com as devidas qualificações, afastando-a do homicídio privilegiado, não sendo mais conduta criminalizada, passando a pena de dois até quatro anos. (CAETANO, 2018), (SENADO FEDERAL, 2022).

Ainda, será admitido o perdão judicial quando analisado o caso e houver

ligação familiar ou emocional entre os envolvidos, sendo possível deixar de aplicar a pena ao agente que a praticar. O projeto continua em tramitação até hoje, seu último movimento foi no dia 16/02/2022. (CAETANO, 2018), (SENADO FEDERAL, 2022).

Mesmo com todas as discussões e movimentações mundo afora, o Brasil ainda se mantém sem nenhum meio normativo que regule a prática dentro do país. Ou seja, não existe entendimento algum sobre o tema.

Porém, o mesmo é interpretado com um homicídio privilegiado, ou feito por compaixão, o que pode levar a ser mais branda sua pena. A partir desta visão, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro, está inerte e desatualizado com a evolução nesse sentido. (BARBOSA, LOSURDO, 2018).

#### **4 APLICABILIDADE DA TEORIA DE ROBERT ALEXY NA COLISÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS**

Em seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Alexy fala sobre a análise da teoria desenvolvida pela Constituição Alemã. Trata-se de determinados direitos fundamentais positivados que estão em vigência. Também comenta sobre a teoria geral, a qual, entende como ideal teórico. Dentro desta visão, ele trata do conceito de norma de direito fundamental, onde, existe uma norma que garante um direito e por ser uma norma, terá todos os problemas que acarretam este conceito. (ALEXY, 2015)

A partir do conceito de norma de direito fundamental, analisa-se a estrutura destas para a teoria mencionada, a mais importante é diferenciar os princípios das regras. Esta diferença é a base para toda a fundamentação da teoria utilizada por Alexy. Sem que ocorra a devida diferenciação entre os dois métodos, não haveria teoria alguma para solucionar conflitos, ou alguma adequada para falar sobre restrições. Se trata do principal meio de respostas para problemas, o que leva a ser a base para a teoria dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2015).

Para fazer a distinção são necessários critérios, o mais utilizado é a generalidade, o qual menciona que princípios são normas com grau consideravelmente alto em relação a esta generalidade, enquanto as regras têm este grau relativamente baixo. Princípios então, são normas que ordenam para que uma determinada coisa seja feita dentro das possibilidades jurídicas e da situação fática, ou seja, são mandamento de otimização. No caso das regras, trata-se de normas que são ou não satisfeitas, ou seja, são determinações que devem ser feitas exatamente ao que se exige. (ALEXY, 2015).

A diferença entre ambos é mais notável quando ocorrem as chamadas colisões. Isto ocorre quando duas normas, se aplicadas de forma isolada, resultariam de uma situação que seria contrária a outra, dois juízos concretos diferentes, além de se distinguirem no seu meio de solucionar o conflito. (ALEXY, 2015).

Colisão entre princípios, quando ocorrem, para que seja solucionado, é necessário que um deles ceda e que o outro prevaleça. O ceder não significa que este seja inválido, ou que será suprimido, apenas que naquela situação fática um princípio tem mais relevância que o outro. Esta precedência, também, pode ser resolvida pelo sopesamento, ou seja, quando princípios tenham pesos diferentes no caso concreto, aquele que tem mais peso irá permanecer. (CARDOSO, 2016).

A Lei de colisão acontece quando um princípio acaba por restringir a realização de outro, para resolver isto, ocorrerá a relação de precedência de um sobre o outro de acordo com o caso concreto. (ALEXY, 2015). A lei de colisão

espelha a natureza dos princípios como sendo mandamentos de otimização, ou seja, não existe prevalência absoluta de nenhum. O conceito de precedência, é fundamental para compreensão das colisões na teoria de Alexy. (CARDOSO, 2016).

Quando traz a dignidade ao conflito de princípios, trata-se de exceção à regra geral de aplicação da ponderação, pois deverá verificar se outro princípio, neste caso à vida, ao pesar sobre a dignidade, poderá implicar em outros riscos ao paciente envolvido no caso, pois continuar com o procedimento pode lesar a garantia a dignidade trazida pela Constituição. (SANTOS, SEGUNDO, 2019).

Utilizando-se da teoria de Alexy, é possível solucionar conflitos entre normas constitucionais, como o caso mencionado neste trabalho, o qual, trata-se da dignidade humana junto a autonomia de vontade, frente o direito à vida, relacionado a eutanásia. Em determinado caso, de um paciente terminal, a partir da teoria de Alexy, pela ponderação e proporcionalidade, seria possível chegar a melhor resposta sem suprimir nem um nem outro princípio, a partir do estudo do caso. (CARDOSO, 2016).

Alexy utiliza do caso de Lebach para explicar de maneira mais clara sua teoria. Nesse caso concreto dois direitos fundamentais estavam em choque (proteção da personalidade *versus* liberdade de informar) a partir disto, o Tribunal Constitucional Federal resolveu o caso a partir do sopesamento dito por Alexy, ou seja, com base na análise do caso concreto, foi decidido em cada situação qual princípio teria mais peso que o outro e assim este precedeu. (SANTOS, SEGUNDO, 2019).

O resultado de todo sopesamento, tomado por mais correto pelo autor, ao ver dos direitos fundamentais, poderá gerar uma norma de direito fundamental com estrutura de regra. Princípios exigem que algo seja realizado, ou seja, contém *prima facie* (trata-se de algo evidente). Este caráter é fortalecido com ajuda de uma carga de argumentos a favor de um dos princípios, ou de uma classe determinada de princípio. Para chegar à resposta de um conflito é possível agregar carga argumentativa a favor a um princípio e ao outro uma carga argumentativa contra. (ALEXY, 2015).

#### 4.1 MÁXIMA PROPORCIONALIDADE

A partir da ideia de natureza dos princípios, sabe-se que esta implica sobre a máxima proporcionalidade, o que significa que implica com as três máximas parciais, ou seja, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isto dá o entendimento de que a proporcionalidade é deduzível desta natureza. (ALEXY, 2015).

Quando feita a máxima proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento) ocorre a relativização em face das possibilidades jurídicas. Ao ocorrer colisões entre princípios, é necessário um sopesamento para chegar à lei das colisões que foi mencionada anteriormente, pois o caráter principiológico leva a necessidade desse meio. (ALEXY, 2015).

O motivo da máxima proporcionalidade em sentido estrito ser necessária, decorre dos princípios serem mandamentos de otimização, enquanto na máxima de adequação e necessidade irão decorrer da própria natureza dos princípios. Esta máxima de necessidade impõe dificuldades somadas ao caso que seja mais complexo, esta pode expor limitações. A exigência deste meio ser desta forma, vem do caráter principiológico, porém, se mesmo o meio menos gravoso afete a realização do exame de necessidade, deverá sempre seguir o sopesamento, ou

seja, a proporcionalidade em sentido estrito. (ALEXY, 2015).

No sentido de exame de adequação, se o meio não for adequado para chegar à realização do objetivo, este não será exigido e por isso este meio ser utilizado ou não, não terá importância. Caso este meio afete de maneira negativa chegar ao objetivo, este meio será vedado, estas condições valem em quaisquer situações e servem para todos os princípios. Esta dedução trata-se de forma de fundamentação da máxima de proporcionalidade, que também é chamada de fundamentação utilizando dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2015).

Com o desenvolver da máxima de proporcionalidade, é possível notar que os princípios e valores são relacionáveis entre si. A colisão e sopesamento de princípios, também, repara-se que ocorre com os valores, onde a realização de um corresponde a realização do outro. Isto acontece pois os valores são também feitos de princípios que regem o meio social, como uma comunidade irá viver, o que é certo ou errado naquela sociedade. (ALEXY, 2015).

A partir da ideia de sopesamento, surge a questão de tal meio ser muito arbitrário a aquele que o realiza, pois os princípios não regulam sua aplicação. Se este procedimento se resumisse a preferências não seria racional, pois poderia ser realizado pelas simples convicções do sopesador. Por isso, é mencionado dois modelos de sopesamento, *decisionista* e *fundamentado*. (ALEXY, 2015).

O modelo decisionista diz que a preferência será o resultado de um processo psíquico que não tem controle racional, enquanto no modelo fundamentado, diferente do anterior, conduz sua precedência e a sua fundamentação, o que permite conexão a racionalidade. Ou seja, a lei de colisão deve ser fundamentada de forma razoável, e por isso não será uma fórmula vazia. (ALEXY, 2015).

A partir da explicação de como funciona a teoria de Alexy para ser aplicada em casos concretos, entende-se que é necessário, não apenas os meios de sopesamento mencionados, mas sua fundamentação lógica e racional para ser baseada em juízos de valores e outros critérios, e assim, não se tornar uma decisão vazia, utilizando apenas da convicção do sopesador. (ARANTES, NEVES, 2010).

Utilizando da aplicação da proporcionalidade de Alexy, para responder a um caso de eutanásia será necessário estudar os princípios da dignidade humana, somada a autonomia do paciente, em contradição ao direito à vida, baseado na situação de um paciente terminal que já sofra de forma cotidiana, não possua expectativas de melhora, e sua morte seja apenas questão de tempo, onde o próprio paciente e seus familiares aceitam e permitem a morte digna. (ARANTES, NEVES, 2010).

Assim, deve ser levado em consideração para o sopesamento, as possibilidades de tratamento, o grau de melhora quando existir, tamanho sofrimento do paciente e aquele que os possíveis tratamentos irão trazer a ele, o tempo que lhe resta de vida, se essa vida é ainda de forma plena ou se somente está sobrevivendo. (ALEXY, 2015).

Após toda a pesquisa sobre o caso, deve existir uma conversa entre paciente e médico, o informando do quadro clínico, e assim, receber seu respaldo. Com isso, poderá ser feita a aplicação da teoria de Alexy, para se chegar a possível resposta mais adequada para aquela circunstância. (ARANTES, NEVES, 2010).

O prolongar da vida do enfermo ao seu máximo mesmo sem expectativas de melhora, não importando seu sofrimento, e por consequência ferindo a dignidade humana e a autonomia de vontade, ou, observar um direito a morte digna, respeitando a autonomia do paciente e sua qualidade de vida? Para uma resposta



realista sob a perspectiva de Alexy, é possível analisar o caso de Terry Schiavo, uma batalha judicial nos Estados Unidos da América, em torno da prática ou não da eutanásia. (PADILHA, 2016).

#### 4.2 O CASO DE TERRY SCHIAVO SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DE ALEXY

A partir da explicação de como funciona a teoria de Alexy para a aplicação em conflitos de princípios, é possível mencionar um caso concreto de eutanásia. O caso de Theresa Marie Schindler-Schiavo (Terry Schiavo). Tratou-se de uma famosa batalha judicial pelo direito a Eutanásia, que ocorreu nos Estados Unidos da América, o Juiz que deu as ordens de desligar os aparelhos foi George Greer, da corte de apelação da Flórida, e esta, foi mantida pela Corte Suprema. Terry, anos antes, sofreu de uma parada cardíaca, conduzindo a falta de oxigenação de seu cérebro, ocasionando severas lesões incuráveis, levando a mesma ao estado vegetativo permanente. (ARANTES, NEVES, 2010).

De início, a família, com esperanças, buscou por meios de reabilitação, porém, Terry, já havia se manifestado, no sentido de negar submeter-se a tais tratamentos. Após quinze longos anos de batalhas judiciais, e até intervenções governamentais e presidenciais, foi determinada a ordem judicial no dia 18 de março de 2005 para serem retirados seus suportes de vida. Com este breve histórico sobre Terry, é possível fazer sua análise com base na tese de Alexy, como uma legislação comparada sob o ordenamento jurídico brasileiro. (ARANTES, NEVES, 2010).

Utilizando da teoria da proporcionalidade de Alexy, a qual se baseia em vários critérios e regras para ter uma decisão racional e fundada, junto ao ordenamento jurídico brasileiro, será possível buscar pela solução do conflito existente entre os princípios mencionados neste caso. (ALEXY, 2015).

A partir do primeiro passo da teoria, a adequação, é necessário definir quais os princípios em conflito e qual seu objetivo. Nesse caso, tem-se dignidade humana junto a autonomia e direito à vida. Para que o direito à vida se mantenha, Terry, deve ser mantida com o suporte de vida, enquanto a dignidade e a liberdade, entende-se pela retirada destes meios de suporte, onde atenderiam seu pedido de não ser submetida a tais tratamentos, e por consequência, uma morte digna. (ARANTES, NEVES, 2010).

Nota-se, que nesta situação, ambos os princípios podem atingir sua finalidade, e para atingir um, o outro terá de ceder. Porém, será preciso, pela análise deste caso e das evidências existentes baseadas em cada princípio, verificar qual terá maior peso. Com isso, é preciso continuar com o próximo passo da teoria, pois, apenas a adequação não é suficiente. (ALEXY, 2015).

A necessidade, exige que o meio utilizado seja o mais benéfico, porém a situação de Terry, impede saber qual seria decisão mais vantajosa para a paciente, não sendo também, suficiente para chegar a uma solução, precisando assim, do estudo completo da ponderação. Pela visão do direito brasileiro, não seria possível eutanásia em ocasião alguma, porém, utilizando-se da teoria de Alexy, justificada pelos princípios, seria possível chegar a uma resposta positiva sobre a prática, isentando aquele que a praticasse da responsabilidade penal. (ARANTES, NEVES, 2010).

Após o jurista analisar todas as evidências existentes do caso, verificar os princípios em conflito e quais serão suas finalidades nesta circunstância, é possível ponderar valores sobre cada ponto e assim chegar a melhor solução. (ALEXY, 2015).

## CONCLUSÃO

Levando-se em conta o que foi apresentado, é possível observar que o tema abordado é vasto, além de muito antigo. Trata-se de questão que precisa ser mais discutida no âmbito brasileiro, pois, o mesmo, demonstra que antigos valores morais devem ser revistos e reformulados ao momento atual, visto que, não atendem mais a demanda social exigida.

Ainda no meio jurídico brasileiro a prática não é aceita, não permitindo ser vista e entendida como um direito ao indivíduo. Mesmo se tratando de um país laico, no Brasil, a religião católica principalmente (grande parte da população é cristã) ainda possui muita influência sobre decisões e valores da sociedade, e nestas circunstâncias está compreensão equivocada da prática pode gerar anos de sofrimento para algumas pessoas em condições terminais. Ou seja, a partir das previsões e entendimentos jurisdicionais atuais, o Brasil não permitiria autorização alguma sobre quaisquer situações ferindo a dignidade humana do paciente e sua livre manifestação de escolha sobre si mesmo.

A Constituição Federal prevê princípios que regem os direitos individuais, porém, como apresentado neste trabalho, existem situações os levam a conflitos, pois todos os princípios poderão ser relativizados, e assim, passar pelo processo de ponderação.

Ao entender que nenhum princípio será absoluto, e todos poderão ser submetidos à ponderação em situações concretas, é possível mencionar a tese de Robert Alexy para a solução do conflito trazido pela busca de um direito de morrer sob outra perspectiva no ordenamento jurídico brasileiro. Em sua teoria, entende que deverá ocorrer o que mais beneficie o sujeito em questão, e qual princípio irá garantir a melhor solução.

Observando o princípio, dignidade humana baseado nesta teoria, seria possível a busca pela prática e sua autorização em determinados casos, vez que tal princípio é de extrema importância e inerente a todo ser humano, assim, deve ser respeitado. Este, buscando o direito de morrer com dignidade e respeitando a autonomia do paciente, levariam ao libertar do sofrimento acarretado pela doença. Deve-se lembrar que a busca por tal direito alcança a aqueles que busquem pelo mesmo, e apenas a esses, pois a intenção é respeitar a liberdade de escolha do paciente sobre seu caso clínico que não possui meios de melhora.

Baseando-se na teoria de Alexy, é possível verificar que o peso colocado sobre os dois princípios tão importantes, neste caso, deve prevalecer e serem amparados pelo ordenamento jurídico, pois ambos são feridos e suprimidos pela vida. Assim, o paciente deve receber todo apoio necessário em um momento tão vulnerável, e não apenas ser esquecido em um leito, com seu sofrimento prolongado a todo custo para o manter apenas sobrevivendo.

A partir do caso concreto trazido anteriormente, Terry Schiavo, sobre esta mesma visão da teoria de Alexy, com base principiológica e fundamentação racional em respeito aos princípios em conflito, é de notar-se que a possibilidade de autorização do direito a morte digna não é inatingível, mas na verdade, passivo de ser alcançado ao levar toda a circunstância favorável em consideração, onde a dignidade e liberdade irão prevalecer, e abrir eventual brecha jurídica para futura legalização.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. 4 tiragem – São Paulo: Malheiros, 2015. Acesso em: 05 de set. 2022.

ARANTES, Bruno Camilloto; NEVES, Henrique Gonçalves. Direito à eutanásia: uma análise do caso Terry Schiavo à luz do pensamento de Robert Alexy. *Revista Jurídica Consulex*, nº 114. Fortaleza, 2010. Acesso em: 01 de set. 2022.

BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva; LOSURDO, Federico. Eutanásia no Brasil: entre o código penal e a dignidade da pessoa humana. *Revista Scielo*, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.5380/rinc.v5i2.52151>>. Acesso em: 30 de ago. 2022.

CAETANO, Laís de Freitas. *O paternalismo penal, a eutanásia e o suicídio assistido*. Brasília, Centro Universitario de Brasília – UniCEUB, 2018. <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/12521/1/21370048%20La%20C3%A4%20Caetano.pdf>>. Acesso em: 01 de set. 2022.

CASTRO, Mariana Parreiras Reis et al. Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática. *Revista Bioética*, Brasília – DF, 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/bioet/a/DhvhJgpN9ykykc9L8cpFtxN/?lang=pt>>. Acesso em: 30 de ago. 2022.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. *Revista Constituição e Garantia de direitos*, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/10327/7300>>. Acesso em: 06 set. 2022.

DINIZ, Debora; COSTA, Sérgio. *Morrer com dignidade: um direito fundamental*. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/15258>>. Acesso em: 05 de set. 2022.

GOLDIM, José Roberto. *Breve histórico da Eutanásia*. Porto Alegre: Página de Bioética, 2000. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm>>. Acesso em: 31 de ago. 2022.

HÜBNER, Rochelly Valeska. *O direito fundamental à morte digna: uma visão a partir da constituição Federal de 1988*. (Bacharelado em Direito) -Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35704/63.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 02 de set. 2022.

NETO, Orlando Luiz de Melo. *Direito Constitucional*. Acre, 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38573/a-relatividade-dos-direitos-fundamentais-e-os-limites-a-sua-relativizacao>>. Acesso em: 04 de set. 2022.

PADILHA, Elisângela; BERTONCINI, Carla. A dignidade da pessoa humana na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. *Revista Brasileira de Direito*, 2016. Disponível em:

<<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1113/1057>>. Acesso em: 03 de set. 2022.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. O direito à vida. *Revista Scientia Iuris*, Londrina, 2004. <<https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11138>>. Acesso em: 31 de set. 2022.

SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte Digna - O Direito do Paciente Terminal*. São Paulo: Editora Juruá, 2010. Acesso em: 02 de set. 2022.

SANTOS, Raphael de Souza Almeida; SEGUNDO, Jurineu Alves Caires. O direito à morte digna: A busca de uma resposta para um choque de princípios. *Revista de Direito*. Minas Gerais, 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/6378/5956>>. Acesso em: 05 de set. 2022.

SARLET, Wolfgang Ingo. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre, 2019. Acesso em: 03 de set. 2022.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado n° 236, de 2012*. Atividade Legislativa, 2022. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 03 set. 2022.

SILVA, Flávia Martins André. *Direitos Fundamentais*. São Paulo, 2006. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>. Acesso em: 06 set. 2022.

SILVA, Saulo César Júlio; JUNIOR, Luiz Gonzaga Meziara. Eutanásia. Viver: Direito ou obrigação? *Revista primeiros passos*, Ribeirão Preto, 2009. Disponível em: <<https://www.portalmouralacerda.com.br/wp-content/uploads/2016/05/2009.pdf#page=47>>. Acesso em: 26 mai. 2022.

STARLING, Sheyla. *Direito à morte: argumentos para regulamentação da eutanásia e do suicídio assistido no Brasil*. São Paulo, 2021. Acesso em: 05 set. 2022.

ZATERKA, Luciana. Francis Bacon e a questão da longevidade humana. *Revista de Bioética*, São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ss/a/CwGPg4kdq4XKVgNBsRGSDZt/?lang=pt.>>. Acesso em: 06 set. 2022.

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ÂMBITO PRIVADO: A  
LIMITAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE NO FORNECIMENTO DO  
MEDICAMENTO OCREVUS (OCRELIZUMABE) PARA O  
TRATAMENTO DE ESCLEROSE MÚLTIPLA**

**HEALTH JUDICIALIZATION IN THE PRIVATE LEVEL: THE  
LIMITATION OF HEALTH PLANS IN THE SUPPLY OF THE DRUG  
OCREVUS (OCRELIZUMAB) FOR THE TREATMENT OF MULTIPLE  
SCLEROSIS**

**Maria Clara Pazzinatto de Camargo<sup>14</sup>  
Alessandra Brustolin<sup>15</sup>**

**RESUMO:** O estudo analisa a intervenção do Poder Judiciário nos contratos de assistência privada à saúde. O aumento significativo do número de processos judiciais relativos aos contratos de assistência privada à saúde acarretou diversas consequências e alterações nos textos normativos que dominam a referida relação contratual. Principalmente após a repercussão do julgamento dos embargos de divergência n.º 1886929-SP e n.º 1889704-SP acerca do rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) arbitrado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). O trabalho foi orientado pela seguinte pergunta: em que medida o Poder Judiciário pode interferir na iniciativa privada para determinar o fornecimento do medicamento *Ocrevus* para o tratamento de esclerose múltipla? O método utilizado foi o dedutivo. Foi possível verificar que, muito embora o Poder Judiciário tenha determinado que o rol da ANS é considerado taxativo, por meio de repercussões e clamor público, surge a aprovação do projeto de lei para determinar a conversão do rol à exemplificativo. Assim sendo, os portares de esclerose múltipla têm o direito do fornecimento do medicamento *Ocrevus* para todos os graus da doença.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à saúde; planos de saúde; saúde suplementar; ED n.º 1886929-SP; ED n.º 1889704-SP.

**ABSTRACT:** This study analyzes the intervention of the Judiciary system in private health care contracts. The significant increase in the number of lawsuits related to private health care contracts resulted in several consequences and changes in the normative texts that dominate the aforementioned contractual relation. Mainly after the repercussion of the judgment of the Embargoes of Divergence 1886929-SP and 1889704-SP on the role of ANS arbitrated by the Superior Court of Justice (STJ). The work is guided by the following question: to what extent can the Judiciary system interfere in the private sector to determine the supply of the drug *ocrevus* for the treatment of multiple sclerosis? The method used is deductive. It was possible to verify that, although the Judiciary has adopted the measure that the role of ANS is

---

<sup>14</sup> Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Univel.

<sup>15</sup> Mestra em Ciência Jurídica. Especialista. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Univel.

considered exhaustive, through the repercussion and public outcry (uproar), it issues the approval of the bill to determine the conversion of the role to the exemplary, thus being, Multiple Sclerosis patients have the right to receive the drug ocrevus for all stages of the disease.

**KEYWORDS:** Right to health; health insurance; supplementary health; ED1886929-SP; ED 1889704-SP.

## INTRODUÇÃO

O contrato de assistência privada à saúde é um importante instrumento para a garantia do acesso e atendimento médico-hospitalar no Brasil, tendo em vista a impossibilidade de o Estado suprir suficientemente a crescente demanda social pelos serviços de assistência à saúde. Contudo, há a submissão do interesse existencial à realização do interesse patrimonial, pois os planos de saúde ocupam posição privilegiada em razão da elaboração dos contratos.

A instalação dos entes privados no setor de saúde no Brasil é expressamente prevista no artigo 199 da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Os contratos de planos de saúde geram negócio jurídico. A operadora fica responsável por fornecer ou custear serviços em favor do beneficiário, cabendo a este o pagamento mediante a extensão do contrato firmado.

O direito à saúde possui *status* de direito fundamental na CF/88, ensejando reflexos (mesmo involuntários) nos contratos de assistência privada à saúde. A extensão, nesse caso, se limita no ordenamento constitucional e no diálogo complementar entre a Lei n.º 9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Atualmente, a intervenção judicial nos contratos de plano de saúde em busca da ponderação dos interesses das operadoras e usuários se faz cada vez mais presente, principalmente tratando-se de medicamentos de alto custo, dos quais inúmeros beneficiários receberam negativas de cobertura do custeio pelo plano, mesmo possuindo doenças graves.

Nesse contexto, apresenta-se a controvérsia que recai sobre a ponderação e a análise da eficácia horizontal do direito fundamental à saúde *versus* o interesse das operadoras de saúde suplementar, especialmente, quanto à delimitação das cláusulas contratuais. Há, portanto, uma lacuna entre o equilíbrio financeiro das prestações e eventual prática abusiva por parte das operadoras de planos de saúde.

Diante disso, a pesquisa buscou responder à seguinte pergunta: em que medida o Poder Judiciário pode interferir na iniciativa privada dos planos de saúde para determinar o fornecimento do medicamento *Ocrevus* para o tratamento de esclerose múltipla?

Para responder à indagação proposta, cumpriu analisar o caráter fundamental do direito à saúde com base no texto constitucional. Além disso, avaliar os reflexos nos contratos de assistência privada à saúde, a fim de verificar a extensão das coberturas e a competência para a definição dos procedimentos, diante da controvérsia sobre a natureza do rol de procedimentos cobertos pelos operadores de saúde, definindo se é taxativo ou exemplificativo. Teve-se como foco principal a discussão sobre a concessão do medicamento de alto custo *Ocrevus* para o tratamento de esclerose múltipla pelos planos de saúde e a extensão da legitimidade de intervenção do Poder Judiciário no mercado privado de saúde. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo.

## 2 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o advento da CF/88, a saúde passou a ser considerada direito universal e fundamental. De acordo com o artigo 196 da CF/88, a saúde é direito de todos os seres e dever do Estado visando à redução do risco de doenças mediante políticas sociais e econômicas com acesso universal e igualitário (BRASIL, 1988). A saúde integra a ordem dos direitos fundamentais, estando implícita em seu comando a ordem de pertencer ao ser humano como gênero, não podendo ficar limitada a um grupo, categoria ou classes de pessoas (BARRETO JUNIOR; PAVANI, 2013).

Silva (2013, p. 288) afirma que “os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos”. Sendo assim, a noção de saúde é orientada pelo princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF/88). De acordo com esse princípio, as pessoas devem ser respeitadas sem prejuízos em sua existência, interligando o corpo, a vida e a saúde.

No momento em que a CF/88 certificou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, consagrou o dever de proteção máxima à pessoa por meio de sistemas jurídico-positivos, implementando direitos da personalidade humana e fundamentais, assegurando o respeito total ao indivíduo, com existência digna, protegida de qualquer ofensa (MARTINI; STURZA, 2017, p. 9).

O artigo 3º da CF/1988 certifica que a saúde está elencada em conceitos de justiça e direitos, ao estabelecer como objetivos fundamentais: liberdade, justiça e solidariedade; desenvolvimento nacional; redução de desigualdade sociais e regionais; promoção do bem comum; e erradicação da pobreza da República (BRUSTOLIN, 2021).

A fundamentação material do direito à saúde decorre de dois direitos fundamentais, quais sejam: o direito à vida, regido pelo art. 5º, caput, da CF/88 – que se trata da existência propriamente dita, o bem superior/máximo de cada ser, com a necessidade de proteção –, e a dignidade da pessoa humana como valores e direitos reconhecido aos seres.

Nesse passo, a saúde possui regimento normativo com superioridade hierárquica, concretizando-se através da atuação de entes privados e públicos em sua promoção e proteção, sendo direito exigível por todos, tendo em vista sua subjetividade, podendo ser cobrado contra entes estatais e privados. Ao Estado cabe a direção da prestação de serviços e ações de saúde, devendo fixar as diretrizes e parâmetros para o exercício destes (BARRETO JUNIOR; PAVANI, 2013, p. 84).

Por fim, tratando-se de saúde, verifica-se que o Estado detém dever de garantia por meio do âmbito privado ou público, mediante fiscalização, controle e regulamentação, com o auxílio de ações econômicas e políticas sociais, a fim da redução de doenças, assegurando o caráter fundamental de todos os entes humanos.

As prestações de saúde no Brasil são asseguradas por meio de um sistema de estrutura híbrida de gestão de saúde, com uma rede de atendimento simultânea no âmbito público e privado. A Constituição Federal de 1988, através dos artigos 198 a 200, criou o Sistema Único de Saúde (SUS), com ações direcionadas à saúde, organizadas no artigo 198, em meio à descentralização com direcionamento único em cada esfera do governo, atendimento integral e participação da comunidade (BRASIL, 1988), regulamentados pela Lei 8.080/1990.

A atuação da rede privada, por sua vez, se manifesta principalmente por meio da saúde suplementar, com a atuação de planos de saúde e seguros privados de

assistência médica. O artigo 197 da CF/88 certifica que as ações que estão relacionadas à saúde são de responsabilidade indireta com a atuação de terceiros, através da iniciativa privada (pessoa física ou jurídica de direito privado), ou de responsabilidade direta formalizada pelo SUS.

O artigo 199 da CF/88 dispõe que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada” (BRASIL, 1988), assim, os prestadores de serviços privados de assistência à saúde, que recebem mediante contraprestações pelos serviços prestados, são implementados pela CF/88 com intuito de desenvolvimento e aprimoramento (GOMES, 2020). A saúde suplementar encontra-se subordinada à fiscalização, à regulamentação e ao controle da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Contudo, a liberdade de atuação não possui livre caráter.

Os planos de saúde surgiram em decorrência da incapacidade do SUS de suprir o atendimento adequado à população, principalmente, por falta de recursos econômicos. “A função estatal de proteção do interesse público frente às estratégias econômicas dos agentes privados foi transferida, no Brasil, em parte, para agências regulatórias, com base na concepção de um Estado regulador” (SESTELO; SOUZA; BAHIA, 2013, p. 2).

Os contratos dos planos de saúde são estabelecidos através de contratos de adesão. Segundo Scaff (2010), “serão bilateral, comutativo, consensual, onerosa, de execução instantânea – no caso de meras consultas e exames – ou continuada - na circunstância de se vincular a tratamentos de mais longa duração.”

O CDC também proporcionou certas limitações à atuação das operadoras, surgindo, então, a necessidade da implementação de normas regulamentadoras no setor de saúde suplementar para equilíbrio de entendimentos jurisprudenciais, sem o benefício de apenas um lado. Então, em 1988, a Lei n.º 9.656 foi aprovada pelo presidente da República (GOMES, 2020).

De acordo com Alves, Bahia e Barroso (2009, p. 2), “a Lei n.º 9.656/98 busca regulamentar a oferta de serviços na relação de mercado entre operadoras e consumidores”. O implemento dessa lei foi e ainda é considerado um divisor de águas, tendo em vista a ligação e regulamentação do art. 199 da CF/88.

Contudo, houve inúmeras discussões acerca da implementação da lei, e, logo no início de sua vigência, teve sua primeira modificação através da Medida Provisória n.º 1.665, reeditada 44 vezes. Atualmente, a medida que vigora é a de n.º 2.177-44. Mediante a edição da Medida Provisória n.º 1.908-18, a regulamentação é direcionada ao Ministério da Saúde. Neste diapasão, as operadoras passam a operar planos privados de assistência à saúde.

Em 1999, foi implementada a ANS. Conforme afirma Duarte (2003, p. 12), “a criação de uma autarquia, uma agência autônoma, como órgão regulador não se dá ao acaso, insere-se num processo mais amplo de reforma do aparelho de Estado”. Assim, a ANS possui autonomia (financeira, patrimonial administrativa), com vínculo com o Ministério da Saúde.

A ANS também possui competência regulatória das prestações de serviços exercidas pela assistência suplementar à saúde, bem como aqueles que usufruem, mais conhecidos como consumidores. Conforme afirmam Júnior e Belúzio (2017, p. 11), a ANS “regula/controla e fiscaliza a relação daquele indivíduo que contratou um serviço de plano de saúde, sendo ela quem realiza a fiscalização de toda e qualquer agência de saúde suplementar existente no país”.

Os contratos de planos de saúde enquadram-se no conceito de negócio jurídico, formando então contrato civil. Existem pressupostos implementados pelo



Código Civil que possuem extrema importância nas relações jurídicas de saúde, como direito da personalidade, da pessoa jurídica, pessoa natural e prescrição (GOMES, 2020).

Portanto, os contratos de saúde são formalizados por contratos de adesão, conforme afirma Silva (2020, p. 83), “em um ambiente em que prestações de serviços de saúde geralmente implicam em relação de consumo os contratos devem ser regidos da forma mais clara possível”. Faz-se necessária, então, a implementação/aplicação do CDC para a concretização do direito fundamental à saúde.

O próprio CDC conceitua contrato de adesão, em seu artigo 54, como estabelecimento unilateral pelo fornecedor de produtos, na medida em que o consumidor não pode discutir/modificar seu conteúdo. A relação de consumo fica pré-estabelecida pois existem os dois requisitos essenciais: consumidores (pessoas físicas ou jurídicas) e pessoa jurídica de direito privado, a qual presta serviços de saúde suplementar.

Assim, o que se espera dos contratos é a presença da boa-fé contratual, tendo em vista que a parte mais frágil é o consumidor, que, ao assinar o contrato de adesão estabelecido, deposita a confiança de que o serviço contratado será prestado da melhor maneira, além da necessidade das disposições contratuais justas e o cumprimento integral pelo serviço de saúde (JÚNIOR; BELUZIO, 2017).

A atuação dos serviços de assistência à saúde realizada por meio dos entes privados complementa a atuação do poder público, e a fiscalização exercida pelo Estado é imposta, pois as atividades dos planos de saúde são como atividades de mercado como qualquer outra que visa à obtenção de lucro (GOMES, 2020).

De acordo com o artigo 199, § 2º, da CF/88, “é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos” (BRASIL, 1988). O § 3º veda a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988). Ocorre que, com o implemento do Decreto n.º 73/66, que disciplina os aspectos econômicos da modalidade de seguro-saúde e cria a modalidade de disciplina pré-paga, a legislação passa-se a ser limitada.

A ausência do controle do Estado nas atividades dos planos de saúde resultou em crescimento excessivo da vontade do fornecedor de serviços (GOMES, 2020). Por não existir um regulamento amplamente restrito à atuação dos serviços privados, o contratante somente tomava conhecimento dos fins lucrativos quando recebia negativa da cobertura parcial ou total de seu tratamento.

A autonomia privada é orientada por dois aspectos essenciais: o direito subjetivo e a liberdade de negociação. De acordo com Albuquerque (2011, p. 65), “não existe o direito subjetivo sem o objetivo, ou seja, não existe um direito subjetivo que possa ser unicamente oriundo do direito privado, alheio ao público”.

Com a evolução e o desenvolvimento social, surge, então, a preocupação da verdadeira aplicação dos direitos fundamentais, não sendo apenas uma proibição estatal infringi-los, pois encontram-se interligados à garantia da igualdade e liberdade, nascidos com a própria condição humana. A eficácia horizontal surge com intuito de assegurar os direitos fundamentais, não sendo aplicados apenas ao cidadão e ao Estado, norteando-se também às relações privadas, gerando diversos debates no meio jurídico, objetivando dar a máxima efetividade e proteção (CARVAL; LIMA, 2015).

Segundo Carvalho e Lima (2015, p. 12), “ao expandir os efeitos das relações

privadas para uma concepção constitucional, naturalmente, fez surgir também uma ampliação dos direitos fundamentais para além de uma relação cidadão-Estado”. Sobre as coberturas dos contratos dos planos de saúde (Esmeraldi e Lopes 2015, p. 170) afirmam que: “são equilibradamente proporcionais as suas respectivas contraprestações – e num quadro de equilíbrio que não pode ser desprezado e nem desconsiderado corretivamente”.

Em razão da fundamentalidade do direito à saúde nos contratos no aspecto direcionado à eficácia horizontal, Lazari, Margraf e Souza (2021, p. 596) afirmam que “deve-se ponderar determinadas situações em manifesto desequilíbrio nas relações entre particulares, em que uma das partes está evidentemente em prejuízo, como nos casos de contratos abusivos.”

Por fim, ao relacionar a eficácia horizontal aos contratos de planos de saúde, a análise deve ser mais cautelosa, pois, mesmo involuntariamente, engloba-se um direito fundamental previsto na CF/88. Carvalho e Lima (2015, p. 21) afirmam que: “os direitos fundamentais das relações privadas não se esgotam em uma mera relação geral de abstenção, nem na simples reparação civil de danos causados, pois a proteção conferida pela Constituição é mais ampla”.

O direito à saúde é um bem jurídico constitucional tutelado, com a dignidade da pessoa humana, proteção da vida, integridade física e corporal. A CF/88 elenca a saúde como direito fundamental. De acordo com o texto constitucional, esse direito deve ser assegurado pelo poder público com a implementação de políticas econômicas e sociais, visando à garantia de toda a população ao acesso igualitário e universal dotado de aplicação imediata e direta à assistência médico-hospitalar, exercida também pela iniciativa privada de maneira complementar.

Portanto, uma vez que a saúde possui caráter fundamental e universal, torna-se direito inerente aos seres humanos, ou seja, existe como um constitutivo desde a existência como pessoa e independe dos atributos sociais e pessoais. Em vista disso, mesmo quando a saúde for assegurada através da relação de consumo, não perde a característica de direito fundamental regido pela ordem jurídica.

### **3 AUTONOMIA PRIVADA VERSUS DIREITO À SAÚDE: O JULGAMENTO DO STJ ACERCA DO ROL DA ANS E SEUS EFEITOS NAS DECISÕES JUDICIAIS**

Os planos de saúde possuem autonomia administrativa. Contudo, o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal determina que os atos serão submetidos à revisão do Judiciário. Diante disso, instalou-se uma controvérsia acerca da autonomia privada e da garantia do direito fundamental à saúde.

Em setembro de 2021, deu-se início ao julgamento conjunto de dois embargos de divergência em recurso especial sob os respectivos números EREsp n.º 1889704-SP e EREsp n.º 1886929-SP, tramitado no colegiado da 2.ª Seção do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), acerca da natureza do rol da ANS, ambos de relatoria direcionado ao ministro Luis Felipe Salomão, com pedido de vistas feito pela ministra Nancy Andrigh.

A repercussão geral se deu em vista de matérias polêmicas, como a limitação das guias emitidas pelos planos de saúde nas sessões para o tratamento de transtorno do espectro autista (TEA) (AREsp 1.599.132-SP), a cobertura de cirurgia plástica pós-bariátrica e, conseqüentemente, o cancelamento pela operadora em caso de apresentação de doença grave (REsp 1.870.834-SP e REsp 1.872.321-SP,

REsp 1.842.751-RS e REsp 1.846.123-SP), entre inúmeras outras matérias.

O julgamento foi retomado no dia 8 de junho de 2022, com a concretização do voto já proferido em 2021 pelo relator, que entendeu que o rol da ANS é taxativo, fundamentou seu voto com base no equilíbrio econômico-financeiro do setor dos planos de saúde, baseando-se na Lei dos Planos, em que é determinado que compete à Agência Nacional de Saúde Suplementar regular as coberturas no que diz a respeito à saúde suplementar.

Na linha de raciocínio apresentada pelo relator, afirmou-se que, se o rol fosse exemplificativo, os consumidores consequentemente também seriam prejudicados, pois arcariam com custos excedentes em vista a os planos não suprirem de forma segura o custo das contraprestações, restando consignada a possibilidade de exceções específicas.

Em sentido contrário, a ministra Nancy afirmou que o rol, na verdade, deve ser considerado exemplificativo, baseando-se na concepção de que não seria possível o consumidor ter limitação de acesso a novas tecnologias, principalmente por tratar-se de preceito fundamental regido pela Constituição Federal. Além disso, destacou que os consumidores, no momento da contratação, não possuem condições de analisar os três mil procedimentos que são transcritos e determinados no rol da ANS para averiguar as alternativas disponíveis para o tratamento da respectiva doença.

A tese ao final fixada determinou que o rol de procedimento é taxativo com a possibilidade de algumas exceções. Os votos vencidos foram os arbitrados pelos ministros Salomão, Vilas Bôas Cueva, Raul Araújo, Isabel Gallotti, Marco Buzzi e Marco Aurélio Bellizze. Em contrapartida, restaram-se vencidos os votos da ministra Nancy Andrich, Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro.

Segundo Rezende (2022, p. 31): “a definição acerca do seu caráter taxativo ou exemplificativo significa decidir se os planos de saúde estariam obrigados ou não a custear procedimentos”. Sendo assim, como a determinação do rol foi arbitrada como taxativa, os planos não são abrangidos a custear tratamentos que não estejam descritos no rol da ANS.

As fundamentações apresentadas visam assegurar as garantias fundamentais de todos. Sobre o assunto, Souza (2005, p. 258) afirma que: “a norma constitucional, a nosso ver, veio adotar a fundamentação como um princípio, no plano das garantias fundamentais, para a segurança jurídica do indivíduo em relação ao Estado”. Em relação à segurança jurídica, Barroso (2022, p. 1.236) afirma que, “no plano objetivo, a segurança jurídica envolve a clareza e inteligibilidade dos enunciados normativos, para que não haja dúvida quanto às condutas exigidas”.

A decisão proferida acerca do rol da ANS, nos últimos meses, vem causando grandes polêmicas e, consequentemente, repercussão geral. No dia 29/08/2022, o plenário do Senado aprovou o Projeto de Lei que visa retirar a taxatividade do rol de procedimentos. A causa se deu em vista de reuniões familiares e entidades de defesa do direito à saúde, as quais classificaram a decisão proferida em junho pelo STJ como “pior possível” e “injusta”. Levantaram, inclusive, bandeira de revolta com a frase “Rol taxativo mata”.

A divergência de votos e posicionamentos gerou inseguranças. Tem-se, por exemplo, o voto do Luis Felipe Salomão, que visou assegurar a questão econômico-financeira das operadoras e os reflexos causados pela ampliação da cobertura, acarretando um colapso nos planos com o aumento de preços e, consequentemente, a limitação do acesso das pessoas carentes que vivem para

custear o plano.

Em sentido contrário, Nancy Andrigh direcionou seu voto sob argumentação de que os contratantes são leigos e não possuem entendimento amplo acerca da linguagem técnica presente no rol estabelecido pela ANS, certificando também que o rol, na prática, exclui coberturas, infringindo as alíneas do artigo 10 da Lei n.º 9.656/98, violando inclusive a Constituição Federal por se tratar de preceito fundamental.

Daí evidencia-se a presença de instabilidades jurídicas, políticas e econômicas, pois, muito embora haja um julgamento concretizado por tribunal superior (STJ), visando à diminuição de consequências financeiras, em contrapartida tem-se o clamor público e a indignação da população do Estado brasileiro com a apresentação do projeto de lei que visa derrubar a decisão, para a conversão do rol taxativo a exemplificativo.

#### **4 O CASO DO MEDICAMENTO OCREVUS PARA O TRATAMENTO DE ESCLEROSE MÚLTIPLA**

Ao passar dos anos, houve a evolução dos tratamentos prescritos a doenças que, no passado, eram consideradas graves ou até mesmo mortais. Ferracini *et al.* (2011, p. 459) afirmam que: “o aumento da segurança no uso de medicamentos está associado a processos seguros, estratégias para prevenção de erros e eventos adversos”.

Assim sendo, a prescrição de insumos avançados está associada à eficácia e à evolução. Nos planos de saúde, a incorporação dessas tecnologias e desses tratamentos é validada pela ANS. Conforme determinado pela Resolução Normativa 439/2018, todas as alterações e aprovações acerca de incorporações devem ser atualizadas perante ao rol de procedimentos (KOZAN, 2019, p. 39).

A atualização do rol da incorporação de insumos pode ocorrer a qualquer momento em caso de urgência e interesse público, porém, é imprescindível que a atualização ocorra no máximo a cada dois anos, devendo ser publicada para que todos os consumidores tenham acesso. De acordo com Duarte (2021, p. 6), “ainda que sejam remédios experimentais ou ainda não adotados no mercado brasileiro, podem ser os adequados para o paciente e, se houver recomendação médica, devem ser fornecidos”.

A esclerose múltipla é uma doença autoimune, neurológica desmielinizante. Conforme Farias (2020, p. 4), “a esclerose múltipla (EM) é uma doença autoimune crônica do sistema nervoso central (SNC) que causa uma inflamação, que danifica as bainhas de mielina que envolvem os axônios dos neurônios cerebrais e medulares”.

Assim, os sintomas são caracterizados pela diminuição de capacidades, sejam elas físicas, mentais e até mesmo psíquicas. Conforme pesquisa realizada por Moreira *et al.* (2000, p. 462): “Os sintomas iniciais mais comuns são: sensitivos (31,7%), ópticos (26,8%), piramidais (17,8%), medulares (16,5%), de tronco encefálico (13,5%) e cerebelares (5,9%)”.

Quanto ao diagnóstico, faz-se necessária a realização de avaliação clínica, bem como exames laborais e de imagens, o principal sendo a ressonância magnética. Imprescindível também é a investigação das condições para os diagnósticos diferenciais da esclerose múltipla (NERY *et al.*, 2022, p. 3).

Em relação aos portadores da doença, Almeida *et al.* (2022, p. 2) afirmam que: “Estima-se que a prevalência média de portadores da doença em nível global é de cerca de 33 casos por 100.000 habitantes. No Brasil, a Associação Brasileira de esclerose múltipla (ABEM) estima que exista cerca de 35.000 brasileiros portadores”.

Existem classificações da esclerose múltipla, consistentes em: remitente recorrente (EMRR), caracterizada por surgimento de surtos que têm durabilidade estimada de uma semana; primária progressiva (EMPP), caracterizada pelo déficit neurológico com progressões avançadas desde o início; e a secundária progressiva (EMSP), que se apresenta como um surto da esclerose remitente, já mencionada, tornando-se, então, esclerose múltipla progressiva, evoluindo com o surgimento de novos sintomas (ALMEIDA *et al.*, 2022).

A esclerose múltipla é uma doença variável, devendo ser tratada a depender do diagnóstico específico de cada paciente, ou seja, o medicamento prescrito para aquele tipo de progressão é o necessário para a especificidade naquele momento do diagnóstico, evitando pioras clínicas.

Partindo desse pressuposto, segundo Nery *et al.* (2022, p. 1): “a variedade existente de medicamentos modificadores da doença permite flexibilidade na escolha da melhor opção de acordo com o perfil de cada paciente”. As tecnologias para o tratamento da doença ainda estão sendo estudadas. Ao passar dos anos, com o avanço dos insumos, mais evidências e resultados positivos são demonstrados.

Silva, Pezzini e Poeta (2019, p. 37) afirmam que: “O ocrelizumabe é um anticorpo monoclonal anti-CD20 recombinante humanizado, ou seja, que tem origem em outra espécie, mas possui suas sequências proteicas modificadas para se assemelhar aos anticorpos produzidos por humanos”.

A recomendação do medicamento para o tratamento se dá nos casos das formas recorrente (EMRR) e progressiva (EMPP). Em 2017, foi aprovada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) a utilização do insumo para comercialização e distribuição, sem incorporação às diretrizes terapêuticas fornecidas pelo SUS. A posologia do insumo é composta pela infusão de uma dose intravenosa de 600 mg de seis em seis meses (SILVA; PEZZINI; POETA, 2019, p. 37).

Muito embora a indicação e a prescrição da tecnologia sejam determinadas, principalmente nos casos de esclerose múltipla primária progressiva e remitente recorrente, o insumo pode ser receitado a portadores de secundária progressiva em vista ao avanço e às respostas após o tratamento. Conforme afirmam Silva, Pezzini e Poeta (2019, p. 37), o “ocrelizumabe apresenta respostas terapêuticas positivas e inovadoras, com poucos eventos adversos, além disso, não foram registrados relatos de LMP em ensaios que testaram a eficácia do fármaco”.

Em fevereiro de 2021, a Agência Nacional de Saúde Suplementar incluiu 69 insumos na cobertura de procedimentos obrigatórios dos planos de saúde, sendo um deles o medicamento *Ocrevus* (ocrelizumabe) para o tratamento de esclerose múltipla, delimitando-se apenas a forma recorrente.

Existem medicamentos adversos para o tratamento, como azatioprina, porém, conforme parecer técnico dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATJUS) n.º 0700295-72.2020.8.07.0018: “A azatioprina deve ser utilizada em casos de pouca adesão às formas parenterais (intramuscular, subcutânea ou endovenosa), sendo uma opção menos eficaz”. Portanto, o ocrelizumabe é uma das

tecnologias mais avançadas e inovadoras.

Os planos de saúde acabaram delimitando o fornecimento do insumo à portadores de apenas um tipo de esclerose múltipla, sendo assim, aqueles que recebem a recomendação do tratamento com a tecnologia não possuem cobertura pelos planos e ficam à mercê de efeitos colaterais significativos.

Nesse diapasão, quanto mais dificuldade no tratamento em si, mais decadência e demora de resultado serão apresentadas, tendo em vista que a EM causa grandes impactos na qualidade de vida dos portadores e traz consequências psicológicas e físicas. A identificação de como os portadores reagem a esses fatores torna-se importante, pois, quanto mais altos os níveis de limitação, maior a implicação na qualidade de vida (ALMEIDA *et al.*, 2022).

Faz-se necessário destacar também o custo do tratamento com o insumo ocrelizumabe (*Ocrevus*), o qual é definido conforme a dosagem recomendada na bula, com o total de quatro ampolas independentemente de a dose inicial ser distinta das doses posteriores. Assim, ao decorrer de seis meses, serão utilizadas duas ampolas de 300 mg, com o total de 1.200 mg anual, somando R\$ 78.466,68, considerando-se preço máximo de venda ao governo sem impostos (FARIAS, 2020, p. 10).

Desta feita, conforme demonstrado ao longo deste estudo, a saúde é um direito constitucional denominado pelo constituinte como direito social, assegurando aos cidadãos posições jusfundamentais que se manifestam por meio de defesa e de direitos a prestações. Segundo Macedo (2020, p. 34), "atuando como direito de defesa, o direito à saúde impõe que o Estado e particulares se abstenham de intervir indevidamente no âmbito de liberdade pessoal relacionada à saúde do indivíduo".

A Constituição de 1988, em seu artigo 197, concedeu a execução da prestação de serviço de saúde pela iniciativa privada, sendo assim, os direitos e garantias fundamentais podem sofrer interferência não apenas do Estado, mas também dos particulares, denominando-se, então, mecanismo da eficácia horizontal.

Trazendo para o âmbito da decisão do STJ acerca da taxatividade dos planos de saúde, nota-se, portanto, uma instabilidade jurídica, visto que, a partir daí, os segurados dos planos de saúde não possuem, em tese, o acesso integral aos tratamentos e medicamentos.

Por fim, surge, então, a repercussão geral e o clamor público com base na aprovação do projeto de lei que visa à conversão do rol para que sejam fornecidos integralmente insumos e mecanismos de tratamentos, inclusive, aos portadores de esclerose múltipla que necessitam do fornecimento do medicamento *Ocrevus*, sem a delimitação da forma recorrente, como impõe o rol da ANS.

## **CONCLUSÃO**

Ante ao exposto neste estudo, resta-se clara a pertinente influência da saúde suplementar no cenário brasileiro, representando, inclusive, uma descentralização no quadro infeliz que vivencia o SUS, tornando-se, então, uma esfera árdua e complexa no que diz respeito à sua efetivação.

Como destacado, a saúde é um direito fundamental regido pela Constituição Federal, sendo um dever de todos os entes a sua efetivação, visando à diminuição de doenças e outros agravos, destacando-se também a aplicação de preceitos fundamentais como a eficácia horizontal nas relações no âmbito privado.

Nada obstante, imprescindível destacar o diálogo entre a Lei 9.656/98, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, que evidencia compatibilidade

entre estes, principalmente nos contratos regidos pelos planos de saúde, interferindo diretamente na análise e arguição de decisões judiciais. Como evidenciado, a ANS possui caráter regulamentar no âmbito da saúde suplementar, sendo responsável também pela efetivação do direito à saúde no exercício de sua função, estabelecendo o rol das coberturas obrigatórias.

Partindo desse pressuposto, as coberturas previstas no rol possuem grande repercussão jurídica, pois os contratantes recorrem ao Poder Judiciário, buscando um parecer de seu caráter, averiguando se é considerado meramente taxativo – somente o que é estabelecido no rol da ANS – ou exemplificativo – indo além dos tratamentos determinados.

A esclerose múltipla é uma doença que se encontra em procedimento de análise e estudos, portanto, as tecnologias avançadas, como o insumo *Ocrevus* (ocrelizumabe), possuem alto custo, motivo pelo qual os planos de saúde negam a cobertura em vista à limitação do tratamento estabelecido no rol da ANS, segundo o qual o medicamento apenas é fornecido na fase remitente recorrente e primária progressiva, partindo do pressuposto da taxatividade e do equilíbrio econômico.

Diante das divergências jurisdicionais acerca da cobertura de diversas doenças e de procedimentos, instauraram-se embargos de divergência em recurso especial (EREsp n.º 1889704-SP e EREsp n.º 1886929-SP) julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, concluindo-se, ao final, pelo rol taxativo de procedimentos da ANS, abrangendo exceções específicas.

Os argumentos favoráveis à tese foram baseados em questões contratuais e no equilíbrio econômico entre os consumidores e os fornecedores, visto que, caso o rol fosse considerado exemplificativo, as influências estariam diretamente ligadas ao aumento da mensalidade, gerando impactos negativos aos próprios usuários.

Em contrapartida, os argumentos desfavoráveis à tese fixada foram baseados na infração de direito fundamental estabelecido pela Constituição Federal, bem como na vulnerabilidade do consumidor leigo em consultar e entender pareceres técnicos acerca de tecnologias alternativas antes de fechar um contrato de adesão com os planos.

É cediça dentro do direito a valorização das jurisprudências dos tribunais mantendo-se a coerência, a estabilidade e a integralidade daquela decisão. Ocorre que evidencia-se, portanto, que, no Brasil, os temas relacionados a preceitos fundamentais, como a saúde, geram repercussão geral e indignação social, como o ocorrido após a arbitragem da taxatividade do rol da ANS, produzindo efeitos de instabilidades políticas, econômicas e sociais.

Desta feita, nos casos do fornecimento do medicamento *Ocrevus* para o tratamento de esclerose múltipla, muito embora o Poder Judiciário tenha adotado a medida da taxatividade, tem-se, em contrapartida, a aprovação do projeto de lei, mediante o clamor público, que estabelece que o rol deve ser considerado meramente exemplificativo, de forma que o portador de esclerose múltipla tem o direito ao fornecimento do medicamento *Ocrevus* para todos os graus da doença.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Freire de. Propriedade e autonomia privada: uma análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais / property and private autonomy. *Revista Direito e Práxis*, [S.L.], v. 2, n. 2, p. 60-76, 28 set. 2011. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2011.1273>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/1273/8220>.

Acesso em: 20 ago. 2022.

ALMEIDA, Jhonathan Lima de *et al.* Qualidade de vida dos portadores de esclerose múltipla: revisão de literatura. *Recisatec - Revista Científica Saúde e Tecnologia* - Issn 2763-8405, [S.L.], v. 2, n. 1, p. 1-8, 10 jan. 2022. <http://dx.doi.org/10.53612/recisatec.v2i1.57>. Disponível em: <https://recisatec.com.br/index.php/recisatec/article/view/57/51>. Acesso em: 05 ago. 2022.

ANS. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa no. 137, de 14 de novembro de 2006. *Dispõe sobre as entidades de autogestão no âmbito do sistema de saúde suplementar*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=PDFOriginal&format=raw&id=MT ExNw==>. Acesso em: 13 maio 2022.

ANS. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa no. 82, de 29 de setembro de 2004. *Estabelece o Rol de Procedimentos que constitui a referência básica para cobertura assistencial nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 01 de janeiro de 1999*.

ANS. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução de Diretoria Colegiada no 39, de 27 de outubro de 2000. *Dispõe sobre a definição, a segmentação e a classificação das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde*. Disponível em: [http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao&task=TextoLe i&format=raw&id=380](http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLe i&format=raw&id=380). Acesso em: 15 maio 2022.

BAHIA, Cláudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. *A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Revista dos Tribunais [recurso eletrônico], São Paulo, v. 99, n. 892, p. 37-85, fev. 2010. Disponível em: <http://201.62.80.75/index.php/revistaargumentum/article/viewFile/1045/626>. Acesso em: 20 mai. 2022.

BARRETO JUNIOR, I. F.; PAVANI, M. O direito à saúde na ordem constitucional brasileira. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 14, n. 2, p. 71-100, 1 abr. 2013. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/263>. Acesso em: 20 maio 2022.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 10.ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. 712p.

BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. *O dever de fundamentação das decisões judiciais: a relativização dos limites entre common law e civil law no CPC*. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 232, p. 213-236, out./dez. 2021. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril\\_v58\\_n232\\_p213](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p213). Acesso em: 26 ago. 2022.



BRASIL. *Lei no. 9.961, de 28 de janeiro de 2000*. Lei da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm)>. Acesso em: 19 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de divergência em Recurso Especial nº 1889704/SP* (2020/0207060-5). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ 07/04/2021. Brasília, 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=EResp%201889704>. Acesso em: 27 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de divergência em Recurso Especial nº 1886929/SP* (2020/0207060-5). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ 07/04/2021. Brasília, 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=EResp%201889704>. Acesso em: 27 ago. 2022.

BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05.10.1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 mai.2022

BRUSTOLIN, Alessandra. *Justiciabilidade de medicamentos e suas implicações*. Curitiba: Juará, 2022.

CALDEIRA, Telma Rodrigues; NEVES, Eugênio Rodrigo Zimmer; PERINI, Edson. Evolução histórica das bulas de medicamentos no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, [S.L.], v. 24, n. 4, p. 737-743, abr. 2008. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-311x2008000400003>. Disponível em: [https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource\\_ssm\\_path=/media/assets/csp/v24n4/03.pdf](https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/csp/v24n4/03.pdf). Acesso em: 29 ago. 2022.

CARVALHO, Alexandre Peazo Nunes de Carvalho; LIMA Renata Albuquerque. *A eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais*. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza. 13, n. 17, p. 11-23, jan./dez. 2015. Disponível em: <file:///Users/mariaclarapazzinato/Downloads/469-1671-1-PB.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2022.

DUARTE, Evangelina Castilho. *Planos de saúde: Fornecimento de medicamentos*. 6. ed. Decidir Pesquisa Temática, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Minas Gerais, 2021. 26 p.

FARIAS, Melissa Borges de. *Ocrelizumabe para o tratamento de Esclerose Múltipla*. 2020. Dissertação (Mestrado) - Curso de Avaliação de Tecnologias em Saúde, Coordenação de Ensino e Pesquisa, Instituto Nacional de Cardiologia, São Paulo, 2020. Disponível em: <http://200.20.108.73:8080/xmlui/bitstream/handle/374/284/PTC-Ocrelizumabe-Melissa-Borges-de-Farias.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 ago. 2022.

FERRACINI, Fábio Teixeira *et al.* Implementation and progress of clinical pharmacy in the rational medication use in a large tertiary hospital. *Einstein (São Paulo)*, [S.L.], v. 9, n. 4, p. 456-460, dez. 2011. FapUNIFESP (SciELO).  
<http://dx.doi.org/10.1590/s1679-45082011ao2140>. Disponível em:  
<https://journal.einstein.br/pt-br/article/implantacao-e-evolucao-da-farmacia-clinica-no-uso-racional-de-medicamentos-em-hospital-terciario-de-grande-porte/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

GOMES, Josiane Araújo. *Contratos de Plano de Saúde: a busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre os usuários e as operadoras de planos de saúde*. 2.ed. São Paulo: Mizuno, 2020. 455 p.

KOZAN, Juliana Ferreira. *Por que pacientes com câncer vão à Justiça? Um estudo sobre ações judiciais movidas contra o sistema único de saúde (SUS) e contra os planos de saúde na cidade de São Paulo*. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em:  
<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-03102019-114604/publico/JulianaFerreiraKozan.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

MARTINI, S. R.; STURZA, J. M. A dignidade humana enquanto princípio de proteção e garantia dos direitos fundamentais sociais: o direito à saúde. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 25–41, 2017. DOI: 10.17566/ciads.v6i2.367. Disponível em:  
<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/367>. Acesso em: 21 maio 2022.

NERY, Lara Gomes *et al.* Opções terapêuticas para o tratamento da esclerose múltipla. *Research, Society And Development*, [S.L.], v. 11, n. 4, p. 1-7, 11 mar. 2022. Research, Society and Development.  
<http://dx.doi.org/10.33448/rsd-v11i4.26331>. Disponível em:  
<https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/26331/23683>. Acesso em: 05 ago. 2022.

REZENDE, Francisco Matheus Cavalcante. *Procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS): rol taxativo ou exemplificativo?* 2022. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2022. Disponível em:  
[https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/49064/1/Procedimentoeventosemsa%C3%BAde\\_REZENDE\\_2022.pdf](https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/49064/1/Procedimentoeventosemsa%C3%BAde_REZENDE_2022.pdf). Acesso em: 26 ago. 2022.

Rol da ANS é taxativo, com possibilidades de cobertura de procedimentos não previstos na lista. *STJ*, Brasília, 08 de jun. de 2022. Disponível em:  
<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/08062022-Rol-da-ANS-e-taxativo--com-possibilidades-de-cobertura-de-procedimentos-nao-previstos-na-lista.aspx#:~:text=%E2%80%8BEm%20julgamento%20finalizado%20nesta,tratamentos%20n%C3%A3o%20previstos%20na%20lista>. Acesso em: 30 ago. 2022.

SCAFF, Fernando C. *Direito à Saúde no Âmbito Privado: contratos de adesão,*

planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010.

SESTELO, José Antonio de Freitas et al. Saúde suplementar no Brasil: abordagens sobre a articulação público/privada na assistência à saúde. *Fiocruz*. Rio de Janeiro, p.851-866. maio 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/14407/1/Sestelo%202013.pdf>. Acesso em: 22 maio 2022.

SILVA, Jonatas Gonçalves da; PEZZINI, Marina Ferri; POETA, Julia. Avanços no tratamento da esclerose múltipla através do anticorpo monoclonal Ocrelizumabe. *Medicina (Ribeirão Preto)*, [S.L.], v. 53, n. 1, p. 35-41, 27 abr. 2020. Universidade de São Paulo, Agência USP de Gestão da Informação Acadêmica (AGUIA). <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2176-7262.v53i1p35-41>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/161404>. Acesso em: 11 ago. 2022.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 43.ed. São Paulo: Juspodivm, 2020. 936 p.

SILVA, Júlio César Ballerini. *Direito à saúde na justiça*. São Paulo: Imperium, 2020.

**A CONCESSÃO JUDICIAL DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ESTUDO DE CASO DO ESTADO DO PARANÁ NOS ACÓRDÃOS DE 2021 DA TERCEIRA TURMA RECURSAL DO TRF4**

**THE JUDICIAL GRANT OF THE BENEFIT OF CONTINUED INSTALLMENT FOR PEOPLE WITH DISABILITIES: CASE STUDY OF THE STATE OF PARANÁ IN THE 2021 JUDGMENTS OF THE TRF4 THIRD PANEL OF APPEAL**

**Thaylana de Abreu Lemos**<sup>16</sup>  
**Alessandra Brustolin**<sup>17</sup>

**RESUMO:** A Lei 8.742 apresenta os critérios objetivos para a concessão de Benefício de Prestação Continuada (BPC). Tal benefício pode ser concedido para pessoas com deficiência que não possuem meios de prover da sua própria subsistência. Houve uma grande flexibilização desses critérios, pois foram integrados elementos subjetivos para a análise de concessão do benefício a esse grupo de pessoas. O artigo tem como objetivo a análise dos critérios e justificativas utilizadas nos acórdãos da Terceira Turma Recursal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) no ano de 2021, que decidiram em grau recursal os pedidos de BPC para deficientes que envolvem o estado do Paraná. Nesta perspectiva, a pesquisa é orientada pela seguinte pergunta: em que medida esses acórdãos do Estado do Paraná no período de 2021, que indeferiram o Benefício Assistencial aos deficientes, violam o princípio do mínimo existencial? A pesquisa é empírica com a aplicação do método de análise de conteúdo. Foi possível concluir que os acórdãos estão devidamente fundamentados com os critérios objetivos e subjetivos, desta forma foi possível verificar que juízos não se comunicam, pois em sua maioria as sentenças que haviam indeferido o benefício para deficiente foram reformadas, concedendo o BPC para a parte autora.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mínimo Existencial; Direitos Sociais; Deficiência; Benefício Assistencial; Miserabilidade.

**ABSTRACT:** The law 8.742 presents the objective criteria for granting the Continuous Cash Benefit (BPC). Such a benefit may be granted to persons with disabilities who do not have the means to provide for their own subsistence. There was a great flexibility of these criteria, as subjective elements were integrated for the analysis of granting the benefit to this group of people. The article aims to analyze the criteria and justifications used in the judgments of the Third Panel of Appeal of the Federal Regional Court of the 4th Region (TRF4) in the year 2021 and decided

---

<sup>16</sup> Acadêmica do curso de direito do Centro Universitário Univel.

<sup>17</sup> Mestra em Ciência Jurídica. Especialista. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Univel.

on an appeal level the requests for BPC for the disabled that involve the state of Paraná. In this perspective, the research is guided by the following question: to what extent do these judgments of the State of Paraná in the period of 2021, which rejected the Assistance Benefit for the disabled, violate the principle of the existential minimum? The research is empirical with application of the content analysis method. It was possible to conclude that the judgments are duly substantiated with objective and subjective criteria, in this way it was possible to verify that judgments do not communicate, since most of the sentences

that had rejected the benefit for the disabled were reformed, granting the BPC to the applicant.

**KEYWORDS:** Existential Minimum; Social Law; Deficiency; Assistance Benefit; Miserability.

## INTRODUÇÃO

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) consiste na garantia de um salário mínimo para pessoas que não possuem contribuição à previdência e que não possuem meios de prover da sua própria subsistência, ou seja, que se encontram em estado de miserabilidade. A Lei nº 8.742/1993- Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), é a responsável por regulamentar o Benefício de Prestação Continuada. Para a concessão do BPC, a Lei exige que sejam atendidos alguns requisitos específicos.

Dentre os critérios legais encontra-se a miserabilidade caracterizada pela limitação de renda per capita no valor inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo nacional. Além da miserabilidade, devem ser verificados cumulativamente outros requisitos: a comprovação de deficiência para a sua concessão. A deficiência não é apenas a física ou mental, mas dentro desse requisito se encaixam pessoas que possuem impedimentos a longo prazo que a incapacitam para qualquer atividade laborativa, assim como prevê o artigo 20, parágrafo 2º da Lei 8.742.

A Lei estabelece que o julgamento para a concessão ou não do BPC seja orientada pelos requisitos mencionados, especialmente, pela condição de miserabilidade. Ocorre que, mesmo diante da expressão do texto legal, muitas divergências ainda recaem sobre essa aplicação prática desses critérios. O que reflete na atuação do próprio poder Judiciário, ao julgar ações que envolvem o pedido do benefício. Diante dessas controvérsias e, especialmente, da lacuna sobre a aplicação jurídica dos requisitos legalmente estabelecidos, é que se justifica a pesquisa. Assim, tem-se como objetivo responder ao questionamento seguinte: em que medida os acórdãos da Terceira Turma Recursal do TRF4 que envolvem o Estado do Paraná no ano de 2021, atendem aos critérios legalmente estabelecidos?

Diante do exposto serão analisados os critérios legais de concessão, tendo como foco principal a definição do requisito de “miserabilidade” sob a perspectiva do princípio do mínimo existencial, verificando como esse princípio é aplicado na área da Seguridade Social. Em seguida, busca-se verificar como esses requisitos foram aplicados nos acórdãos da terceira turma recursal, para casos que envolvem o estado do Paraná, no ano de 2021.

Para isso, será realizado um levantamento das ações julgadas pelo site eletrônico do TRF4 e selecionadas aquelas relacionadas ao BPC com fundamento

na deficiência no período descrito. A análise desses acórdãos se orienta pelo método de pesquisa empírica de análise de conteúdo. Também será averiguado quais foram os principais motivos e fundamentações, provimentos e desprovimentos dos recursos do BPC para deficientes e se a fundamentação desses acórdãos estão em consonância com a legislação sobre a matéria.

## **2 PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

O princípio do mínimo existencial é composto por dois elementos principais: os direitos fundamentais sociais e a dignidade da pessoa humana. Esses elementos compreendem as condições básicas para que as pessoas vivam de uma forma mais digna e condições mínimas de bem-estar.

Em uma primeira concepção atual sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, é possível constatar que trata-se de um conjunto de prestações estatais que garante ao indivíduo uma vida adequada (SARLET; ZOCKUN, 2016, p.3). No ponto de vista jurídico o mínimo existencial está de certa forma ligado à ideia de direito fundamental, pois através desse princípio, se tem a proteção da garantia das condições e exigências mínimas de uma vida digna. Deste modo o direito ao mínimo existencial está relacionado ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana (WEBER, 2013, s/p). Partindo da concepção do mínimo existencial como direito fundamental, a implementação de condições mínimas através do Estado, traz a possibilidade de ser delineado como os direitos humanos fundamentais (MORAES, 2003, p.162).

A garantia do mínimo existencial não depende de previsão constitucional para ser reconhecida, pois é consequente da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. No Brasil, embora não haja uma previsão constitucional que consagre o princípio do mínimo existencial como um direito geral, não se pode deixar de lado que a garantia de uma existência digna consta elencado nos princípios subjetivos de ordem constitucional econômica (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p.14).

O direito a um mínimo existencial não depende de previsão constitucional, para que o mesmo possa ser reconhecido, pois já decorre da vida e da dignidade da pessoa humana. No Brasil ainda não existe uma previsão constitucional que consagre a garantia do mínimo existencial como um direito geral, porém, até mesmo os direitos sociais acabaram por incluir algumas dimensões do mínimo existencial (SARLET; ZOCKUN, 2016, p.13). Mas, quando se fala em mínimo existencial, não pode haver a privação dos indivíduos mais vulneráveis, que se encontram incapacitados para o exercício da autonomia pública ou privada, como por exemplo os deficientes mentais. O que se observa nesses sujeitos é a extrema vulnerabilidade sendo essa a razão da proteção desse mínimo (SARMENTO, 2016, p. 13).

Se não existir o mínimo necessário para a existência não haverá a possibilidade de sobrevivência da pessoa, desaparecendo as condições iniciais de liberdade. O fundamento do direito ao mínimo existencial está nas condições do exercício da liberdade, esse princípio se origina da integração de interesses fundamentais nos direitos políticos, e econômicos e sociais, os direitos a alimentação, saúde e educação não se originam dos fundamentais porém trazem a ideia de parcela mínima sem a qual as pessoas não sobrevivem (TORRES, 1989, p.5).

Os direitos sociais estão ligados a ideia do mínimo existencial, pois existem

para reduzir as desigualdades sociais. O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), elenca os direitos sociais: educação, saúde, alimentação, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, assistência aos desamparados e outros. O mínimo existencial não está diretamente previsto na Constituição, porém através dos direitos sociais é que se tem a ideia de que sem a existência desses direitos o mínimo para uma vida digna estaria comprometido (ALMEIDA, 2020, p.63).

Esses direitos são verdadeiras liberdades positivas, finalidade obrigatória em um Estado Social de Direito, e tem por intuito a melhoria de condições das pessoas que se encontram em estado de hipossuficiência, tendo por objetivo a concretização da igualdade social (MORAES, 2003, p.164). Desta forma, os direitos sociais, englobam o princípio do mínimo existencial, não retirando o seu caráter de garantia fundamental (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p.14).

Esses direitos existem para assegurar o cidadão o mínimo e também o máximo possível, vez que sua eficácia é ampla havendo o envolvimento do poder público e da sociedade (JUNIOR *et al.*, 2018, p.4). Um exemplo da titularidade individual é ao designado direito e garantia ao mínimo existencial. Fundamentam-se na proteção das pessoas no contexto de sua situação (SARLET, 2012, p. 315). Para garantir o mínimo

existencial é necessário garantir um estado de direitos fundamentais aos direitos sociais, pois sem esse estado os direitos fundamentais se tornam uma letra morta, pois se caracterizam em liberdades jurídicas, sem que seja possível o exercício por grande parte da sociedade (SCAFF, 2006, p.8).

O mínimo existencial também está intrinsecamente ligado à ideia de seguridade social. Ambos vem como uma forma de apoio e assistência governamental que garante aos indivíduos dentro de uma sociedade o acesso aos direitos humanos básicos e essenciais. A Seguridade social deixou de ter apenas o caráter contributivo mas também passou a ter o caráter não contributivo através da assistência social.

Necessário se faz entender a diferença da Seguridade Social e da Previdência Social. Através da Seguridade Social o Estado passa a ficar obrigado a garantir de que nenhum de seus indivíduos fiquem sem ter as suas necessidades mínimas supridas, independente de contribuição do beneficiário. Já a Previdência Social é uma proteção social que tem por objetivo assegurar as manifestações dos beneficiários, que são os segurados e dependentes quando os riscos e as circunstâncias sociais acabarem acontecendo (JUNIOR, 2010, p.110-111).

A Seguridade pode ser definida como um conjunto de variadas políticas públicas governamentais e ações da sociedade civil, que são direcionadas para o desenvolvimento de direitos ligados a saúde, previdência e assistência Social, esta definição está prevista no artigo 194 da CF/88 (BRADBURY, 2019, p.42). O Sistema de Seguridade Social, tem por objetivo garantir que o indivíduo se sinta protegido e seguro ao longo de sua vida, possuindo o fundamento a solidariedade humana. Na qual a atuação protetiva busca trazer o que é indispensável para colocar fim ao estado de necessidade da pessoa, servindo como um instrumento que visa alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (ROCHA; MACHADO, 2014, p. 2).

A Seguridade Social, nos seus três ramos, se apresenta como direito social de segunda geração ou dimensão, que foram assegurados pelo Estado do Bem-Estar Social e da necessidade material de um mínimo de direitos assegurados

e realizados, para que a pessoa possa ser efetivamente um cidadão (BRADBURY, 2019, p.43).

A Seguridade Social pode ser definida como um conjunto de políticas públicas e governamentais assim como as ações da sociedade civil, direcionadas para o desenvolvimento de direitos como os da saúde, previdência e assistência social. A Assistência Social, por sua vez, é uma forma de proteção para os hipossuficientes –aqueles que não possuem meios de prover de sua própria subsistência. Essas ações sociais são voltadas, por exemplo, aos idosos e aos deficientes, independente de contribuição específica, sendo como um dos principais benefícios da LOAS (BRADBURY, 2019, p. 6-7).

Sem a assistência social a população mais carente estaria excluída do sistema de proteção da previdência social, ou seja, pessoas que não possuem vínculo empregatício. O Estado vem assegurar a proteção para esses indivíduos que, ao longo da vida, nunca trabalharam ou estiveram por um longo período desempregados. Neste caso, o Estado não exige qualquer tipo de contribuição dos indivíduos (CASTRO; LAZZARI, 2014, p. 27).

Os direitos de cidadania, quando relacionados com a Assistência Social, alcançam o entendimento sobre as necessidades humanas das pessoas que não acessam ao mercado. Os aspectos que abarcam a cidadania das pessoas com deficiência faz alusão ao contexto de deficiência no Brasil, sobretudo daqueles que se encontram em uma situação mais vulnerável, não podendo exercer sua função laborativa (NOGUEIRA, 2020, p.32).

A Assistência Social não possui caráter contributivo, como mencionado. No entanto, ela só irá beneficiar as pessoas que estiverem em situação de vulnerabilidade econômica e social. Sendo assim, a Seguridade Social vem através de programas de interesse comum para que os membros da sociedade sejam libertos de todas as situações de pobreza e de miséria, servindo como uma proteção social (BRANDÃO, 2021, p.13).

A Teoria do Risco abrange os riscos físicos ou econômicos, responsáveis pela redução da capacidade do trabalho e se relaciona com a Proteção Estatal. Assim, na ocorrência de um risco, o Estado deve realizar ações que visam proteger o cidadão. Podendo ser através de um benefício previdenciário, de um medicamento ou da LOAS, garantido, dessa forma, o mínimo existencial para que a pessoa tenha uma vida com mais dignidade (BRADBURY, 2019, p.45).

A essência da seguridade social é a de proteger as pessoas dos possíveis riscos sociais, que são reflexos das carências que estão presentes na sociedade (ALMEIDA, 2020, p. 70). Diante disso, o princípio do mínimo existencial está ligado à seguridade social através da assistência social, pois, seu objetivo é justamente garantir que as pessoas mais vulneráveis da sociedade possuam meios de sobreviver com pelo menos o mínimo. Para que não sejam desamparadas pelo Estado e possam dessa forma através dessa assistência viver de uma forma mais digna.

### **3 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC) E SEUS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO**

O BPC é a garantia para pessoas que ao longo da vida não adquiriram um vínculo empregatício. Podendo ser idosos com mais de 65 (sessenta e cinco) anos ou aqueles que possuem alguma deficiência ou impedimentos a longo prazo,



independente da idade, ao recebimento de um salário mínimo.

No contexto brasileiro anterior à CF/88, a proteção social acabou por se caracterizar como assistencialista, voltado para as pessoas em casos de extrema vulnerabilidade social. Às pessoas com deficiência, socialmente vulneráveis, restava apenas a ajuda concedida pela sociedade, sem a assistência de um Estado que garantisse e reconhecesse os direitos e as diversificadas necessidades (NOGUEIRA, 2020, p.35).

Com a regulamentação do BPC pelo artigo 203, inciso V, da CF/88, e sendo um dos objetivos da República a assistência social, houve a garantia de direitos para os até então desamparados pelo Estado. As pessoas portadores de alguma deficiência e a pessoa idosa que consigam comprovar não possuir meios de prover a própria manutenção ou de a ter provida pela sua família, conforme a Lei dispõe, é garantido o recebimento de um salário mínimo mensal. No entanto, a norma eficaz esperou cinco anos até a sua devida regulamentação, o que ocorreu apenas após a promulgação da Lei 8.742/1993 (GIORGI *et al.*, 2016, p. 71).

O BPC se encontra devidamente regulamentado desde o ano de 1993, por meio do artigo 20 da Lei 8.742/1993 (LOAS) e vem funcionando desde o ano de 1996. Quem realiza a gestão deste benefício é o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome, através da Secretaria Nacional da Assistência Social. Ela é responsável pela implementação, coordenação, regulação, financiamento, monitoramento e avaliação do benefício. O Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) é o responsável por tal benefício (BIM; MUROFUSE, 2007, s/p).

A LOAS pode ser concedida para uma pessoa com deficiência (independentemente da idade), assim como para o idoso que possuir a partir de 65 anos de idade. Como é um benefício de natureza assistencial e não previdenciário o mesmo não exige contribuição, desta forma inexistente a carência para sua concessão (BRADBURY, 2020, p. 500).

Embora os argumentos<sup>18</sup> do Ministério da Previdência Social tenham questionado a instituição do benefício, o BPC tem como finalidade a garantia de um salário mínimo para que as pessoas que são hipossuficientes consigam ter recursos financeiros mínimos para ter uma vida digna. Pretendendo, dessa forma, a efetivação do princípio do mínimo existencial, o qual decorre da dignidade da pessoa humana, visando as condições mínimas para a sobrevivência, como a moradia, saneamento básico, atendimento médico (BRADBURY, 2019, p.527).

Para a concessão do benefício aos deficientes, existem dois principais critérios objetivos que são observados na tomada de decisão: 1) a comprovação da deficiência que se dá através de uma perícia médica; 2) a miserabilidade, por meio de avaliação social. Caso na perícia ou na avaliação social algum destes critérios não for observado, o benefício é negado, pois são cumulativos.

Para a análise do critério da miserabilidade, leva-se em conta a renda *per capita*. As informações da renda são declaradas no momento do pedido do benefício, podendo ser punido caso comprovado a omissão de declaração ou

---

<sup>18</sup> Existiam dois argumentos feitos pelo Ministério da Previdência Social, um deles era de que esse projeto não seria preciso quanto ao seu conceito entre Previdência e Assistência ao instituir um benefício sem prévia contribuição e o segundo argumento utilizado era de que o benefício desmotivaria as pessoas de trabalharem formalmente. No entanto no capitalismo a estabilidade no trabalho informal não é uma questão de escolha, mas sim uma circunstância do sistema (STOPA, 2019, s/p).

informação declarada falsa. Para isso o requerente necessita estar inscrito no Cadastro Único (CadÚnico) para Programas Sociais do Governo Federal (NOGUEIRA, 2020, p. 38).

De acordo com o artigo 20 da Lei 8.742 (BRASIL, 1993), o benefício é a garantia de um salário mínimo mensal a pessoa com deficiência e a pessoa idosa com sessenta e cinco anos ou mais que provem não ter meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por outro. No parágrafo 3º desse mesmo artigo a Lei traz que assim terão direito ao benefício a pessoa deficiente ou idosa com renda familiar mensal per capita igual ou inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo nacional vigente.

Os critérios para a concessão do benefício para os deficientes tinham um conceito apenas biomédico, baseando-se na concepção de deficiência as anomalias. Ou seja, lesões corporais que causavam incapacidade para uma vida independente e para o trabalho. No entanto, um novo modelo foi instituído em 2007 e implantado em 2009. Esse novo modelo começou a considerar as deficiências como problemas nas funções ou nas estruturas do corpo, dentro de um contexto social e pessoal (VAITSMAN; LOBATO, 2017, s/p).

Para que seja verificado os critérios de concessão do benefício os peritos médicos do INSS são os responsáveis por realizar avaliação para que se possa constatar a deficiência do indivíduo. O requerente não pode cumular o recebimento do bpc com outros benefícios, contudo sua família, em tese, possa (PENALVA et al, 2009, p. 6-7).

Além dos critérios objetivos elencados, existem critérios subjetivos que devem ser analisados quando da tomada de uma decisão. São aqueles que fazem a diferença na conclusão de cada caso. Pois é possível se estar diante de uma situação aonde somente foi observado a deficiência e a miserabilidade em seu sentido estrito e não foi constatado o direito de receber o benefício. Assim como, no mesmo caso em que a pessoa não possuía o direito, se analisa todo o contexto em que a pessoa está inserida e é possível observar o direito ao BPC.

As regras para que o BPC seja concedido estão cada vez mais rigorosas. Isso, por muitas vezes, acaba fazendo com que as particularidades de cada indivíduo não sejam observadas. Acabam desamparados muitos que precisam desse benefício para sobreviver, pois uma das maiores dificuldades é a comprovação de incapacidade para o trabalho ser cada dia mais severa nas perícias médicas do INSS. (CUNHA; BARRETO, 2020, p. 6).

A deficiência está interligada com a funcionalidade. A perícia médica irá considerar as alterações na estrutura do corpo, afim de que seja qualificado as funções do corpo, considerando-se o grau da deficiência, e para essa qualificação consideram-se as dificuldades presentes nas atividades e participações. Analisa-se se pode ser um impedimento de longo prazo na natureza física, mental, intelectual ou sensorial, a qual pode impedir sua participação efetiva e plena na sociedade em igual condições com os demais indivíduos (BRADBURY, 2020, p.505).

Para que a pessoa possa ter acesso ao Benefício Assistencial, é preciso que além do critério de renda familiar a mesma possua impedimentos a longo prazo. Seja de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, aos quais associados com diversas barreiras obstruam a participação plena e efetiva na sociedade com igualdade de condições relacionado aos demais, sendo o período mínimo estabelecido por Lei de dois anos (VAITSMAN; LOBATO, 2017, s/p).

Quanto a miserabilidade, o Supremo Tribunal Federal (STF) adotou um novo entendimento de que a hipossuficiência ao idoso ou portador de deficiência não é

mais analisado por um critério objetivo de renda per capita ser inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo, mas passou a ser levado em consideração todo o conjunto de fatores que indicam esse estado de miserabilidade (TORRES; COSTA, 2019, s/p).

Atualmente vigora o entendimento de que o critério de miserabilidade, deve ser observado para a concessão do benefício assistencial depende de um minucioso estudo. Deve ser verificado conforme as reais condições sociais e econômicas de cada beneficiário, não sendo dessa forma o critério objetivo de renda o único para se aferir a condição de miserabilidade. Caso a renda seja inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo presume-se a miserabilidade. No entanto, caso superior a tal valor, esse requisito poderá ser comprovado com base em outras provas juntadas aos autos (BRADBURY, 2019, p.529).

Os requisitos subjetivos possuem previsão legal. A própria LOAS, em seu artigo 20, parágrafo 11, abrange outros elementos probatórios para a constatação da condição de miserabilidade, bem como o artigo 20-B, que traz os aspectos para a ampliação do critério de aferição da renda familiar mensal. Existem rendas que podem ser desconsideradas como idoso ou deficiente da mesma família que já recebe o Benefício Assistencial, também deverá ser analisado as despesas extraordinárias e descontadas essas despesas, será verificado o requisito legal de renda per capita inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo, o benefício poderá assim ser concedido (ZANELLA, 2021, p.103).

A miserabilidade, portanto, precisa ser ampliada para além do critério objetivo, porém ainda é dificilmente alcançada. A jurisprudência tem considerado que para o indivíduo atender a condição de miserabilidade precisa “morar embaixo da ponte”. Mas, para o Constituinte, a miserabilidade deve ser vista pelo conjunto de fatores que indicam a situação do indivíduo, desta forma além da renda auferida também deverá ser levado em consideração os gastos da família além de outros fatores importantes que deverão ser levados em consideração (TORRES; COSTA, 2019, s/p).

Pelo exposto, percebe-se que a deficiência é um conceito mais amplo do que a palavra propriamente dita, pois todas as doenças que causam impedimentos por no mínimo dois anos se enquadram no rol de deficientes para receber o BPC. Bem como, segundo o critério de miserabilidade, para ser constatado hipossuficiente, devem ser incluídos os gastos do beneficiário pra que haja a divisão de renda *per capita*.

Diante dos requisitos tanto objetivos quanto subjetivos, para a concessão do BPC ou não, foi relevante a análise de como as turmas recursais aplicam esses critérios, pois a deficiência é divergente da incapacidade e para a verificação da vulnerabilidade é preciso avaliar todas as circunstâncias a qual a pessoa está inserida.

#### **4 ESTUDO DE CASO DO ESTADO DO PARANÁ NOS ACÓRDÃOS DA TERCEIRA TURMA RECURSAL NO ANO DE 2021**

Para o levantamento dos processos de BPC para as pessoas com deficiência, foi realizada uma pesquisa no site do “TRF4”, no campo de “jurisprudências”. Foi selecionado o filtro das turmas recursais, com a palavra chave “bpc” delimitando os acórdãos de 2021. Foram localizados 58 processos. Destes, foram filtrados 26 processos do Estado do Paraná que envolvem o pedido de BPC para deficientes. Localizou-se um processo referente ao pedido dos sucessores para o recebimento do crédito do benefício devido ao falecimento da parte e outros

dois processos de recursos que versavam para a mudança da data de entrada do Bpc, os quais não entraram na presente análise. Restaram 23 acórdãos, que foram adiante analisados. A análise das decisões foi orientada pelas perguntas seguintes: 1) “Quais os fundamentos para o provimento ou não provimento dos recursos?” e 2) “Quais os elementos foram utilizados para chegar na conclusão?”. Dessa forma será possível ter uma visão mais clara das fundamentações dos acórdãos e observar os critérios que foram levados em consideração e se eles estão em conformidade com os requisitos legalmente estabelecidos.

No primeiro caso analisado, a sentença originária da cidade de Paranaíba-PR negou o benefício por não reconhecer a deficiência da requerente, pois no laudo médico pericial a doença foi considerada como temporária. A Turma Recursal, por sua vez, reformou a sentença de primeiro grau para conceder o benefício assistencial. O critério observado foi que a deficiência não deve ser relacionada apenas com a incapacidade profissional, mas também com o impedimento físico, mental, intelectual, de longo prazo os quais interferem em sua participação de forma plena e efetiva em igualdade com os demais na sociedade, bem como o impedimento ser pelo prazo mínimo de dois anos. Para a fundamentação do presente acórdão foi citado o artigo 20, parágrafo 2º e 10º da Lei 8.742 que prevê a deficiência como impedimento a longo prazo. Por fim, o Relator sustentou que cabe ao INSS a revisão do BPC de forma periódica.

No segundo caso, a sentença originária da cidade de Curitiba-PR negou o benefício pelo não reconhecimento do estado de miserabilidade. A Turma Recursal, por sua vez, reformou a sentença de primeiro grau para conceder o benefício assistencial. No caso concreto, a requerente possui dois filhos que residem com a mesma sendo um portador de deficiência e outro que está inserido junto ao mercado de trabalho sendo casado e possuindo uma filha. O critério utilizado pela Relatora foi de que o benefício assistencial recebido pelo filho da requerente possuidor de deficiência não deve entrar no cálculo para o levantamento da renda *per capita*, fundamentando com o entendimento do STF do RE 580.963, que veio reconhecer a exclusão no cálculo de renda per capita o benefício assistencial recebido por outro idoso do grupo familiar, devendo ser enquadrado também para o deficiente, respeitando assim o princípio da isonomia, trazendo como respaldo a Lei 8.742/93, artigo 20, parágrafo 14º. Em relação ao outro filho, foi utilizado o artigo 20 parágrafo 1º da mesma Lei, que prevê que para ser considerado membro da família são os filhos solteiros, não podendo dessa forma o filho da requerente ser considerado no cálculo de renda per capita, pois o mesmo possui uma filha, não havendo dessa forma nenhum valor a ser computado na renda, restando junto ao laudo social constatado a vulnerabilidade social e econômica.

No terceiro caso, a sentença originária da cidade de Curitiba-PR negou o benefício pelo não reconhecimento do estado de miserabilidade. A Turma Recursal, por sua vez, reformou a sentença de primeiro grau para conceder o benefício assistencial. Os elementos que foram utilizados pelo Relator para a constatação de vulnerabilidade foram as despesas mensais, bem como o fato de a única renda advir da genitora do requerente a qual labora como diarista autônoma possuindo dessa forma renda incerta. Outro ponto levantado foi o fato de residirem em casa cedida a qual foi verificado a vontade do proprietário na desocupação da residência, assim os futuros gastos com a moradia também foi levado em consideração.

No quarto caso, a sentença originária da cidade de Umuarama-PR concedeu

benefício com base no laudo socioeconômico o qual a esposa do autor relata que o mesmo labora sem registro para a concessão do benefício. Ainda analisando o laudo médico foi verificado que o requerente possui uma limitação que não o incapacita para determinadas atividades, não se enquadrando o mesmo como deficiente. A Turma Recursal, por sua vez, reformou a sentença de primeiro grau para negar o benefício assistencial.

No quinto caso, a sentença originária da cidade de Umuarama-PR negou o pedido de restabelecimento do BPC, por não ser constatado o critério de impedimento de longo prazo. A Turma Recursal, por sua vez, manteve a sentença de primeiro grau (por seus próprios fundamentos) para negar o benefício assistencial.

No sexto caso, a sentença originária da cidade de Curitiba-PR julgou parcialmente procedentes os pedidos, sendo interposto recurso pela parte autora e pelo INSS. A Turma Recursal, por sua vez, julgou procedente o recurso da parte autora para conceder o benefício assistencial. Para a fundamentação do voto foi utilizado o laudo médico pericial o qual analisou a incapacidade laborativa da autora sendo distinto de impedimento na participação em igualdade de condições com os demais membros da sociedade. Foi verificado o critério subjetivo de deficiência, pois a autora é portadora de HIV o que a impede do exercício pleno da sua vida em comparação com os demais, pelo preconceito que sofre e pela estigmatização da doença. Para a fundamentação da miserabilidade, sustentou-se que a autora recebe bolsa família o qual não pode ser incluído no cálculo da renda per capita, trazendo como base normativa as súmulas 78 e 80 da Turma Nacional de Fundamentação.

No sétimo caso, a sentença originária da cidade de Campo Mourão-PR julgou improcedente o pedido de benefício pela autora não se enquadrar no quadro de deficiente e de incapacidade a longo prazo. A Turma Recursal, por sua vez, julgou procedente o recurso da parte autora para conceder o benefício assistencial. No voto, o Relator apresenta como fundamento que a sentença não está restrita ao laudo médico pericial assim como prevê o artigo 479 do CPP, trazendo como elemento subjetivo de que a mesma sofre com o quadro de HIV desde 2015. A Turma Recursal considerou comprovado o seu impedimento a longo prazo de natureza física e com interação as outras barreiras de natureza ambiental e social, devido sua idade avançada e sua falta de histórico laborativo culminado com sua baixa escolaridade, elementos esses que obstruem sua participação plena e efetiva na sociedade.

No oitavo caso, a sentença originária da cidade de Toledo-PR julgou improcedente o pedido de benefício, pela não verificação do critério de deficiência. A Turma Recursal, por sua vez, julgou procedente o recurso da parte autora para conceder o benefício assistencial. O fundamento utilizado pela Turma Recursal foram os laudos anexados ao processo pela parte autora. A Turma considerou que ela comprovou sofrer de com uma doença degenerativa, vindo a se tratar há alguns anos, o que gera o seu impedimento a longo prazo para o trabalho.

No nono caso, a sentença originária da cidade de Londrina-PR julgou procedente o pedido de benefício, com base no laudo social o qual constatou de que a família recebe o auxílio emergencial o qual o relator excluiu do cálculo da renda per capita em razão de sua provisoriedade, trazendo os critérios subjetivos como as despesas da família, desta forma presente a vulnerabilidade da família. A Turma Recursal, por sua vez, julgou improcedente o recurso do INSS para manter a

concessão do benefício assistencial. A sentença foi mantida por seus próprios fundamentos.

No décimo caso, a sentença originária da cidade de Ponta Grossa-PR julgou procedente o pedido de benefício. A Turma Recursal, por sua vez, julgou improcedente o recurso do INSS para manter a concessão do benefício assistencial. Dispensado o relatório a sentença foi mantida pelos seus próprios fundamentos. O elemento que foi trazido foi o laudo social o qual constatou de que a família recebe o auxílio emergencial o qual o relator excluiu do cálculo da renda per capita em razão de sua provisoriedade, trazendo os critérios subjetivos como as despesas da família, desta forma presente a vulnerabilidade da família. Quanto ao critério de deficiente o INSS não apresentou impugnação específica.

No décimo primeiro caso, a sentença originária da cidade de Curitiba-PR julgou procedente o pedido de benefício. A Turma Recursal, por sua vez, julgou procedente o recurso do INSS para revogar a concessão do benefício assistencial. A parte autora alegou que reside apenas com sua genitora e que seu genitor reside em outro estado, os elementos utilizados pelo relator foi a oitiva de testemunhas, bem como a análise do CNIS do genitor da autora, o qual traz seus vínculos em empresas situadas no Paraná, ainda foi levado em consideração o laudo social o qual comprovou de que o pai da mesma reside no mesmo endereço, ainda não foi comprovado elevados gastos para suprir o critério subjetivo.

No décimo segundo caso, a sentença originária da cidade de Campo Mourão- PR julgou improcedente o pedido de benefício. A Turma Recursal, por sua vez, julgou procedente o recurso do autor para conceder o benefício assistencial. Como fundamento o Relator utilizou o laudo socioeconômico segundo o qual o autor é analfabeto e possui idade avançada, residindo em um imóvel cedido por sua irmã, sendo verificado o critério objetivo de renda per capita presente no artigo 20, parágrafo 3º da Lei 8.742/93. Outro elemento trazido pelo Relator foi o impedimento a longo prazo constatado pelo laudo pericial o qual trouxe os critérios subjetivos com os fatores ambientais e diversas barreiras as quais obstrui sua participação na sociedade.

No décimo terceiro caso, a sentença originária da cidade de Ponta Grossa-PR julgou procedente o pedido de benefício. A Turma Recursal, por sua vez, julgou improcedente o recurso do INSS para manter a sentença que concedeu o benefício assistencial. A Turma Recursal levou em conta o laudo médico pericial, pois foi constatada a incapacidade temporária sendo desta forma analisado as circunstâncias do caso as quais sugerem a improvável recuperação de sua incapacidade a curto prazo. Desta forma o recurso foi desprovido e a sentença foi mantida.

No décimo quarto caso, a sentença originária da cidade de Pitanga-PR julgou procedente o pedido de benefício. A Turma Recursal, por sua vez, julgou improcedente o recurso do INSS para manter a sentença que concedeu o benefício assistencial. A sentença foi mantida, pois a data estipulada de seis meses para a recuperação junto ao laudo médico, é uma data para consulta para a readequação do tratamento, sendo assim restou evidente a presença de limitações para a participação plena e efetiva na sociedade, fazendo a fundamentação presente no artigo 20, parágrafo 2 da Lei 8.742/7993.

No décimo quinto caso, a sentença originária da cidade de Pato Branco-PR julgou procedente o pedido de benefício. A Turma Recursal, por sua vez, julgou improcedente o recurso do INSS para manter a sentença que concedeu o benefício

assistencial. O INSS, buscou a fixação de uma data de cessação do benefício pois o laudo pericial constatou incapacidade temporária, mas o recurso não foi provido. A Turma considerou que a data estipulado pelo perito é uma data para readequação do tratamento, trazendo nesse caso como fundamentação o artigo 21 da Lei 8.742/1993, que estabelece a revisão do benefício a cada dois anos.

No décimo sexto caso, a sentença originária da cidade de Ivaiporã-PR julgou procedente o pedido de benefício. A Turma Recursal, por sua vez, julgou improcedente o recurso do INSS para manter a sentença que concedeu o benefício assistencial. O elemento que foi utilizado para fundamentar a sentença foram os laudos médicos anexados pelo autor os quais comprovam que o mesmo se encontra em tratamento há vários anos, desta forma a sentença foi mantida.

No décimo sétimo caso, a sentença originária da cidade de Umuarama-PR julgou procedente o pedido de benefício. A Turma Recursal, por sua vez, julgou improcedente o recurso do INSS para manter a sentença que concedeu o benefício assistencial. Como fundamento para manter a decisão o relator trouxe o laudo médico e o laudo pericial, o qual restou devidamente comprovado a situação do autor, sendo observados os critérios objetivos e subjetivos.

No décimo oitavo caso, a sentença originária da cidade de Ivaiporã-PR julgou improcedente o pedido de benefício. A Turma Recursal, por sua vez, julgou improcedente o recurso do autor para manter a sentença de primeiro grau que negou o benefício. Os fundamentos do voto foram os mesmos utilizados na sentença, trazendo o conceito de deficiente que está previsto no artigo 20, parágrafos 2 e 10 da Lei 8.742/1993. O laudo médico pericial também foi utilizado como fundamento, pois embora tenha constatado que o autor possui dificuldades na fala, na escrita e na força, segundo a conclusão não foi reconhecida a deficiência. De acordo com a Turma, a conclusão do perito é suficiente para o esclarecimento e convencimento do magistrado, mantendo a sentença.

No décimo nono caso, a sentença originária da cidade de Umuarama-PR julgou procedente o pedido de benefício. A Turma Recursal, por sua vez, julgou improcedente o recurso do INSS para manter a sentença de primeiro grau que concedeu o benefício. Para a fundamentação do julgamento, foi analisado o laudo médico pericial, segundo o qual o autor se encontra incapacitado para retomar sua atividade laborativa. Levou-se em consideração a faixa etária do mesmo e de seu baixo grau de escolaridade, desta forma restou comprovado as barreiras que o impedem de exercer uma vida plena e efetiva na sociedade, bem como o local em que a família reside e todos os membros.

No vigésimo caso, a sentença originária da cidade de Londrina-PR julgou improcedente o pedido de benefício. A Turma Recursal, por sua vez, julgou improcedente o recurso da autora, para manter a sentença de primeiro grau que indeferiu o benefício. O Relator trouxe como fundamento o laudo médico pericial, o qual o foi constatada a incapacidade não se enquadrando o autor no critério de deficiente.

No vigésimo primeiro caso, a sentença originária da cidade de Cascavel-PR julgou procedente o pedido de benefício. A Turma Recursal, por sua vez, julgou improcedente o recurso do INSS, para manter a sentença de primeiro grau que concedeu o benefício. Como fundamento, a Turma Recursal utilizou o laudo pericial, que atestou a dificuldade do requerente na realização dos movimentos para tarefas que utilizam as duas mãos, sendo desta forma o requisito de longo prazo de natureza física, o qual obstrui sua participação na sociedade.

No vigésimo segundo caso, a sentença originária da cidade de Curitiba-PR julgou improcedente o pedido de benefício. A Turma Recursal, por sua vez, julgou improcedente o recurso do autor, para manter a sentença de primeiro grau que indeferiu o benefício. A sentença indeferiu o BPC, pela renda per capita ser superior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo. Para a fundamentação do voto foi levado em consideração o salário auferido pelo esposo da autora o qual ultrapassa o critério objetivo, sendo também analisado o critério subjetivo sendo descontados as despesas do casal, no entanto a sentença foi mantida.

No vigésimo terceiro caso, a sentença originária da cidade de Umuarama-PR julgou procedente o pedido de benefício. A Turma Recursal, por sua vez, julgou improcedente o recurso do INSS, para manter a sentença de primeiro grau que deferiu o benefício. Para a fundamentação foi analisado o laudo socioeconômico o qual afastou a não constatação de suficiência econômica, desta forma o recurso foi desprovido e a sentença foi mantida.

## CONCLUSÃO

Com a presente pesquisa foi possível compreender os critérios que são observados pela Terceira Turma Recursal do TRF4 na tomada de uma decisão para a caracterização ou não dos requisitos previstos em Lei. Essa análise trouxe a luz a importância de esmiuçar todos os fatos comprobatórios de cada caso quando se fala em BPC, pois se está diante de pessoas que se encontram em estado de extrema vulnerabilidade.

Perante aos resultados das análises dos acórdãos, foi possível verificar que o mínimo existencial não é utilizado como fundamento na tomada das decisões. De acordo com os resultados obtidos observa-se que nos acórdãos analisados, não houve ofensa a esse princípio. Também é possível constatar de que os juízos acabam por não se comunicarem pois em sua maioria os recursos contra as sentenças de primeiro grau que indeferiram o BPC para deficiente foram reformadas em segundo grau.

Foi verificado através dos resultados que também existe uma certa divergência entre as fundamentações na própria Turma Recursal, pois em duas decisões se tem de que a decisão não está restrita ao laudo médico pericial e em outra decisão se tem de que o laudo médico pericial é suficiente na tomada de uma decisão. Os acórdãos utilizados para análise não violaram o mínimo existencial. No entanto, os recursos interpostos pelo autor, em sua maioria reformaram a sentença para a implementação do benefício, pois os requisitos legais foram atendidos. Percebe-se, portanto, que não há uniformidade entre as sentenças de primeiro grau e a Turma Recursal analisada no que diz respeito aos requisitos para a concessão do benefício.

Desta forma, o que se pode concluir, com base nessa amostra, é pela ausência de uniformidade entre os graus de jurisdição e que as sentenças de primeiro grau que indeferiram o BPC, de certa forma, ferem o princípio do mínimo existencial, quando deixaram de analisar os requisitos em sua profundidade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Medeiros. *Uma análise sobre o critério “miserabilidade” enquanto condição para a concessão do benefício de prestação continuada dentro do cenário constitucional brasileiro*. Plataforma Sucupira, 2020.



Disponível em

<[https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/vi ewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=10685691](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/vi ewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=10685691)> Acesso em 14 de jul. 2022.

BIM, Miriam Cláudia Spada; MUROFUSE, Neide Tiemi. *Benefício de Prestação Continuada e perícia médica previdenciária: limitações do processo*. SciElo Brasil, 2014. Disponível em:

<<https://www.scielo.br/j/sssoc/a/sLWc7qHXStqTp6yqYngnPrf/?lang=pt>>. Acesso em: 19 de nov. 2021.

BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. *Curso Prático de Direito e Processo Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. *Curso Prático de Direito e Processo Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

BRANDÃO, Zoraíma Meneses. O papel da seguridade social na efetivação dos objetivos da ordem social: considerações históricas e desafios. *Revista Brasileira de Previdência*, 2021, Disponível em:

<<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/previdencia/article/view/5407/pdf>>. Acesso em 25 de mai. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm#:~:text=Art.%206%C2%BA%20S%C3%A3o%20direitos%20sociais,desamparados%2C%20na%20for ma%20desta%20Constitui%C3%A7%C3%A3o.>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#:~:text=Art.%206%C2%BA%20S%C3%A3o%20direitos%20sociais,desamparados%2C%20na%20for ma%20desta%20Constitui%C3%A7%C3%A3o.>)>. Acesso em 27 de mai. 2022.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira, LAZZARI, João Batisita, *Manual de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro, 2015.

CUNHA, Isabelle Silva Paravidino; BARRETO, Ketnen Rose Medeiros. Os desafios do benefício de prestação continuada para pessoas com deficiência. *Revista Mundo Livre*, 2020. Disponível em

<<https://periodicos.uff.br/mundolivres/article/view/45746>>, Acesso em 28 de mai. 2022.

FILHO, Salomão Ismail. Mínimo existencial: um conceito dinâmico em prol da dignidade humana. *Consultório Jurídico*, 2016. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2016-dez-05/mp-debate-minimo-existencial-conceito-dinamico-prol-dignidade-humana>>. Acesso em: 18 de nov. 2021.

GIORGI, Fernanda et al. O Golpe de 2016 e a Reforma da Previdência. CLACSO, 2017. *JSTOR*. Disponível em: <

<https://www.jstor.org/stable/j.ctvtwx288.13?searchText=BENEF%C3%8DCIO+ASSIS%20TENCIAL&searchUri=%2Faction%2FdoBasicSearch%3FQuery%3DBENEF%25C3%20TENCIAL>>

258DCIO%2BASSISTENCIAL%26so%3Drel&ab\_segments=0%2Fbasic\_search\_gs  
v  
2%2Fcontrol&refreqid=fastlydefault%3A3022a8439ef049656cc1a244cb8dfdd4&seq  
9> Acesso em 30 de mai. 2022.

JÚNIOR, Miguel Horvath. *Direito Previdenciário*. 8. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010.

MORAES, de Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

NOGUEIRA, Camila Lima. *A avaliação da deficiência na trajetória do benefício de prestação continuada*, Plataforma Sucupira, 2020, Disponível em <[https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/vi\\_ewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=9330762](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/vi_ewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=9330762)> Acesso em 14 de jul. 2022.

PENALVA, Janaína; DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. O Benefício de Prestação Continuada no Supremo Tribunal Federal, *Revista Sociedade e Estado*, v. 25, n. 1, jan. abr. 2010. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/se/a/fZxw8zpmnvKgRvhPKb7wDRC/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 30 de mai. 2022.

ROCHA, Daniel Machado da; JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, 2007, Disponível em: <<https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>>. Acesso em 27 de mai. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Rev. Investig. Const.* 3 (2), May.-Aug. 2016, Disponível em: <[https://www.scielo.br/j/rinc/a/k6tMmbhVkdzFHtfrYtgjqgp/abstract/?lang=pt#ModalDo  
wnloads](https://www.scielo.br/j/rinc/a/k6tMmbhVkdzFHtfrYtgjqgp/abstract/?lang=pt#ModalDownloads)>. Acesso em: 23 de mai. 2022.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. *Revista Argumentum*, 2006, Disponível em: <<http://201.62.80.75/index.php/revistaargumentum/article/view/731/383>>. Acesso em: 27 de mai. 2022.

SARMENTO, Daniel. O Mínimo Existencial. *RDC*, 2016, Disponível em: <<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034/1915626/05http>

// 201.62.80.75/index.php/revistaargumentum/article/view/731/383>. Acesso em: 26 de mai. 2022.

STOPA, Roberta. O direito constitucional ao Benefício de Prestação Continuada (BPC): o penoso caminho para o acesso. *Revista Serv. Soc. Soc.* (135), May.-Aug. 2019. Disponível em:  
<<https://www.scielo.br/j/sssoc/a/vWM6YLcDR8vXMTGnqDM8skS/?lang=pt>>. Acesso em 18 nov. 2021.

TOLEDO, Claudia; ANGELUCCI, Paola; GOMES, Natascha. Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial na Realidade Latino-Americana - Brasil, Argentina, Colômbia e México (Fundamental Social Rights and Existential Minimum in Latin America Reality - Brazil, Argentina, Colombia and Mexico). *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 13, n. 41, p. 213-239, jul./dez. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3754087>>. Acesso em 18 nov. 2021.

TORRES, Juliana, COSTA, Paula, Considerações Acerca do Estado de Miserabilidade na Aplicação do Benefício Assistencial aos Deficientes. *Anais do I Congresso Internacional da Rede Ibero-Americana de Pesquisa em Seguridade Social*, n. 1, p. 206-219, outubro/2019. Disponível em:  
<<https://revistas.unaerp.br/rede/article/view/1707/1353>> Acesso em 19 de abr. 2022.

VAITSMAN; Jeni; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa, Benefício de Prestação Continuada (BPC), para pessoas com deficiência: barreiras de acesso e lacunas intersetoriais. *Ciênc. saúde colet.* 22 (11) Nov. 2017. Disponível em:  
<<https://scielosp.org/article/csc/2017.v22n11/3527-3536/>> Acesso em 30 de mai. 2022.

WEBER, Thadeu. A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls. *Kriterion* 54 (127), Jun. 2013. Disponível em:  
<<https://www.scielo.br/j/kr/a/9Xm9v9snhPspZRxqV6LtP5F/?lang=pt>>. Acesso em: 19 de abr. de 2022.

ZANELLA, José, *Benefício Assistencial de Prestação Continuada e a Escolaridade como Fator para Avaliação da Deficiência na Perspectiva da Inclusão Social*, Feevale, 2021, Disponível em:  
<<https://biblioteca.feevale.br/Vinculo2/000030/0000301b.pdf>> acesso em 19 de abr. 2022.

## **A POSSIBILIDADE DA GUARDA E VISITAS AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO APÓS A DISSOLUÇÃO DA CONJUGALIDADE: USO DA ANALOGIA COM A LEGISLAÇÃO DA GUARDA E VISITAS DOS FILHOS**

### **THE POSSIBILITY OF CUSTODY AND VISITS TO PETS AFTER THE DISSOLUTION OF MARRIAGE: USE OF THE ANALOGY WITH THE LEGISLATION ON CUSTODY AND VISITS OF CHILDREN**

**Andressa Alves Correa<sup>19</sup>**  
**Orival Correa de Siqueira Junior<sup>20</sup>**

**RESUMO:** O presente artigo questiona se no ordenamento jurídico brasileiro é possível classificar o animal de estimação como novo gênero, e a partir disso falar em guarda e direito de visitas após a dissolução da conjugalidade. Os animais de estimação são considerados pela sociedade como membros da família, mas no ordenamento jurídico os animais ainda são classificados como coisas, ou seja, como bens móveis denominados semoventes. No ordenamento jurídico brasileiro é possível se falar em guarda e direito de visitas aos animais domésticos após a dissolução do vínculo conjugal, diante da falta de uma legislação específica? O método utilizado é o dedutivo. Sendo assim, busca-se através das doutrinas, jurisprudências e analisando os Projetos de Lei, enxergar o animal doméstico sob uma perspectiva diferente, ao verificar se há possibilidade de classificá-lo como um novo gênero e conseqüentemente, tornar possível falar sobre direitos de guarda e visitas dos animais de estimação. Portanto, enquanto não há a criação de legislação específica para regular referida questão, o magistrado se baseia na analogia, costumes e princípios gerais do direito para solucionar os casos concretos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Guarda; Visitas; Animais de estimação; Novo gênero.

**ABSTRACT:** This article questions whether in the Brazilian legal system it is possible to classify the pet as a third gender, and from that to speak of custody and visitation rights after the dissolution of conjugality. Pets are considered by society as members of the family, but in the legal system animals are still classified as things, that is, as movable property called semoventes. In the Brazilian legal system, is it possible to speak of custody and the right to visit domestic animals after the dissolution of the marital bond, given the lack of specific legislation? The method used is deductive. Therefore, it is sought through doctrines, jurisprudence and analyzing Projects of Law, to see the domestic animal from a different perspective, by verifying if there is a possibility of classifying it as a third gender and, consequently, making it possible to talk about rights of pet care and visits. Therefore, while there is no creation of specific legislation to regulate this issue, the magistrate is based on analogy, customs and general principles of law to resolve specific cases.

---

<sup>19</sup> Acadêmico do curso de direito do Centro Universitário Univel.

<sup>20</sup> Mestre em Processo Civil. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Univel.

**KEYWORDS:** Custody; Visits; Pets; New gender.

## INTRODUÇÃO

Diversas alterações ocorreram com o tempo na relação entre o homem e o animal. Em tempos mais remotos o animal era considerado, na prática e na teoria como objeto, passando a ser considerado como companheiro do homem e, nos últimos tempos, como membro da família. Ocorre que, no ordenamento jurídico brasileiro, os animais ainda são classificados como coisas e como bens móveis denominados semoventes, podendo ser objeto de relações jurídicas.

Constata-se que algumas legislações ou normas preveem o animal como um ser senciente, visto que possui sentimentos e sensibilidade, devendo ser garantido aos animais direitos como liberdade, integridade e uma vida com dignidade. Sendo assim, há ocorrência de uma evolução na questão dos direitos dos animais, mas ainda não se demonstrou suficiente para o legislador dar uma perspectiva diferente para os animais de estimação no ordenamento jurídico.

Observa-se que atualmente, muitas pessoas estão optando por terem animais domésticos, razão pela qual o animal de estimação passou a ser visto por muitas famílias como um integrante da família, principalmente na figura de filho. Essa família é chamada de família multiespécie e advém do sentimento de afetividade que baseia a relação homem e animal de estimação.

Portanto, buscar-se-á demonstrar como o ordenamento jurídico classifica os animais de estimação e se há possibilidade de os animais domésticos serem reclassificados como novo gênero. Também, busca demonstrar se é possível a criação de uma legislação específica que versa sobre a guarda e o direito de visitas dos animais de estimação após a dissolução do vínculo conjugal. E se na falta desta aplicar por analogia a legislação que prevê a guarda e o direito de visitas dos filhos.

Diante da lacuna que existe no ordenamento jurídico, tornam-se comuns as discussões se os animais domésticos, atualmente denominados pelo ordenamento jurídico como coisas, bens móveis, seres semoventes, podem ser titulares de direitos. Por este motivo, verifica-se que as doutrinas, os Projetos de Lei em tramitação e as jurisprudências podem influenciar o legislador para regularizar o ordenamento jurídico brasileiro diante da atual realidade.

Pelo exposto, o presente estudo se desenvolve a partir da utilização do método dedutivo, através de pesquisas bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais, e traz como questão principal se há possibilidade de no ordenamento jurídico brasileiro se falar em guarda e direito de visitas aos animais domésticos após a dissolução do vínculo conjugal.

O artigo é dividido em três seções, além da introdução. A segunda verifica a afetividade na relação homem e animal, como se classifica o animal doméstico no ordenamento jurídico e qual a influência dos Projetos de Lei.

A terceira seção analisa se há possibilidade de classificar os animais domésticos como novo gênero. Por fim, a quarta seção aborda se há elementos suficientes no ordenamento jurídico para se falar em guarda e visitas aos animais domésticos e versa sobre ser possível aplicar por analogia a legislação de guarda e visitas dos filhos aos animais de estimação.

Diante do exposto, o presente trabalho tem como objetivo avaliar a necessidade da atualização do ordenamento jurídico perante o atual contexto social e começar a classificar os animais domésticos como um novo gênero. Visa-se a regulamentação da guarda e do direito de visitas aos animais de estimação,

aplicando por analogia a legislação que prevê a guarda e o direito de visitas dos filhos, enquanto não houver a criação de legislação específica que regulamente referido assunto.

## **2 A RELAÇÃO ENTRE O HOMEM E O ANIMAL**

O primeiro vínculo dos homens com os animais se caracterizava por uma relação de domínio, pois os animais no início dos tempos eram usados e serviam de alimentos, vestuários e abrigos. Com o passar dos anos os animais começaram a ser usados para o trabalho na agricultura, para o transporte e em arenas e circos para atrações em prol da diversão das pessoas. Percebe-se que nessa época os animais sofriam maus-tratos e eram desrespeitados, considerados na prática como coisas. Conforme leciona Marchetto e Kallas:

A relação do ser humano com os animais existe desde a aurora da humanidade, inicialmente aqueles, usando estes para a caça, posteriormente para o trabalho rural, finalmente chegando ao lazer e domesticação. Dessa forma, é inegável a evolução e consolidação da relação afetiva existente entre os seres humanos e os animais domésticos, sendo este fator afetivo importante na solução de conflitos que possam surgir neste sentido. (MARCHETTO; KALLAS 2021, p. 10)

Desse modo, segundo Antunes (2021), os animais ao longo de décadas foram tratados como meros objetos. Sendo assim, os animais até pouco tempo atrás, por não haver nenhuma proteção expressa, sofriam muitos maus-tratos. Esses seres eram considerados na teoria e, na prática, como coisas que poderiam ser além de vendidos e comprados, usados da maneira que o indivíduo considerasse melhor.

Entretanto, de acordo com Valle e Borges (2018), com a evolução da sociedade, os animais começaram a ser companheiros das pessoas e passou a existir respeito e afeto entre eles, o que acarretou uma proteção aos animais em geral, prevista em várias leis brasileiras e na Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Portanto, os animais devem ser respeitados e protegidos por toda a sociedade.

Conforme leciona Hernandez e Guimarães (2020), com o passar dos anos, a relação homem e animal que no começo era de domínio e predação, passou por diversas fases, até chegar a ser uma relação de domesticação. Porém isso ficou no passado, pois a sociedade atual deu outra consideração aos animais, principalmente aos animais de estimação, tanto que, na prática, estes começaram a ser considerados e tratados como ente familiar.

Verifica-se que o convívio dos animais de estimação com os seres humanos tem se tornado uma realidade em diversos lares brasileiros e, à medida que essas relações de afeto se consolidam, é necessário o acompanhamento do Direito com o intuito de regularizar os conflitos. Conforme se observa na pesquisa divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e, também, através dos dados da Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) de 2019 revelou-se que em 47,9 milhões de domicílios brasileiros há pelo menos um cachorro ou gato que faz parte da família (IBGE, 2020).

Diante disso, há uma nova estrutura familiar que integra o animal doméstico como membro da família. É a chamada família multiespécie que se caracteriza por ser uma família formada por humanos e animais de estimação, relação que advém de vínculos emocionais e da afetividade. Juridicamente, não há o reconhecimento formal, expresso e efetivo em uma legislação que caracterize essa nova entidade

familiar, mas tão somente o reconhecimento do vínculo afetivo pelos magistrados em suas decisões. (CHAVES, 2015)

## 2.1 A CLASSIFICAÇÃO DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A primeira norma que trouxe de alguma maneira uma proteção aos animais foi proclamada no início da Era Vargas. Segundo de Medeiros e Hess (2016), foi o Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934, que prevê em seus artigos 1º, 2º, §3º e 17 que os animais eram classificados como seres irracionais, mas eram tutelados pelo Estado e representados em juízo pelo Ministério Público, substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais. Entretanto, para a época, foi considerando um avanço, pois assegurava o bem-estar dos animais.

Ressalta-se que a Constituição Federal de 1988 não prevê nada específico sobre a classificação dos animais, mas somente se refere a fauna e flora em geral. Conforme dispõe o artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, da CFRB/88, onde lê-se que toda a sociedade possui o direito ao meio ambiente equilibrado, mas também possui o dever com o Poder Público de defender e preservar o meio ambiente, sendo vedado realizar condutas que prejudiquem a fauna e a flora ou que provoque a extinção das espécies e, também, reitera que os animais não devem ser submetidos a crueldade. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 225)

Sendo assim, o direito ainda não reconhece expressamente que os animais são seres titulares de direitos fundamentais, no sentido de não afirmar que os mesmos possuem dignidade, assim como os seres humanos. Ocorre que, indiretamente, se retira da legislação que os animais possuem dignidade, ao se vedar práticas cruéis e de maus-tratos. Sendo assim, várias decisões judiciais se fundamentam no sentido de reconhecer os animais como seres que possuem dignidade, que devem ser protegidos e classificados como titulares de direitos fundamentais, ainda que não os exerçam “pessoalmente” na área processual. (SARLET, 2018)

Ademais, também há previsão na Lei de Crimes Ambientais, Lei n.º 9.605/1988, que prevê em seu artigo 32 uma maneira de criminalizar o indivíduo que praticar ato de abuso e maus-tratos contra animais, sendo aumentada a pena caso ocorra a morte do animal. Contudo, observa-se que não traz nada específico sobre o animal possuir outra classificação, apenas trazendo uma proteção de maneira genérica. (BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998)

Conforme visto, na teoria, conforme se retira do ordenamento jurídico, os animais ainda são classificados como coisas, bens móveis na modalidade de semoventes. O Código Civil Brasileiro em seu artigo 82 conceitua semoventes como sendo “móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.” (BRASIL, Lei nº 10.406, 2002)

Dessa forma, apesar de que já havia afeto na relação homem e animal doméstico quando o Código Civil foi alterado, o legislador não se atentou nesse aspecto. Relata Ferreira (2014) que na classificação de coisas, os animais são denominados como bens móveis, na modalidade de semoventes, já que possuem como dono o homem, podendo ser dispostos pelo seu proprietário, sendo objetos de negócios jurídicos.

Ressalta-se, que a Declaração Universal dos Direitos dos Animais proclamada em 1978 pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a

Ciência e a Cultura (UNESCO) e posteriormente aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), a qual o Brasil é signatário, proclama em seu preâmbulo e no artigo 1º que todos os animais possuem direitos, nascendo iguais perante a vida e tendo os mesmos direitos à existência. Ademais, seu artigo 2º prevê que todos os animais possuem direito de serem respeitados, receberem atenção, cuidado e proteção do homem, não podendo ele exterminar ou explorar o animal.

Por conseguinte, diante da sociedade atual e principalmente pelo previsto na Declaração Universal dos Direitos dos Animais, diversas normas classificaram o animal como um ser senciente, por possuir sentimentos e sensibilidade, dando ensejo para haver uma análise sobre a possibilidade de uma alteração da classificação dos animais no ordenamento jurídico.

A ciência por muito tempo teve dificuldade em definir qual o nível de consciência dos animais. A senciência pode ser definida como a capacidade dos seres de entender o que está em sua volta, podendo experimentar diferentes sensações e sentimento. Assim, todo animal que é capaz de sentir dor, alegria e tristeza pode ser considerado um ser senciente. (JESUS; SILVA, 2021, s/p)

Verifica-se, segundo o disposto por Santos e Genú (2019), que diversos países como Áustria, Suíça, Portugal e Alemanha já realizaram a alteração indicando de maneira expressa que os animais não são coisas. A partir disso, são criadas legislações especiais, aplicando subsidiariamente à legislação de coisas. Diante disso, verifica-se que o ordenamento jurídico não acompanhou estas transformações, pois nem mesmo prevê expressamente os animais como seres sencientes.

Desse modo, ressalta Antunes (2021), que ao vedar a prática de maus tratos aos animais, a Constituição Federal e a Lei de Crimes Ambientais trazem uma evolução ao ordenamento jurídico e confirmam que o animal é um ser dotado de sensibilidade. Contudo, em nenhum momento deixam de classificar o animal como coisa e classificam como gênero distinto, ou seja, os animais ainda são atualmente identificados como coisas e no máximo da evolução como seres sencientes.

Portanto, existe uma dificuldade em se ter uma certeza sobre a classificação dos animais dentro do próprio ordenamento jurídico, pois na codificação privada os animais são classificados como coisas. Já, na Constituição Federal, a partir de uma interpretação, retira-se que os animais são titulares de direitos fundamentais. Sendo assim, por não haver uma legislação específica que dispõe sobre a classificação dos animais domésticos, fica a critério do magistrado, quando provocado, utilizar a sua interpretação e analogia. (BELCHIOR; DIAS, 2019)

Além disso, ao se reconhecer os animais não como coisas, mas sim como seres sencientes, há uma divergência em relação à nomenclatura que pode ser utilizada para classificar os animais. Então, discute-se se o animal de estimação pode ser classificado como sujeito de direitos por serem titulares de direitos fundamentais, entes despersonalizados por não possuírem personalidade própria ou como um novo gênero que não se encaixa como coisa e nem como pessoa. (CHALFUN, 2016)

## 2.2 PROJETOS DE LEI

Nessa perspectiva, alguns projetos de leis foram criados e estão em trâmite na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal. Esses referidos Projetos de Lei



visam alterar a classificação dos animais de estimação no ordenamento jurídico brasileiro para se tornar possível a aplicação da legislação referente a guarda e visitas dos filhos aos animais domésticos, buscando uma solução mais concreta para a resolução do conflito judicial.

O primeiro a ser citado é o Projeto de Lei do Senado n.º 351/2015 de autoria do Senador Antônio Anastasia, em trâmite na Câmara dos Deputados, que busca adicionar parágrafo único ao art. 82, e acrescentar inciso IV ao art. 83 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer que os animais deixem de ser classificados como coisas. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015)

Também há o Projeto de Lei da Câmara n.º 27/2018 em coautoria com o Projeto de Lei n.º 6054/2019 (antiga PL 6799/2013) de autoria do Deputado Federal Ricardo Izar, em trâmite na Câmara dos Deputados, que possui como finalidade acrescentar dispositivo à Lei n.º 9.605/1998 que dispõe sobre os crimes ambientais, para regulamentar sobre a natureza jurídica dos animais não humanos, classificando os animais não humanos como tendo natureza jurídica *sui generis* e sendo sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem usufruir e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o tratamento do animal como coisa. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018)

O outro é o Projeto de Lei do Senado n.º 542/2018 de autoria da Senadora Rose de Freitas, em tramitação no Senado Federal, que possui como objetivo estabelecer o compartilhamento da guarda do animal de estimação de propriedade mútua quando não houver acordo na dissolução do vínculo conjugal. Também, busca alterar o Código de Processo Civil, para determinar a aplicação das normas das ações de família aos processos contenciosos de custódia de animais de estimação. (SENADO FEDERAL, 2018)

Por fim, cita-se o Projeto de Lei da Câmara n.º 4375/2021 de autoria do Deputado Federal Chiquinho Brazão atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados. Referido Projeto de Lei visa alterar o Código Civil (Lei n.º 10.406 de 2002) e o Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105 de 2015), para que seja previsto a guarda compartilhada de animais de estimação no ordenamento jurídico e trata também da obrigação das partes de contribuir para a manutenção dos animais domésticos. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2021)

Após a análise, dispõe Ferreira (2020), ser de extrema importância e urgência que todos ou alguns Projetos de Lei sejam aprovados e entrem em vigência, visto que há diversos processos no Poder Judiciário que estão demandando dos magistrados que classifiquem o animal doméstico não mais como coisa e, a partir disso, profiram uma decisão sobre como se dá a regulamentação da guarda e do direito de visitas aos animais de estimação.

Logo, afirma Marchetto e Kallas (2021) que, com a aprovação dos Projetos de Lei citados acima, ocorrerá o preenchimento da lacuna existente no ordenamento jurídico, dando ensejo e influenciando o legislador para atualizá-lo perante a necessidade que surgiu e está aumentando cada vez mais. Necessidade essa que visa alterar a classificação dos animais de estimação e, conseqüentemente, criar uma legislação específica que se refira ao direito de guarda e visitas dos animais domésticos.

### **3 ANIMAL COMO UM NOVO GÊNERO**

Verifica-se que o animal deve ser reclassificado pelo ordenamento jurídico, deixando de ser considerado coisa perante a relação de afeto dos animais

domésticos com as pessoas na sociedade atual, pois em muitas famílias o animal de estimação é considerado como um ente familiar, recebendo todo o cuidado que se assemelha aquele que um filho receberia.

[...] os indivíduos têm estabelecido fortes laços afetivos com animais de estimação, os quais passam a ser vistos não mais como propriedade, mas como parte integrante da família. Os animais de estimação ganham cada vez mais espaço na vida dos cônjuges. (DIAS; POLETTI, 2017, p.1)

Sendo assim, Ferreira (2014) relata que ainda há muito a ser analisado sobre a natureza jurídica dos animais, portanto, o Poder Judiciário possui o poder e o dever de agir perante a lacuna do Poder Legislativo que, no ano de 2002, quando foi atualizado o Código Civil, não se atentou no aspecto da afetividade que existe na relação homem e animal de estimação, para que já naquela época houvesse uma alteração na classificação dos animais.

Consoante com o disposto por Chalfun (2016), mesmo os animais sendo diferentes dos seres humanos, merecem e devem receber todo o respeito. Isso não significa dizer que os animais serão iguais aos homens ou mais importantes que estes, mas sim que, pelos animais serem seres sencientes, devem ter as suas diferenças respeitadas. Diante disso, necessita-se deixar no passado a visão antropocêntrica de que o animal está englobado pelas normas genéricas que se referem ao meio ambiente.

Verifica-se que um dos principais exemplos de legislação que não classifica o animal como coisa, mas sim como novo gênero é o Código Civil da Alemanha, denominado Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil) ou BGB.

Esse código prevê no artigo 90-A o seguinte texto normativo: “Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.” (“Animais não são coisas. Eles são protegidos por leis especiais. As disposições aplicáveis às coisas devem ser aplicadas a elas em conformidade, salvo indicação em contrário”). (BGB, p. 36).

Ademais, o ordenamento jurídico de Portugal, a partir da aprovação da Lei 8 de 2017, alterou a classificação dos animais de coisas móveis para seres vivos dotados de sensibilidade, mas na falta de uma lei especial ainda se aplica aos animais a legislação relativa às coisas, conforme se retira do art. 201-B e art. 201-D do Código Civil Português.

Sendo assim, o animal não deixa completamente de ser coisa, mas também não é igualado ao ser humano, sendo classificado o animal de estimação como uma coisa especial. (SIMÃO, 2017)

Verifica-se que, apesar de outros países já deixarem expresso que os animais domésticos não são coisas, ainda não há nesses países, assim como no Brasil, legislação específica que disponha sobre a guarda e o direito de visitas aos animais de estimação após a dissolução da conjugalidade. Portanto, ainda se utiliza de outros meios para solucionar o conflito, mas na medida do possível, os magistrados fundamentam suas decisões na afetividade, bem-estar e interesse do animal. (SILVA, 2015)

Além disso, constata-se que nas jurisprudências já há uma evolução em relação a classificar os animais de estimação como novo gênero, deixando de classificá-los como coisas, mas também não lhes denominando como sujeito de direitos.

Ademais, independente da denominação que o animal recebe, o mais importante é proteger o ser humano, o animal doméstico e o vínculo afetivo entre ambos. Conforme ficou demonstrado no Superior Tribunal de Justiça, por meio do voto do Relator Ministro Luis Felipe Salomão que trouxe o entendimento a seguir:

Portanto, buscando atender os fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, independentemente do nomen iuris a ser adotado, penso que a resolução deve, realmente, depender da análise do caso concreto, mas será resguardada a ideia de que não se está diante de uma "coisa inanimada", sem lhe estender, contudo, a condição de sujeito de direito. Reconhece-se, assim, um terceiro gênero, em que sempre deverá ser analisada a situação contida nos autos, voltado para a proteção do ser humano, e seu vínculo afetivo com o animal. (STJ, 2018)

Diante disso, conforme leciona Ferreira (2020), atualmente, através da afetividade, existente na relação homem e animal, surge a questão se os animais domésticos podem ser reclassificados como um terceiro gênero no ordenamento jurídico, podendo-se aplicar ao caso concreto, até o legislador criar uma legislação específica, a legislação referente a regulamentação da guarda e o direito de visitas dos filhos deve ser usada por analogia.

#### **4 A POSSIBILIDADE DA GUARDA E VISITAS AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO**

A regulamentação da guarda de animais de estimação ainda não é prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual pode falar em partilha de bens consoante ao disposto na legislação. Entretanto, o animal doméstico em um conflito judicial, não deve ser comparado a um automóvel, a uma cadeira, a um sofá ou a qualquer outro bem móvel, visto que essa visão não coincide com o sentimento de afeto que baseia a relação homem e animal de estimação. (CHAVES, 2015)

Em razão das importantes alterações que ocorreram em relação ao tratamento dos indivíduos com os animais domésticos, o legislador deve ter como base o sentimento de afeto e o dever de cuidado e proteção, pois o animal de estimação recebe praticamente os mesmos cuidados de um filho, assim realizando a alteração da classificação dos animais no ordenamento jurídico, para se poder começar a falar em guarda e direito de visitas dos animais domésticos. (ANTUNES, 2021)

Nesse sentido, explica Silva (2014) que o Poder Judiciário, diante da lacuna no ordenamento jurídico, também possui o condão de analisar se é possível falar em guarda e direito de visitas de animais de estimação, pelo fato de o animal doméstico ser considerado como integrante da família. Muitos casais no momento do divórcio ou da dissolução da união estável, envolvem o animal de estimação na disputa judicial, pleiteando a sua guarda. Por conseguinte, o magistrado deve observar quem dentre as partes possui melhores condições de ter a guarda do animal doméstico, mas também considerar como ficará a relação da outra pessoa com o animal de estimação.

Afirma Guimarães e Hernandes (2020) que o magistrado não deve somente considerar quem demonstra possuir a propriedade do animal doméstico, pois desse modo o animal está sendo tratado como uma mera coisa, mas sim considerar em que ambiente e com que pessoa o animal de estimação terá o bem-estar assegurado e viverá em melhores condições.

Assim sendo, explica Marchetto e Kallas (2021) que o magistrado deve observar aquela pessoa que possui melhores condições psicológicas, sentimentais,

financeiras e tempo disponível para ficar na guarda do animal de estimação, pois o mesmo não pode ficar sobre a guarda de uma pessoa que não tenha condições de cuidar, dar amor e carinho, levar para passear, arcar com as despesas.

Vale ressaltar, conforme discorre Simão (2017), que no ordenamento jurídico português é garantido que o animal doméstico, após o fim do vínculo conjugal, seja confiado a somente um ou ambos os cônjuges, a depender do interesse dos próprios cônjuges e dos filhos, mas também deve se atentar ao bem-estar e interesse do animal de estimação, pois o mesmo é um ser dotado de sensibilidade e por isso está sujeito a um poder funcional, estando o foco principal no animal doméstico.

Ademais, quando surge a possibilidade se falar em guarda, também surge por consequência a possibilidade de falar em direito de visitas. Posto que, mesmo que se verificou e decidiu que uma das partes não possui as melhores condições de ficar na guarda do animal de estimação, a outra parte ainda possui o direito de conviver de alguma maneira com o animal doméstico e a forma que se encontrou foi fixando o regime de visitas. Nesse raciocínio o Superior Tribunal de Justiça já considerou ser possível a regulamentação de visitas ao animal de estimação, conforme exposto abaixo:

Em julgamento finalizado nesta terça-feira (19), a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) considerou ser possível a regulamentação judicial de visitas a animais de estimação após a dissolução de união estável. Com a inédita decisão no âmbito do STJ, tomada por maioria de votos, o colegiado confirmou acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que fixou regime de visitas para que o ex-companheiro pudesse conviver com uma cadela yorkshire adquirida durante o relacionamento, e que ficou com a mulher depois da separação. (STJ, 2018)

Desse modo, quando se fala em guarda e visitas aos animais de estimação, ainda não há legislação específica no ordenamento jurídico, razão pela qual o magistrado se utiliza da analogia a legislação que prevê sobre guarda e direito de visitas dos filhos, quais sejam os artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil. O artigo 1.583 em seu caput dispõe que a guarda será unilateral ou compartilhada a depender do caso concreto. O artigo 1.589 em seu caput traz que aquele que não tiver a guarda, poderá exercer seu direito de visitas. Desse modo, observadas as diferenças aplicam-se os artigos referidos acima. (BRASIL, Lei nº 10.406, 2002)

Consoante o disposto por Chaves (2015), quando o magistrado verifica que o animal de estimação não pode ficar sobre a guarda de nenhum de seus tutores, seja pela questão de ambas as partes não quererem mais o animal doméstico, não possuírem condições financeiras ou de modo mais grave quando se comprova que o animal doméstico sofria maus-tratos, deverá ser verificado se há alguma pessoa próxima ao animal de estimação que tenha condições de possuir a guarda dele ou em último caso o animal doméstico deverá ser encaminhado ao órgão competente para ser adotado por outra família.

Verifica-se que há julgados revisando a guarda do animal de estimação quando se observa que aquele indivíduo que está com a guarda do animal doméstico não possui mais condições, devendo o magistrado conceder a guarda para a outra parte e, subsidiariamente, caso a pessoa não queira ou não possa efetivamente ter a guarda do animal de estimação, este deve ser encaminhado à uma ONG para posteriormente ser adotado. Conforme se retira da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná que compreendeu a possibilidade de revisão da

guarda do animal de estimação, exposta a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO REVISIONAL DE GUARDA. SÍNTESE FÁTICA. PROPOSITURA DA AÇÃO PARA REVISÃO DA GUARDA DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO DO EX-CASAL. AUTOR QUE PLEITEIA LIMINARMENTE QUE A GUARDA SEJA DEVOLVIDA À REQUERIDA, POR FATO NOVO A IMPEDIR A MANUTENÇÃO DA GUARDA COMO ACORDADO. GRAVIDEZ DA ATUAL ESPOSA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERE O PEDIDO. RECURSO DO AUTOR. GUARDA DO ANIMAL À REQUERIDA OU ENVIO À ALGUMA “ONG” – ORGANIZAÇÃO NÃO GOVERNAMENTAL E DISPENSA DE SUSTENTO DO ANIMAL. ENTREGA DO ANIMAL À “ONG”. NÃO CONHECIMENTO. INOVAÇÃO RECURSAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. GUARDA PROVISÓRIA DO ANIMAL À REQUERIDA. POSSIBILIDADE. RECORRENTE QUE DEMONSTRA ATRAVÉS DE RECOMENDAÇÕES MÉDICAS QUE SUA ATUAL ESPOSA, GRÁVIDA DE GÊMEOS, POSSUI SUSCETIBILIDADE À TOXOPLASMOSE E QUE PRECISA EVITAR CONTATO COM ANIMAIS DOMÉSTICOS. NECESSIDADE, POR OUTRO LADO, DE GARANTIA DO DIREITO À VIDA, INTEGRIDADE FÍSICA, LIBERDADE E DIGNIDADE DO CÃO. MANUTENÇÃO, CONTUDO, DO ÔNUS ECONÔMICO DE SUSTENTO DO ANIMAL AO RECORRENTE, ATÉ JULGAMENTO DA LIDE EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO PARA DETERMINAR QUE A GUARDA E POSSE DO ANIMAL DE ESTIMAÇÃO “BRENDA” À AGRAVADA, MANTENDO-SE O ÔNUS PECUNIÁRIO DE CUIDADOS COM O ANIMAL AO RECORRENTE, ATÉ ULTERIOR JULGAMENTO DA AÇÃO EM PRIMEIRO GRAU.  
(TJPR - 11ª C.Cível - 0056937-48.2019.8.16.0000 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADORA LENICE BODSTEIN - J. 21.06.2020)

Em vista disso, dispõe Jesus e Silva (2021), que não se deve reduzir o direito das partes em pleitear a guarda e as visitas diante de um ordenamento jurídico desatualizado, tendo o magistrado que se embasar no melhor interesse do animal, preservando o bem-estar mútuo, tanto das pessoas quanto do animal de estimação.

#### 4.1 USO DA ANALOGIA COMO SOLUÇÃO PARA O CASO CONCRETO ANTE A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

A analogia jurídica, consoante o disposto por Ferreira (2020), é um método utilizado pelo magistrado para realizar a interpretação jurídica quando se verifica não haver previsão específica no ordenamento jurídico sobre determinada questão, aplicando alguma disposição prevista na legislação que apresente semelhança com o caso concreto em discussão.

O uso da analogia pelo magistrado, conforme está previsto na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) em seu artigo 4º que dispõe o seguinte: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso concreto segundo a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, sendo assim, constata-se que utilizar da analogia como instrumento para solução da demanda judicial é expressamente permitido pela legislação.

Nesse caso, ainda não há legislação específica para amparar os animais de estimação após o fim do casamento ou da união estável. Questões como cuidados essenciais e o direito de convivência com ambos os responsáveis pelo animal doméstico não encontram respaldo no ordenamento jurídico, fator que exige do magistrado a utilização de métodos de interpretação como, por exemplo, a analogia. (VALLE; BORGES, 2018)

Diante da falta de uma legislação específica que versa sobre os animais de estimação serem classificados como um novo gênero e, a partir disso, se tornar possível falar em guarda e direito de visitas, o magistrado, ao buscar uma solução para o caso concreto, deve recorrer a analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

Em face da inexistência de lei a regulamentar a guarda dos animais de estimação em caso de divórcio, a tarefa não é das mais fáceis, especialmente quando não há consenso entre as partes. Diante da celeuma, o magistrado deve buscar a melhor solução para cada caso concreto, socorrendo-se à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (SILVA, 2015, p. 5)

Diante disso, segundo Dias e Poletto (2017), podem ser aplicados os artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil, por meio da analogia, aos casos em que existe o conflito da guarda e do direito de visitas de animais de estimação. Sendo assim, o magistrado deverá observar qual pessoa tem mais afinidade, mais tempo para conviver com o animal doméstico e melhores condições financeiras para arcar com as despesas referente às necessidades do animal de estimação.

Constata-se, segundo Silva (2015), que mesmo o magistrado recorrendo à analogia em relação às normas que preveem a regulamentação da guarda e visitas dos filhos. Ainda assim, haverá uma grande lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, que gera insegurança jurídica e disso faz decorrer consequências negativas, não apenas para as partes envolvidas no conflito, mas também para toda a sociedade.

Diante dessas análises, verificando-se que há possibilidade de se falar em guarda e direito de visitas do animal doméstico, o magistrado, ao buscar uma solução para o conflito, terá como principal instrumento a analogia com as normas que trazem a regulamentação de guarda e visitas para filhos. Conforme entendimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná sobre a guarda do animal de estimação, disposto a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE GUARDA – ANIMAL DE ESTIMAÇÃO – AQUISIÇÃO DURANTE A CONSTÂNCIA DA RELAÇÃO HAVIDA ENTRE AS PARTES – TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA – PEDIDO DE CONVIVÊNCIA COM O ANIMAL – DECISÃO DE INDEFERIMENTO – INSURGÊNCIA RECURSAL – FAMÍLIA MULTIESPÉCIE – VÍNCULO AFETIVO ENTRE SERES HUMANOS E ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO – SERES SENCIENTES – APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS REGRAS RELATIVAS AO INSTITUTO DA GUARDA NO DIREITO CIVIL – ENUNCIADO Nº 11 DO IBDFAM – PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA TUTELA DE URGÊNCIA – VÍNCULO AFETIVO ENTRE ANIMAL E DEMANDANTE EVIDENCIADOS – RISCO DE DANO NA IDADE AVANÇADA DO ANIMAL, CONSIDERADO IDOSO POR LAUDO VETERINÁRIO – BAIXA EXPECTATIVA DE VIDA – AUSÊNCIA DE RISCO ÀS PARTES OU AO ANIMAL COM A CONCESSÃO DA MEDIDA – DECISÃO AGRAVADA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(TJPR - 12ª C.Cível - 0019495-77.2021.8.16.0000 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADORA ROSANA AMARA GIRARDI FACHIN - J. 02.08.2021)

Desse modo, o magistrado em suas decisões sobre quem fica com o animal de estimação, além de se embasar na legislação referente a guarda e visitas dos filhos, também deve basear-se nas jurisprudências, doutrinas e enunciados, como

se expõe no enunciado a seguir: “Enunciado 11 - Na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal.” (IBDFAM)

Pelo exposto, afirma Silva (2015), que o Poder Judiciário deve usar da analogia como um instrumento de solução do conflito judicial quando se pleiteia a guarda e as visitas do animal de estimação, visando beneficiar o animal doméstico e o seu responsável. Sendo assim, o magistrado deverá observar todos os aspectos necessários para que no final chegue-se a um resultado justo, garantindo para ambas as partes seu direito de conviver com o animal de estimação.

Contudo, de acordo com Chaves (2015), a analogia não se mostra suficiente, motivo pelo qual é imprescindível a criação de um estatuto jurídico próprio que pode basear-se em duas vertentes. A primeira são as normas que protegem os animais contra atos de crueldade e maus-tratos, já a segunda são as normas jurídicas que dispõem sobre as relações familiares, especialmente que dispõem sobre guarda e direito de visitas após a dissolução do vínculo conjugal.

Ressalta-se que a legislação deve sempre buscar, na medida do possível, garantir o bem-estar do animal de estimação. Com isso, não se deseja dar aos animais domésticos o mesmo estatuto dos filhos, mas sim proteger os animais de estimação do sofrimento quando houver a dissolução do vínculo conjugal. (DIAS; POLETTI, 2017)

## **CONCLUSÃO**

Conforme se retira das jurisprudências expostas ao longo do artigo, a partir da visão do animal doméstico como um ser senciente e que estes pertencem à classificação de um novo gênero pela relação de afetividade que possui com o homem, demonstra-se que é possível falar em guarda e direito de visitas aos animais de estimação, sendo essa a nomenclatura usada nos casos concretos pelos magistrados.

A pesquisa demonstrou que há a ausência de legislação específica para uma questão da atualidade, visto que os animais domésticos são considerados membros da família pelo sentimento de afeto que baseia a relação homem e animal. Assim, o Poder Judiciário tem conseguido trazer soluções para resolver os conflitos que envolvem a guarda e o direito de visitas dos animais de estimação através da analogia, mas ainda o ordenamento jurídico brasileiro não está acompanhando as mudanças legislativas de outros países que demonstram um avanço.

Observou-se que, apesar de haver uma lacuna no ordenamento jurídico sobre o referido tema, os tribunais têm, diariamente, enfrentado conflitos que envolvem a decisão de quem fica com o animal de estimação. E, por haver lacuna na legislação, os magistrados recorrem à analogia, especialmente com o Código Civil em seus artigos 1.583 a 1.590 que preveem sobre guarda unilateral ou compartilhada e o direito de visitas dos filhos. Destaca-se que os magistrados utilizam da analogia com o intuito de garantir proteção aos animais de estimação.

Entretanto, entende-se que a solução da analogia atualmente usada deve constituir-se fato provisório, pois o reconhecimento dos animais domésticos como seres sencientes, traz a visão de que a aplicação da analogia constitui um primeiro passo, uma atualização jurisprudencial sobre o assunto, mas que ainda não é o suficiente.

Conclui-se que a incerteza jurídica e a lacuna legislativa somente serão solucionadas quando houver a aprovação dos Projetos de Lei que estão em

processo de tramitação. Quando o legislador atualizar o ordenamento jurídico diante da realidade atual da sociedade e sua relação com os animais domésticos, reconhecendo a afetividade e trazendo os animais de estimação como seres sencientes e reclassificando-os como um novo gênero para a partir disso determinar a expressão guarda e direito de visitas aos animais domésticos após a dissolução do vínculo conjugal.

### REFERÊNCIAS

ANTUNES, Pedro Henrique Torquato Viana. *Animais, afeto e direito: reflexões sobre a posição jurídica ocupada pelos pets na dissolução de sociedades conjugais*. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021.

ALEMANHA. *German Civil Code*, 1896. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf>> Acesso em: 23 de mai. 2022.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; DIAS, Maria Ravelly Martins Soares. A guarda responsável dos animais de estimação na família multiespécie. *Revista Brasileira de Direito Animal*, e-issn: 2317-4552, Salvador, volume 14, número 02, p. 64-79, Mai-Ago 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/>> Acesso em: 10 de ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 13 de abr. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 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: 20 de mai. 2022.

BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. *Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de fev 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)> Acesso em: 20 de mai. 2022.

BRASIL, Decreto – Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)> Acesso em 20 de mai. 2022.

BRASIL, Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934. *Estabelece medidas de proteção aos animais*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d24645.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24645.htm)> Acesso em: 20 de mai. 2022.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 351, de 2015*. Acrescenta



parágrafo único ao art.82, e inciso IV ao art. 83 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para que determinar que os animais não serão considerados coisas. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121697>> Acesso em: 13 de mar. 2022.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 542, de 2018*. Dispõe sobre a custódia compartilhada dos animais de estimação nos casos de dissolução do casamento ou da união estável. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135006>> Acesso em: 13 de mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018*.

Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>> Acesso em: 13 de mar. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara nº 4375, de 2021*. Prevê a guarda compartilhada de animais de estimação e dá outras providências.

Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2311683>> Acesso em: 26 de mai. 2022.

CHALFUN, Mery. A questão animal sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal e os “aspectos normativos da natureza jurídica”. *Revista de Biodireito e Direito dos Animais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 56 – 77, Jul/Dez. 2016. Disponível em:

<<https://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/1362/pdf>> Acesso em: 26 de mai. 2022.

CHAVES, Marianna. *Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie?*.

2015. Disponível em:

<<https://ibdfam.org.br/artigos/1052/Disputa+de+guarda+de+animais+de+companhia+em+sede.>> Acesso em: 20 de mai. 2022.

DIAS, Brunna Heloysa Rocha; POLETTO, Lizandro. Guarda compartilhada de animais na dissolução da sociedade conjugal. *Revista Acadêmica do Instituto de Ciências Jurídicas*, v. 4, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em:

<<http://www.revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICJ/article/viewFile/448/359>> Acesso em: 17 de mar. 2022.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. *A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

FERREIRA, Adriano Fernandes. A analogia jurídica na aplicação da regulamentação de visitas aos animais de estimação após o divórcio ou a dissolução de união estável. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC*.

Londrina, v. 5, n. 2, e002, ago/dez, 2020. Disponível em:  
<<https://revistadoidcc.com.br/index.php/revista/article/view/79/78>> Acesso em: 20 de mai. 2022.

HERNANDES, Viviane Galvão; GUIMARÃES, Valeska Vendramin. A guarda compartilhada de animais de estimação em casos de dissolução matrimonial litigiosa. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v. 22, n. 44, Jul-Dez 2020. Disponível em:  
<[https://www.unigran.br/dourados/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/44/downloads/revista\\_completa.pdf](https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/44/downloads/revista_completa.pdf)> Acesso em: 15 de mai. 2022.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa nacional de saúde 2019: informações sobre domicílios, acesso e utilização dos serviços de saúde: Brasil, grandes regiões e unidades da federação*. Coordenação de Trabalho e Rendimento, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em:  
<<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101748.pdf>> Acesso em: 01 de dez. de 2022.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Enunciados do IBDFAM*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>> Acesso em: 15 de mar. de 2022.

JESUS, Rebeca Sousa; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Família multiespécie: guarda compartilhada do animal de estimação na ruptura do vínculo conjugal*. IBDFAM, 2021. Disponível em:  
<<https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1627/Fam%C3%ADlia%20multiesp%C3%A9cie:%20guarda%20compartilhada%20do%20animal%20de%20estima%C3%A7%C3%A3o%20na%20ruptura%20do%20v%C3%ADnculo%20conjugal>> Acesso em: 15 de abr. de 2022.

MARCHETTO, Patrícia Borba; KALLAS, Matheus Rodrigues. *Conceitos modernos de afeto: guarda compartilhada de animais de estimação*. Interfaces Científicas, Aracaju, v.9, n.2, p. 26 – 40, 2021. Disponível em:  
<<https://periodicos.set.edu.br/humanas/article/view/9747/4476>> Acesso em: 20 de abr. 2022.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; HESS, Giovana Albo. Proteção jurídica aos animais no Brasil: reflexões entre o Decreto nº 24.645/34 e o Projeto de Lei do Senado Federal nº 351/15. *Revista de Biodireito e Direitos dos Animais*. Brasília, v. 2, n. 1, p. 20 – 35, Jan/jun. 2016. Disponível em:  
<<https://www.indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/267/pdf>> Acesso em: 22 de mai. 2022.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. *Agravo de instrumento. Ação de guarda animal de estimação*. Rel.: Rosana Amara Girardi Fachin. 12ª Câmara Cível da Comarca de Curitiba. Julgamento: 02.08.2021. Disponível em:  
<<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000017236021/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0019495-77.2021.8.16.0000#>> Acesso em: 23 de mai. 2022.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. *Agravo de instrumento em ação revisional de guarda. síntese fática. Propositura da ação para revisão da guarda de animal de estimação do ex-casal*. Rel.: Lenice Bodstein. 11ª Câmara Cível da Comarca de Curitiba. Julgamento: 21/06/2020. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000011622531/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0056937-48.2019.8.16.0000#>> Acesso em: 23 de mai. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SANTOS, Gleyce Kelly Mello dos; GENÚ, Juliane Mendes. *A tutela dos animais domésticos após o fim da sociedade conjugal*. Academia Brasileira de Direito Civil. Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, 2019. Disponível em: <<https://abdc.emnuvens.com.br/abdc/article/view/31/33>> Acesso em: 23 de mai. 2022.

SILVA, Camilo Henrique. Animais, divórcio e consequências jurídicas. *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*, Florianópolis, v.12, n.1, p.102-116, Jan-Jun 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/18071384.2015v12n1p102/29617>> Acesso em: 5 de mai. 2022.

SIMÃO, José Fernando. *Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do direito civil*. São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://professorsimao.com.br/direito-dos-animais-natureza-juridica-a-visao-do-direito-civil/>> Acesso em: 09 de ago. 2022.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. *STJ garante direito de ex-companheiro visitar animal de estimação após dissolução da união estável*, 19/06/2018. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-06-19\\_20-21\\_STJ-garante-direito-de-excompanheiro-visitar-animal-de-estimacao-a-pos-dissolucao-da-uniao-estavel.aspx](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-06-19_20-21_STJ-garante-direito-de-excompanheiro-visitar-animal-de-estimacao-a-pos-dissolucao-da-uniao-estavel.aspx)> Acesso em: 10 de mai. 2022.

VALLE, Ana Carolina Neves Amaral do; BORGES, Izabela Ferreira. *A guarda dos animais de estimação no divórcio*. Academia Brasileira de Direito Civil, V. 3, n. 2, 2018. Disponível em: <<https://abdc.emnuvens.com.br/abdc/article/view/22/18>> Acesso em: 15 de abr. 2022.

## A HERANÇA DIGITAL NO CONFLITO ENTRE O DIREITO DA SUCESSÃO E O DIREITO A PRIVACIDADE

### DIGITAL INHERITANCE IN THE CONFLICT BETWEEN THE RIGHT OF SUCCESSION AND THE RIGHT TO PRIVACY

Ayla Cristina Lima Vieira<sup>21</sup>

**RESUMO:** A transmissão patrimonial familiar pode ser considerada um procedimento milenar na lógica sucessória. Fruto da necessidade e desenvolvimento tecnológico, a herança digital, embora ainda incipiente, tornou-se importante fonte do estudo no direito sucessório. A temática da herança digital tem tomado grandes proporções diante do novo mundo moderno movido pela tecnologia, sobretudo com o advento das redes sociais. Neste estudo tem-se como pretensão, através de pesquisas e metodologia dedutiva, a demonstração da necessidade de uma melhor maneira de se proteger os bens digitais de uma pessoa falecida. Posto que o mundo globalizado só tenha a se digitalizar cada vez mais, é necessária atenção para esta temática, mesmo porque não há legislação específica sobre tal, o que acaba deixando lacunas em nosso ordenamento jurídico brasileiro. O que visa demonstrar esse artigo é a imprescindibilidade da transmissão da herança digital após a morte. É fato essencial para que o futuro herdeiro possa preservar a imagem do falecido e atingir seu público anteriormente estabelecido. Um estudo bibliográfico e qualitativo que visa reconhecer ao instituto a possibilidade de se preservar os bens digitais do falecido, respeitando-se, assim, o Princípio da Segurança Jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito à privacidade; direito sucessório; herança digital; planejamento sucessório.

**ABSTRACT:** The transmission of family assets can be considered an ancient procedure in the logic of succession. As a result of technological need and development, the digital heritage, although still in its infancy, has become an important source of study in inheritance law. The theme of digital heritage has taken great proportions in the face of the new modern world driven by technology, especially with the advent of social networks. This study intends, through research and deductive methodology, to demonstrate the need for a better way to protect the digital assets of a deceased person. Since the globalized world only has to digitize more and more, attention to this issue is necessary, even because there is no specific legislation on this, which ends up leaving gaps in our Brazilian legal system. What this article aims to demonstrate is the indispensability of transmitting digital inheritance after death. It is essential for the future heir to preserve the deceased's image and reach his previously established audience. A bibliographical and qualitative study that aims to recognize the possibility of preserving the deceased's digital assets, thus respecting the Principle of Legal Security.

**KEYWORDS:** right to privacy; inheritance law; digital heritage; succession planning.

---

<sup>21</sup> Acadêmica do curso de Direito.

## INTRODUÇÃO

A herança digital, embora seja tema de extrema importância no mundo globalizado, têm trazido dúvidas acerca de lacunas deixadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. O estudo desse instituto trata-se de uma busca por métodos capazes de ajustar o Direito Civil às novas realidades e propostas do Direito Sucessório, trazendo conseqüentemente resultados que possibilitem a plena garantia do direito à herança digital do falecido.

Nas palavras de Flávio Tartuce (2021), o tema pode ser tratado como testamento afetivo ou digital, com a atribuição dos bens acumulados em vida no âmbito virtual, como páginas, contatos, postagens, manifestações, likes, seguidores, perfis pessoais, senhas, músicas, entre outros elementos imateriais adquiridos em ambiente digital.

A grande questão que deve ser trabalhada diz respeito ao fato da possibilidade dos dados digitais do falecido compor a sua herança. Questiona-se ainda se a herança segue a vocação hereditária, enquanto material totalmente digital.

Portanto, em concordância com as falas de Tartuce, pode-se perceber que bens imateriais também fazem parte da herança. Sendo assim, claro é o fato de que pode ingressar a herança do falecido contas de internet, senhas, redes sociais e tudo que se atrela ao mundo virtual.

O assunto pode ser considerado de interesse mundial, sendo seu estudo de extrema relevância e importância para a temática sucessória e de partilha de bens. Trata-se de um prolongamento da vida do *de cuius* virtualmente, o que trabalha questões que extrapolam aquilo que é tangível.

Isso significa dizer que pode integrar a herança bens que tenham ou não valor patrimonial, bem como itens de valor simbólico, ou seja, bens incorpóreos.

Conforme trata Eduardo De Oliveira Leite (2004, p.5), “[...] o direito impõe, através de uma ficção jurídica, a transmissão da herança, garantindo a continuidade na titularidade das relações jurídicas do defunto.”

Com isso, o presente artigo jurídico visa, através de pesquisas, posicionamentos, métodos dedutivos e indutivos apresentarem a importância de um testamento que proteja em vida e partilhe na morte, resguardando todo e qualquer projeto pessoal e autoral no meio digital, a fim de que seus bens digitais sejam respeitados mesmo após a morte. Uma pesquisa bibliográfica e qualitativa capaz de transmitir a complexidade da herança digital e partilha de bens incorpóreos no mundo globalizado e digital que a contemporaneidade se insere.

## 2 A HERANÇA E SEU VALOR PATRIMONIAL

A herança pode ser trabalhada e conceituada de diversas maneiras. Trata-se do acervo patrimonial, com conjunto de bens, direitos e obrigações deixadas por um indivíduo após a sua morte. Pode esta trazer tanto bens corpóreos, como imóveis, peças de valor, jóias, utensílios, bens diversos, quanto também bens incorpóreos, como materiais digitais, acessos, senhas, postagens e compartilhamentos.

Conforme expõe Tânia Nigri (2021), o direito à herança se faz garantido na Constituição Federal de 1988 sempre que um indivíduo falecido tenha deixado bens ou direitos. Uma garantia constitucional que permite ao *de cuius* a transmissão de seu acervo aos seus descendentes ou ascendentes.

Para Pablo Stolze e Rodrigo Pamplona (2021, p. 18), “Na concepção clássica, o patrimônio é a representação econômica da pessoa, vinculando-o à personalidade do indivíduo, em uma concepção abstrata que se conserva durante toda a vida da pessoa, independentemente da substituição, aumento ou decréscimo de bens.”

Ainda expõem Pablo Stolze e Rodrigo Pamplona (2021, p. 18) que:

Vale salientar que a noção de patrimônio não se confunde com o mero conjunto de bens corpóreos, mas sim com toda a gama de relações jurídicas (direitos e obrigações de crédito e débito) valoráveis economicamente de uma pessoa, natural ou jurídica. O conceito é de vital importância, por exemplo, para o Direito Penal, sendo todo o Título II (arts. 155 a 183) da Parte Geral do Código Penal brasileiro dedicado aos “crimes contra o patrimônio”.

Tem-se assim que a morte do titular de um direito traz a abertura da referida sucessão de bens, onde os bens do falecido, dotados de valor patrimonial, passam a ser designados como herança, submetendo-se às regras sucessórias que lhe são cabíveis. Sendo assim, pouco importa se o patrimônio deixado pelo *de cujus* inclui carros, luxuosos imóveis, investimentos ou um simples casebre e uma carroça. Refere-se que todos os bens, independentemente de seu valor ou condições, serão designados como acervo componente da herança.

Segundo Luiz Paulo de Carvalho (2019, p. 21), “[...] estuda-se o objeto material do direito sucessório, isto é, qual o patrimônio transmitido ou transferido pela morte real ou presumida do autor da herança aos seus sucessores, onde se pesquisa a existência de bens e direitos suscetíveis de partilha ou adjudicação em favor destes.”

Desde os tempos mais remotos, o fato de deixar bens para familiares traz a possibilidade na continuação do culto familiar e reconhecimento da propriedade privada. Na sociedade romana, por exemplo, o patriarca deixava seus bens a seus herdeiros para que estes dessem continuidade ao culto familiar e o defunto não sofresse pelo fim da religião familiar. Os romanos sem herdeiros tinham o hábito de adotar terceiros para que houvesse a transmissão da herança e a continuidade do culto familiar.

Para Cinthia Giacomelli (2021) a morte repercute no mundo jurídico através de uma vastidade de efeitos. Trata-se do término da existência da pessoa natural, com o fim de sua personalidade jurídica, onde, igualmente e como decorrência natural, algumas das obrigações contratuais do morto se extinguem.

Assim, tendo a herança como o patrimônio transmitido aos herdeiros e aduzindo ideia exposta no Código Civil de 2002 que preconiza o patrimônio com um complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico de uma determinada pessoa.

A crescente relevância de bens digitais nas relações jurídicas possibilitou a estes a inserção dos mesmos como parcelas legítimas reservadas aos herdeiros necessários. Percebe-se assim que arquivos digitais ganham maior importância nas relações sucessórias, trazendo assim o título de “herança digital”.

## 2.1 HERANÇA DIGITAL

A sociedade brasileira, inserida em um mundo globalizado, caminha a passos largos para uma globalização cada vez maior, trazendo assim novas formas de interação e partilha entre indivíduos de uma mesma espécie. O desenvolvimento virtual expande-se de forma célere, contribuindo para o engajamento das novas

tecnologias nos diversos setores e áreas do conhecimento humano. Surge-se assim inúmeros mecanismos que anteriormente não eram conhecidos pelos homens do século passado.

Considerando condições de envelhecimento próximo da sociedade conectada, surgem-se questionamentos necessários de conteúdo e aspectos que sejam urgentemente debatidos no âmbito jurídico. A necessidade de destinação das informações do *de cuius* armazenadas em ambiente virtual, ou seja, sua “herança digital”, deve ter plano sucessório adequado.

Segundo Tânia Nigri (2021, p. 28), “A herança digital é o acervo eletrônico que uma pessoa deixa ao morrer e que poderá, em tese, ser transmitido aos seus herdeiros, sendo composto por fotografias digitais, arquivos na “nuvem”, vídeos, acesso às redes sociais, senhas em geral, e-mails etc.” Trata-se assim da disciplina do patrimônio digital do falecido a seus sucessores.

No que compete à destinação do acervo digital de pessoas falecidas, trabalha-se que a melhor escolha deve partir de seu respectivo proprietário, o qual, ainda em vida, deveria registrar o seu desejo e fins sucessórios por meio de testamento. Uma manifestação deste junto a serviços por ele utilizados ou através de contrato firmado com instituição gerenciadora de bens digitais exclusiva para esse fim, visando assim evitar disputas judiciais desnecessárias.

Sobre a temática, expõe Flávio Tartuce (2021, p. 49) que:

Nos termos do proposto art. 1.797-B, se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos. Por fim, está sendo sugerido que “cabe ao herdeiro: I – definir o destino das contas do falecido; a) transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou; b) apagar todos os dados do usuário ou; c) remover a conta do antigo usuário” (proposta do art. 1.797-C).

Aduz ainda Flávio Tartuce (2021, p. 47) que “as novas tecnologias, especialmente as incrementadas pelas redes sociais e pelas interações digitais, trouxeram grandes repercussões para o Direito, especialmente para o Direito Privado. Como não poderia ser diferente, o Direito das Sucessões não escapa dessa influência.” O tema é tratado por civilistas contemporâneos, especialmente no âmbito da sucessão testamentária e das manifestações de última vontade.

Na hipótese da inexistência de manifestação do *de cuius* quanto ao destino dos bens digitais acumulados em vida, no caso em que estes bens não compreendam em testamento, há doutrinadores que defendam a transmissão hereditária imediata desse, equiparando-se à atual sucessão patrimonial prevista pelo art. 1.788 do Código Civil de 2002, em uma busca pela interpretação extensiva da legislação civilista.

## 2.2 A MATÉRIA NO ÂMBITO LEGISLATIVO

Embora precoce e pouco trabalhado no Brasil, o instituto da Herança Digital possui projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional que visa a inclusão no Código Civil de dispositivo que permita e sustente a sucessão de bens digitais. Preconiza-se assim uma análise de alguns empecilhos sucessórios fruto da era tecnológica.

O Projeto de Lei nº 4.099 de 20 de junho de 2012 trata-se de autoria do político Jorginho Mello e visou alteração na redação do art. 1.788 do Código Civil Brasileiro através da inserção de um parágrafo único. Nas palavras de Flávio Tartuce

(2021, p. 49):

Com o devido respeito, pensamos que os projetos colocam em debate uma questão fundamental, qual seja a titularidade do material que é construído em vida pela pessoa na internet, bem como a tutela da privacidade, da imagem e de outros direitos da personalidade do morto. Em parecer muito bem estruturado oferecido perante o Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), o Professor Pablo Malheiros Cunha Frota manifestou-se em sentido contrário às projeções, com razão, substancialmente pelo fato de estarmos tratando de direitos essenciais e personalíssimos do de cujus, que, nesse caso, não podem ser transmitidos aos herdeiros de forma automática, mas devem ser imediatamente extintos com o falecimento.

Os projetos, por certo debatem questões fundamentais ao Estado Democrático de Direito, visto que colocam à tona materiais construídos ao longo da vida do ser humano e que não merecem serem destruídos com o advento da morte. Ao resguardar a herança digital, está se resguardando também direitos fundamentais, tais como direito à liberdade e direito à privacidade, direitos esses personalíssimos.

### **3 DIREITO DIGITAL E SUA INFLUÊNCIA**

Pode se compreender que o funcionamento da era digital dedica-se ao bom funcionamento da informática. Esta que pode se suceder do desenvolvimento de máquinas novas, assim como a criação de métodos de trabalho inovadores eficazes que assim permitem um melhor tratamento de dados e informações ali armazenadas. Com o advento do Direito Digital, o trato seguro e estruturado de conteúdos privados de indivíduos é capaz de resguardar garantias fundamentais.

Nas palavras de Patrícia Pinheiro (2021), se faz necessário compreender que a “ressaca tecnológica” conduz uma relação de dependência, atingindo pessoas, empresas, governos e instituições. Com adventos tecnológicos céleres e proveitosos, as relações comerciais migram para a Internet. Assim, a possibilidade de visibilidade do mundo globalizado traz também riscos inerentes à acessibilidade, tais como segurança da informação, concorrência desleal, plágio, sabotagem por hacker, entre outros.

Para que dados e informações se ajustem ao Direito Digital, deve-se levar em conta o fator “tempo”, elemento de fundamental importância para um ambiente em que transformações tecnológicas cada vez mais aceleradas ditam, de modo intenso, as transformações no próprio funcionamento da sociedade, determinando a importância de práticas jurídicas no Direito Digital. Para Patrícia Pinheiro (2021, p. 26), tem-se como conceito que:

O Direito Digital consiste na evolução do próprio Direito, abrangendo todos os princípios fundamentais e institutos que estão vigentes e são aplicados até hoje, assim como introduzindo novos institutos e elementos para o pensamento jurídico, em todas as suas áreas (Direito Civil, Direito Autoral, Direito Comercial, Direito Contratual, Direito Econômico, Direito Financeiro, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Internacional etc.).

Relacionando o Direito Digital com a temática da Herança Digital, se faz válido lembrar que herança significa a universalidade de bens e direitos deixados por quem faleceu aos seus herdeiros, onde a mesma é disciplinada pelo direito das sucessões, elencado no art. 1.784 e seguintes do Código Civil de 2002. Os bens



objetos da herança são transferidos por ato de livre disposição realizada em vida pelo *de cuius* através do testamento ou em razão do direito de sucessão pelos seus herdeiros, como descendentes, ascendentes ou cônjuge sobrevivente.

Trata-se de ponto de discussão o fato de bens digitais poderem ser objeto de transferência por testamento ou inventário. O tema trata-se de considerar ou não arquivos, dados e informações do meio digital em modalidades de planejamento sucessório.

Aduz Tarcísio Teixeira (2020, p. 37) que, “[...] se os bens digitais consistirem em registros e arquivos eletrônicos de segredos empresariais/industriais, informações de patentes de invenção, vídeos, livros, músicas, fotos etc. estes podem ser objeto de transferência por ato *inter vivos* ou *causa mortis*.” Desta maneira, embora não havendo previsão expressa em lei sobre a herança de bens digitais, refere-se ainda que, quando estes bens possuem cunho patrimonial, nossa legislação é relativamente suficiente para tutelar o assunto, permitindo assim a transferência para os herdeiros.

Conforme expõe Patrícia Pinheiro (2021), mais que abarcar inéditas tratativas jurídicas, o direito digital exige um papel jurídico estratégico, com ações de prevenção para continuar e garantir segurança jurídica nas relações, sendo o direito resultado de um comportamento e linguagem de tentativa de alcance a um futuro sucessório ainda desconhecido.

A globalização da economia e da sociedade exige também a globalização do pensamento jurídico, de modo a encontrar mecanismos de aplicação de normas que possam extrapolar os princípios da territorialidade. Essa tendência de globalização do próprio Direito não é nova. Sendo assim, a globalização e necessidade do pensamento jurídico trazem a necessidade de adequação do planejamento sucessório ao campo digital e tecnológico.

Diante principalmente dos atrasos e omissões legislativas em regular a sucessão de bens digitais, o planejamento sucessório se sujeita a uma instabilidade jurídica mediante o significativo desenvolvimento, visto que as tecnologias oferecem e exigem um amparo legislativo. Assim, toda a carga de informação, dados e arquivos armazenados em meios digitais podem compor como parte da herança digital de um indivíduo.

#### **4 SOB A ÓTICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Os direitos da personalidade podem ser considerados as mais importantes garantias quando se deseja tratar da proteção do indivíduo. Tratam-se de direitos irrenunciáveis e intransmissíveis nos quais todo indivíduo tem de controlar o uso de seu nome, imagem, vida, intimidades ou quaisquer outros aspectos constitutivos de sua identidade. Nas palavras de Carlos Alberto Bittar (2015, p. 65):

Nos direitos da personalidade, a pessoa é, a um só tempo, sujeito e objeto de direitos, remanescendo a coletividade, em sua generalidade, como sujeito passivo; daí dizer-se que esses direitos são oponíveis erga omnes (e, portanto, devem ser respeitados por todos os integrantes da coletividade). Trata-se, pois, de relação de exclusão, que impõe a todos a observância e o respeito a cada pessoa, em seus componentes citados, sob pena de sancionamento pelo ordenamento jurídico.

Os direitos da personalidade, embora quase sempre relacionados ao ramo do Direito Civil, estão intimamente ligados também às disposições constitucionais. Segundo Adriana Dabus (2019, p. 28), “Como esses dois sistemas legislativos

estabelecem uma proteção ampla à personalidade, diz-se que há ali um direito geral da personalidade, ou seja, o direito da pessoa humana a ser respeitada e protegida em todas as suas manifestações imediatas dignas de tutela jurídica.” Essa cláusula assim permitiria a proteção de aspectos constitutivos e personalíssimos.

Os direitos da personalidade são inatos, inerentes à pessoa humana. Sendo absolutos, afirmam o direito de ser respeitado pelos demais indivíduos e possuem sua eficácia *erga omnes*. São extrapatrimoniais, visto que não é possível determinar valor econômico a eles. Também são irrenunciáveis e indisponíveis, sendo tal indisponibilidade relativa, uma vez que alguns direitos podem ser disponíveis a critério de seu possuidor como: direitos autorais, à imagem, entre outros.

De acordo com Carlos Alberto Bittar (2015), os direitos de personalidade são classificados em morais quando relacionados com os valores da pessoa frente a sociedade, são ele a honra, o respeito, a imagem, a vida privada e outros e; psíquicos quando relacionados com a integridade psíquica, assim como são a intimidade, o segredo e as liberdades em todas as suas expressões (de pensamento, de locomoção, de expressão, além de outros) e; físicos quando referentes à integridade corporal, assim como é o corpo humano e suas partes, o cadáver, a voz, e outros.

O jurista Orlando Gomes (1999) divide os direitos de personalidade em dois grupos: a) direitos à integridade moral que abarcam os direitos à liberdade, à honra, ao recato, à imagem, ao nome e; b) direitos à integridade física que se subdividem em dois grupos: o direito à vida e o direito sobre o próprio corpo, tais direitos passaram a ter relevância devido aos avanços da ciência e os novos costumes da sociedade.

Limongi França (1980) organiza a classificação dos direitos de personalidade, como respeito a integridade moral, a integridade intelectual e a integridade física.

A partir da morte, põe-se fim à personalidade jurídica do indivíduo, retirando do falecido seu caráter e aptidão para permanecer como um sujeito dotado de direitos e obrigações, mas ainda sim sendo titular de direitos de personalidade. Em contrapartida, nada deslegítima que seus herdeiros pleiteiem por suas garantias.

Para Caio Pereira (2017, p. 181) “A personalidade, como atributo da pessoa humana, está a ela indissolúvelmente ligada. Sua duração é a da vida. Desde que vive e enquanto vive, o homem é dotado de personalidade.”

Complementa Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 150) que “Somente com a morte real termina a existência da pessoa natural, que pode ser também simultânea (comoriência). Doutrinariamente, pode-se falar em: morte real, morte simultânea ou comoriência, morte civil e morte presumida.”

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2021), a Carta de 1988, ao tratar dos direitos fundamentais nos quais se coloca a proteção à personalidade, em três oportunidades menciona a tutela ao direito à própria imagem, estando elencadas em seu art. 5º, incisos V, X e XXVIII. O dispositivo assim garante proteção a ofensas de índole moral, referindo-se também à inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

A capitulação do art. 20 do Código Civil de 2002 é tocante aos direitos da personalidade. O mesmo trabalha o direito e proteção à integridade do corpo da pessoa, a seu nome, imagem e à inviolabilidade da vida privada da pessoa natural. O artigo faculta ao interessado pleitear a proibição da divulgação de escritos, a transmissão da palavra, a publicação, exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa, sem prejuízo de indenização que couber, sendo atingida a honra, sua reputação ou violada sua respeitabilidade.

O direito à integridade moral diz respeito à proteção que se confere à pessoa no que se refere à sua liberdade, vida privada, intimidade, honra, imagem e recato, que estão associados com os valores subjetivos de cada pessoa.

Antecedente à era digital, com a morte do indivíduo, fazia-se aberta o processo de sucessão para partilha de bens e, havendo, o cumprimento do testamento. Com o advento dos meios tecnológicos a situação tornou-se complexa, uma vez que os bens deixados pelo *de cuius* também englobam bens virtuais, de difícil mensuração. Os atos praticados na ceara digital em vida e seus efeitos estendem-se mesmo após a morte.

## **5 DIREITO SUCESSÓRIO E MECANISMOS CONTEMPORÂNEOS**

O brasileiro, em sua grande maioria, pode ser considerado não muito afeito ao termo “planejamento”, movido pelo popular e irresponsável “jeitinho” de deixar assuntos importantes para último plano. A morte deve ser pensada e planejada pelo indivíduo ainda em vida, enquanto este possui personalidade para agir seguindo sua real vontade. Conforme aduz Giselda Hironaka (2016, p. 263):

O brasileiro não gosta, em princípio, de falar a respeito da morte, e sua circunstância é ainda bastante mistificada e resguardada, como se isso servisse para “afastar maus fluidos e más agruras...”. Assim, por exemplo, não se encontra arraigado em nossos costumes o hábito de adquirir, por antecipação, o lugar destinado ao nosso túmulo ou sepultura, bem como não temos, de modo mais amplamente difundido, o hábito de contratar seguro de vida, assim como, ainda não praticamos, em escala significativa, a doação de órgãos para serem utilizados após a morte. Parece que essas atitudes, no dito popular, “atraem o azar”.

Embora com um singelo aumento na última década nas produções de testamento, muitas vezes motivado por um incremento de uma consciência patrimonial difundida, o brasileiro ainda possui um longo aprendizado para desmonte dessa tradição de negligenciar a necessidade do planejamento sucessório. Superar esses antigos costumes negativos se faz necessário. O fato de não planejar o futuro e deixar para herdeiros a divisão de bens e as muitas vezes intermináveis disputas sucessórias.

Não se pode negar, contudo, a persistência de paredes burocráticas em relação aos atos de última vontade, que deveriam ser facilitados, como a possibilidade de realização de manifestações de vontade pela via digital.

O planejamento permite a organização familiar dela própria além da organização das relações que integram à família, a empresa e a estruturação com a especificidade empresarial necessária. Segundo Daniele Teixeira (2019, p. 414):

Outra característica marcante do planejamento sucessório diz respeito à minimização dos conflitos e redução de disputas famílias que possam surgir em decorrência de casamentos, divórcios, conflitos familiares, dentre outros. O plano antecipado leva ao esclarecimento sobre as expectativas e relação de confiança que devem facilitar o dia a dia empresarial e familiar.

É mister aduzir que a sociedade contemporânea não nos proporciona mais notar o direito sucessório como em tempos remotos do Código Civil de 1916, totalmente distanciado da realidade econômica e social brasileira, além das mudanças e alterações insipientes que assentam novos traços estruturais na sociedade.

Fruto do desenvolvimento social e tecnológico, surgem assim novos mecanismos contemporâneos para a efetivação do planejamento sucessório, como a holding familiar.

### 5.1 HOLDING FAMILIAR

A Holding pode ser considerada um interessante instrumento para satisfação do planejamento sucessório. A mesma possibilita um planejamento contábil, tributário e amplo na vida do interessado, contemplando ainda atributos sucessórios.

Na Holding todo o patrimônio passa a integrar uma pessoa jurídica. Pessoa jurídica esta que não suspenderá as atividades diante do falecimento de um patriarca, contemplando-se assim com eficaz e segura na perpetuidade do patrimônio familiar. Segundo Fábio Silva e Alexandre Rossi (2017, p. 81):

O planejamento sucessório é um dos pilares que envolvem a constituição de uma holding familiar por possibilitar a organização prévia e cuidadosa da transferência do patrimônio aos herdeiros e, especialmente, proporcionar uma sucessão eficaz na condução dos negócios de eventual empresa que integre o conjunto de bens, reservando aos patriarcas a responsabilidade de determinar em vida o destino de seu patrimônio.

Percebe-se que na constituição da holding se permite a abordagem e reflexão no processo de perda daquele que administra os patrimônios e negócios da entidade familiar, trazendo para um ambiente mais confortável e de maneira adiantada, não sendo necessário sua discussão e estudo em momentos de perda e de dor. A Holding possibilita um cenário confortável e de discussão consciente, com estudo e identificação sucessória daqueles com maior aptidão de seguimento na administração do patrimônio.

Segundo Gladston Mamede (2020, p. 99), “[...] a combinação do Direito Sucessório com o Direito Societário pode, sim, oferecer uma alternativa mais profícua para o planejamento futuro da família e da corporação empresarial.” Em parte, substitui as declarações testamentárias, podendo aduzir especificamente os sucessores da empresa, sem atritos ou litígios judiciais.

Trata-se de uma empresa que administra outra empresa tendo por finalidade gerenciá-la, centralizando decisões e a administração empresarial e, nesse sentido importante asseverar que as holdings podem constituir-se de todos os modos em que as sociedades empresarias admitem ser configuradas, seja de responsabilidade ilimitada, EIRELI - Empresa Individual de Responsabilidade Limitada ou Sociedade Anônima (S/A). Para Gladston Mamede (2020, p. 70):

É preciso se atentar para o fato de que a constituição de uma holding familiar implica uma transmutação da natureza jurídica das relações mantidas entre os familiares. Relações que estavam submetidas ao Direito de Família passam a estar submetidas ao Direito Societário, no qual há instrumentos mais eficazes para a regência do comportamento dos indivíduos, a exemplo da necessidade de se respeitar a *affectio societatis*, ou seja, a obrigação de atuar a bem da sociedade, de seu sucesso, convivendo em harmonia com os demais sócios. Mais do que isso, o contrato social (sociedade por quotas) ou o estatuto social (sociedades por ações) viabiliza a instituição de regras específicas para reger essa convivência, dando ao instituidor, nos limites licenciados pela lei e pelos princípios jurídicos, uma faculdade de definir as balizas que orientarão a convivência dos parentes em sua qualidade de sócios quotistas ou acionistas da holding.

Nesta proposta possibilitada pela estrutura societária que o patrimônio pode ser transferido para a holding como forma de antecipação da sucessão, em que o controlador poderá doar suas quotas aos seus herdeiros, com gravação, inclusive, de cláusulas como as de usufruto e restritivas de direito, cláusulas estas que serão objeto de reflexão a ser desenvolvida em outro trabalho.

## CONCLUSÃO

Diante de tudo que até aqui foi exposto, é notória a importância e necessidade do planejamento sucessório na vida de qualquer brasileiro. O feito de sua vontade, o resguardo de sua intimidade e privacidade, além do acompanhamento digital, são requisitos necessários para uma “passagem” e transmissão familiar tranquila.

O avanço tecnológico se faz constante, sendo o Direito Digital uma realidade. O meio evolui de tal modo que a herança virtual está sendo um desafio ao Poder Judiciário. Os estudos atuais sobre tal entendimento são ainda primitivos e o campo da matéria possui grande potencial para desenvolvimento.

A herança virtual ganha espaço e faz valer como parte dos bens a ser repartido na herança, tendo como meio hábil de repartição de bens no testamento. O testamento é a melhor forma de assegurar a vontade do falecido, pois resguarda-o pelo princípio da autonomia da vontade.

Visou este trabalho compreender e reafirmar a necessidade de proteger garantias do *de cuius* no que contempla a esfera dos direitos sucessórios. A herança digital e sua garantia deve ser uma preocupação da legislação civilista. A regulação do tema se faz necessária e imediata na solução de litígios sucessórios.

A privacidade do falecido deve prevalecer acima de tudo, tendo em vista a garantia constitucional à intimidade e vida privada, elencadas na Constituição Federal de 1988. Os institutos devem contemplar a proteção da personalidade do falecido, além de satisfazer problemas e sanar temáticas de planejamento sucessório existentes.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DABUS, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Direitos da Personalidade: A Contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. São Paulo: Editora Manoele, 2019.

FRANÇA, Limongi. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, Vol I.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. Vol. 7. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Parte Geral. Vol. 1. 18ª ed.

São Paulo: Saraiva, 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 4. ed. São Paulo: Del Rey, 2012.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta.  *Holding Familiar e Suas Vantagens*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Fabio; ROSSI, Alexandre.  *Holding Familiar*. 2. ed. São Paulo: Editora Trevisan, 2017.

SOARES, Carlos Ricardo. *Heranças & Partilhas*. 7. ed. Portugal: Almedina, 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. Vol. 6. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. *Herança Digital - Controvérsias & Alternativas*. São Paulo: Editora Foco, 2021.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito Digital e Processo Eletrônico*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Fundamentos do Direito Civil: Direito das Sucessões*. vol. 7. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

## **DESASTRE DE MARIANA: A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA SOCIOAMBIENTAL COMO POSSIBILITADORA DO JULGAMENTO DO CASO NA CORTE INGLESA**

### **MARIANA DISASTER: SOCIO-ENVIRONMENTAL SOLIDARY RESPONSIBILITY AS A POSSIBILITY OF THE JUDGMENT OF THE CASE IN THE ENGLISH COURT**

**Cyntia Teixeira Pereira Carneiro Lafetá<sup>22</sup>  
Fernanda Miranda de Carvalho<sup>23</sup>**

**RESUMO:** O artigo tem como objetivo analisar a aplicabilidade da Responsabilidade Solidária Socioambiental no dever de reparar as vítimas do rompimento da Barragem do Fundão, que aconteceu em Mariana-MG. A responsabilidade dos poluidores pagadores envolvidos é o que possibilita a discussão do caso na Corte de Justiça da Inglaterra. O presente trabalho aponta os atores envolvidos e sua responsabilidade solidária socioambiental no que tange a causa, e a consequência de indenizar as vítimas, além de identificar as normas que tornam possível almejar o julgamento do caso na jurisdição britânica. A metodologia utilizada nesta pesquisa foi a do método dedutivo, quanto aos meios de pesquisa foi a bibliográfica. Conclui-se que, a morosidade na indenização dos atingidos e reparação das áreas afetadas induziu a busca de outros canais de acesso a uma resposta de auxílio para enfrentar as mazelas causadas pelo rompimento da barragem, e o Direito, como matéria de estudo viva e ativa, possibilitou aos prejudicados, através de seus instrumentos, romper fronteiras físicas, para que o acesso à justiça seja alcançado, ainda que em foro internacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mariana; barragem do fundão; responsabilidade solidária socioambiental.

**ABSTRACT:** The article aims to analyze the applicability of Social and Environmental Joint and Several Liability in the duty to compensate victims of the Fundão Dam collapse, that happened in Mariana-MG. The liability of the polluters involved is what allows the discussion of the case in the Court of Justice of England. This article points out who was involved and who has Social and Environmental Joint and Several Liability when it comes to the cause and the consequence of compensating victims and identifying terms of the law that enables them to try the British jurisdiction. the methodology used in this research was deductive and the research means were bibliographic. The retardation of the compensation of the victims and the redress of the affected areas prompted the search for other channels to have an answer to face the ailments caused by the collapse of the Fundão Dam. Law is a live area of study that allows, through its tools, to go beyond physical boundaries to reach for justice, even if it is in an international forum.

---

<sup>22</sup> Professora e membro do Colegiado da Escola de Direito Newton Paiva, graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos e mestre em Ciência-Jurídico-Política pela Universidade Clássica de Lisboa.

<sup>23</sup> Aluna do curso de Direito no Centro Universitário Newton Paiva, bacharela em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Newton Paiva.

**KEYWORDS:** Mariana; fundão dam; social and environmental joint and several liability.

## **INTRODUÇÃO**

O desastre ecológico ocorrido na Barragem do Fundão, em Mariana/MG, além de um acontecimento triste e impactante, traz sérias consequências no ecossistema, para os habitantes e hábitos, tanto da região urbana e rural, na rede fluvial, nas áreas de proteção ambiental, não apenas da região de Mariana, como em toda a extensão do Rio Doce até a zona costeira do Estado Espírito Santo que sofreram e ainda convivem com danos severos (ESPINDOLA; NODARI e SANTOS, 2019).

Entretanto, todo desastre ambiental de grandes proporções na natureza desperta a atenção de vários países do mundo, bem como da Sociedade Internacional, o que fez com que houvesse o interesse de peticionar o caso na Corte Britânica, com o intuito de alcançar justiça para os atingidos.

Por esse motivo, o trabalho apresenta três objetivos: 1) Relacionar os atores envolvidos e a responsabilidade solidária nesse desastre; 2) Identificar porque o caso, com fato gerador ocorrido no Brasil, fosse levado às Cortes do Reino Unido; 3) Demonstrar a importância do envolvimento de todos os responsáveis na reparação dos danos causados pelo desastre de Mariana.

## **2 DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E DOS PRINCÍPIOS DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

A proteção do Meio Ambiente e dos Princípios do Meio Ambiente Ecológicamente Equilibrado e do Desenvolvimento Sustentável encontram previsão no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 e nas normas infraconstitucionais que sejam compatíveis com a Constituição.

Porém, por ser o “meio ambiente ecologicamente equilibrado” um direito fundamental, e por isso, cláusula pétrea, a proteção a ele assegura um grau de proteção e segurança maior.

O artigo 2º da lei 6.938 (Política Nacional de Meio Ambiente) dispõe sobre as consequências e formas de proteção ao Meio Ambiente:

Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;

III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;

IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;

V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;

VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;

VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental;

VIII - recuperação de áreas degradadas;

IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação;



X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

O artigo 4º disporá sobre o Princípio do Desenvolvimento Sustentável e do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado:

Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;

II - à definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

III - ao estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais;

IV - ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais;

V - à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico;

VI - à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida;

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Percebe-se, da interpretação dos dispositivos legais, que o desenvolvimento sustentável se efetivará pelo desenvolvimento social-econômico, que permite a exploração do meio ambiente, assegurando-se o equilíbrio ecológico.

Entende-se que o Desenvolvimento Sustentável e o Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado são complementares um ao outro. O Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado será o termômetro para que se perceba se está existindo o Desenvolvimento Sustentável ou não.

De acordo com Lenza (2020, p. 1496-1497), é falso o dilema de ter-se que escolher o desenvolvimento ou o meio ambiente, pois um é recurso do outro, e ambos deveriam se complementar e harmonizar. Colocar o meio ambiente e o desenvolvimento como iguais seria o mesmo que considerar os problemas ambientais como parte do processo contínuo do planejamento do desenvolvimento, de forma a atender-se às exigências de ambos, observando cada contexto sociocultural, político, econômico e ecológico dentro de uma dimensão de tempo e espaço. O que Lenza explica é que a política ambiental não pode ser um obstáculo ao desenvolvimento, pois a regra do artigo 225, que defende o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o Meio Ambiente para as futuras gerações e essa é a consagração do desenvolvimento sustentável.

### **3 DA TRÍPLICE RESPONSABILIDADE AMBIENTAL E DO PRINCÍPIO DO POLUIDOR PAGADOR**

#### **3.1 A TRÍPLICE RESPONSABILIDADE AMBIENTAL**

A Tríplice Responsabilidade Ambiental tem amparo no artigo 225, parágrafo 3º da Constituição Federal, bem como no da Lei de nº 9.605 de 1985, em seu artigo 3º, onde diz: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.”

A responsabilidade ambiental na esfera administrativa, regulada no artigo 70, conceitua-se que será considerada infração ambiental administrativa toda aquela ação ou omissão que viole as regras jurídicas em relação ao Meio Ambiente.

O artigo 72 relaciona as possibilidades de sanções administrativas que podem ser impostas ao ator que provocou dano ao meio ambiente, sendo elas:

- I - advertência;
- II - multa simples;
- III - multa diária;
- IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;
- V - destruição ou inutilização do produto;
- VI - suspensão de venda e fabricação do produto;
- VII - embargo de obra ou atividade;
- VIII - demolição de obra;
- IX - suspensão parcial ou total de atividades;
- XI - restritiva de direitos.

Na Lei nº 9.605 e o Código Penal e Florestal dispõe sobre os danos considerados crime, cumprindo a determinação do inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal, onde sabe-se que não haverá crime sem lei que o defina.

Por último, e não menos importante, haverá a responsabilidade ambiental no âmbito civil, com fulcro na mesma Constituição pelo Princípio do Poluidor Pagador e no Código Civil.

### 3.2 O PRINCÍPIO DO POLUIDOR PAGADOR

O princípio do Poluidor Pagador é um dos principais na do Meio Ambiente e, assim como a responsabilidade ambiental no âmbito civil, é derivado do artigo 4º, inciso VII da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6938 de 1981), segundo o qual, “à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.”

O princípio acima citado tem respaldo em outros dispositivos Constitucionais e de normas ambientais, notadamente o parágrafo primeiro do artigo 927 do Código Civil, que determina que aquele que desenvolver atividade que implique risco para os direitos de outros, será obrigado a reparar dano independente de prova de culpa.

O princípio do Poluidor Pagador é a base da responsabilidade ambiental civil, pois é oriundo da implicação de que o responsável pelo dano é aquele que lucra com a atividade que tem em sua natureza o risco de provocar dano ao meio ambiente. Entretanto, tal princípio está longe de dar autorização para o dano, desde que o poluidor pague por ele, ao contrário, o intuito de inibir através da responsabilidade objetiva, a conduta (seja ação ou omissão) que possa provocar dano ambiental.

Entretanto, é importante citar a figura do poluidor indireto, pois, de acordo com

ANTUNES (2021, p.370), a definição do poluidor indireto é ainda um tema controverso no Direito Ambiental brasileiro, pois ainda não há consenso doutrinário ou jurisprudencial quanto à abrangência do conceito, entretanto, existe jurisprudência do STJ, com a qual o autor discorda, que conferem amplitude ao termo e entende que o litisconsórcio é facultativo, uma vez que a responsabilidade é solidária entre poluidor direto e indireto. Entretanto, o autor concorda com a concepção maximalista de poluidor indireto, e cita jurisprudência do STJ que trata a matéria:

A orientação da 2ª Turma do STJ (REsp 1071741/SP. 2ª Turma. DJe 16/12/2010) tem sido no sentido de assumir concepção maximalista da responsabilidade ambiental, conforme deixa ver o seguinte trecho de acórdão: “4. Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação in integrum, da prioridade da reparação in natura, e do favor debilis, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à Justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental.” (ANTUNES, 2021, p.371)

#### **4 CASO MARIANA**

Mariana é uma das cidades que faz parte do Circuito do Ouro no Estado-membro de Minas Gerais, região que ficou assim conhecida pela influência extração de ouro comandada pela Corte Portuguesa no século XVII na sua arquitetura e no modo de viver do povo que habita o local.

No século XXI, foi encontrado minério de ferro, o que fez com que equipes de prospecção estadunidenses e europeias começassem a ter grande interesse na região, a qual, juntamente com as cidades de Itabira, Itaúna e Congonhas, formam o chamado Quadrilátero Ferrífero, devido à qualidade e quantidade de minério encontrado na região.

E, para possibilitar a exportação do minério de ferro, os investidores ingleses e estadunidenses destinaram verba para que a infraestrutura fosse criada com o intuito de transformar o Rio Doce em corredor de exportação (FISHER, 2013).

##### **4.1 CONSTITUIÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DA MINERADORA SAMARCO NA CIDADE DE MARIANA**

A Samarco Mineradora S.A, de acordo com o próprio site (<https://www.samarco.com/>), foi criada em 1973, uma das primeiras no Brasil, que possuía tecnologia para lavra de minério de baixo teor e logística própria integrada, que levava o minério da mina ao porto. Iniciando suas operações em 11 de maio de 1977, foi a primeira do Brasil a utilizar o transporte de mineroduto. O mineroduto possui aproximadamente 400 quilômetros de extensão, atravessando 24 municípios entre a extração feita em Mariana até a usina de pelotização e o porto, na cidade de Anchieta, no Espírito Santo. (SAMARCO)

Em 1984, a mineradora australiana Broken Hill Proprietary Mining Company (BHP) compra a antiga controladora da Samarco (Utah-Marcona Corporation), tornando-se detentora de 49% das ações da empresa.

Em 2000, a Vale compra a Samitri, outra shareholder, e após fazer acordo com BHP, ambas as empresas passam a possuir 50% das ações da Mineradora Samarco, restando a configuração da empresa na época do desastre de Mariana e até os dias de hoje. (SAMARCO)

De acordo com Mansur et al. (2016), a estratégia de ingresso no Brasil definida pelo grupo BHP, foi feita através da criação de uma empresa subsidiária, chamada BHP Billiton Brasil LTDA., em 1972. A estratégia é denominada pelos doutrinadores da área societária como 'desresponsabilização operacional' do grupo, restando clara essa intenção após a entrada da Vale S.A e da reestruturação para que atuassem em um modelo de non operated joint venture. Nesse modelo, quando há a união de duas empresas (ou mais), somente algumas ou uma possuirá responsabilidade jurídica sobre as operações, no caso da Samarco, a dotada de responsabilidade foi a Vale S.A.

Todas as atividades de mineração e afins tornaram a Samarco, juntamente com a Vale, as maiores empregadoras e recolhedoras de impostos da região do Quadrilátero Ferrífero. De acordo com Silva, Boava e Macedo (2017), 95% da arrecadação dessa região é proveniente da mineração, de maneira direta ou indireta, sendo as principais atuantes no setor, novamente, a Samarco e a Vale.

Ainda de acordo com Silva, Boava e Macedo, em pesquisa realizada no ano de 2012 em Bento Rodrigues, subdistrito de Mariana, 72% da população de mantinha alguma relação com as mineradoras Samarco e Vale, seja através de emprego e/ou trabalho, ou ainda familiar empregado ou contratado. Sendo assim, é possível entender que a região mais afetada pelo desastre de Mariana, era também a região que mais dependia economicamente das atividades ali exercidas.

Ainda em 2012, a população de Bento Rodrigues já relatava se sentir ameaçada pelas atividades da mineradora. Dentre as reclamações dos moradores estava a poluição das águas, a poeira e o medo do possível rompimento das barragens ou da desapropriação (SILVA, BOAVA e MACEDO, 2017).

#### 4.2 FATO GERADOR

O rompimento da Barragem do Fundão aconteceu em 5 de novembro de 2015, de acordo com o IBAMA (2015 apud SILVA, BOAVA e MACEDO, 2017, p. 71), a barragem continha 50 milhões de metros cúbicos de rejeitos de mineração de ferro, e 34 milhões de metros cúbicos desses rejeitos vazaram e foram lançados ao meio ambiente no momento do rompimento. Os 16 milhões restantes continuaram a vazar nos dias consecutivos.

O procedimento envolve Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (EIA-RIMA), com o intuito de prever efeitos de grande magnitude ou cenários extremos. Os estudos de impacto ambiental da barragem do Fundão apresentam problemas técnicos, que foram impeditivos do prognóstico dos efeitos do rompimento da barragem e fator agravante aos impactos causados. Fato interessante é que, de acordo com o EIA-RIMA feito para a barragem do Fundão, o risco de rompimento era do grau mais baixo, ou seja, improvável. (MANSUR et al., 2016)

O que surpreende nesse cenário é o fato de a Samarco, ainda que possuindo a certificação ISO 14001, de gestão ambiental, não ter sido capaz de antever a possível sobrecarga da barragem do Fundão, ou ainda de não haver em nenhum documento a idealização do uso de outro tipo de tecnologia para tratamento e gestão de resíduos da atividade minerária, mesmo quando o mercado já apresenta outras muitas alternativas, como, por exemplo, a reutilização da lama. (WANDERLEY et al., 2016)

#### 4.3 IMPACTOS CAUSADOS

Embora tenha acontecido há quase seis anos atrás, os impactos do rompimento da barragem do Fundão perduram até os dias de hoje, não apenas na população de Mariana, mas em todo um ecossistema local, que está interligado.

Em relatório técnico preliminar feito pelo IBAMA, foram listados os seguintes danos:

- mortes de trabalhadores da empresa e moradores das comunidades afetadas, sendo que algumas ainda restam desaparecidas;
- desalojamento de populações;
- devastação de localidades e a consequente desagregação dos vínculos sociais das comunidades;
- destruição de estruturas públicas e privadas (edificações, pontes, ruas etc.); -destruição de áreas agrícolas e pastos, com perdas de receitas econômicas; -interrupção da geração de energia elétrica pelas hidrelétricas atingidas (Candongia, Aimorés e Mascarenhas);
- destruição de áreas de preservação permanente e vegetação nativa de Mata Atlântica;
- mortalidade de biodiversidade aquática e fauna terrestre;
- assoreamento de cursos d'água;
- interrupção do abastecimento de água;
- interrupção da pesca por tempo indeterminado;
- interrupção do turismo;
- perda e fragmentação de habitats;
- restrição ou enfraquecimento dos serviços ambientais dos ecossistemas;
- alteração dos padrões de qualidade da água doce, salobra e salgada;
- sensação de perigo e desamparo na população.” (IBAMA, 2015, p.4)

A casta e gravidade dos impactos causados por esse triste evento, não são possíveis de recuperação autônoma. Pelos próximos muitos anos será necessário investimento para recuperação do ecossistema, e reparação da população envolvida. Aproximadamente 320.000 pessoas foram afetadas pelo rompimento da barragem do Fundão (BARBOSA et al., 2015).

## **5 DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA AMBIENTAL NO CASO MARIANA**

A Constituição Federal de 1988, possui um capítulo completamente dedicado a tratar do Meio Ambiente. O artigo 225, diz:

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.

O meio ambiente é direito de todos, sendo dever da coletividade, a defesa e preservação deste. Esse artigo seria suficiente para configurar a solidariedade da responsabilidade pelo que aconteceu no caso de Mariana. Entretanto, a lei brasileira aborda ainda outros prismas de responsabilidade nos quais o caso citado está inserido.

A responsabilidade civil está prevista no Código Civil de 2002, em seu artigo 927, entretanto em se tratando do caso de Mariana, a Samarco se enquadra no parágrafo único, que diz: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Não apenas pelo fato de que a atividade normalmente desenvolvida pela

mineradora implicava riscos, porém, também por força da lei 6938 de 31 de agosto de 1981 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e sobre a responsabilidade de reparação nos casos de danos ao meio ambiente. Os principais artigos que serão utilizados para desenvolvimento deste capítulo são os 14º e 15º, que dizem:

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios;

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

§ 2º No caso de omissão da autoridade estadual ou municipal, caberá ao Secretário do Meio Ambiente a aplicação das penalidades pecuniárias prevista neste artigo.

§ 3º Nos casos previstos nos incisos II e III deste artigo, o ato declaratório da perda, restrição ou suspensão será atribuição da autoridade administrativa ou financeira que concedeu os benefícios, incentivos ou financiamento, cumprimento resolução do CONAMA.

§ 5º A execução das garantias exigidas do poluidor não impede a aplicação das obrigações de indenização e reparação de danos previstas no § 1º deste artigo.

Art. 15. O poluidor que expuser a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou estiver tornando mais grave situação de perigo existente, fica sujeito à pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa de 100 (cem) a 1.000 (mil) MVR.

§ 1º A pena é aumentada até o dobro se:

I – resultar:

a) dano irreversível à fauna, à flora e ao meio ambiente;

b) lesão corporal grave;

II - a poluição é decorrente de atividade industrial ou de transporte;

III - o crime é praticado durante a noite, em domingo ou em feriado.

§ 2º Incorre no mesmo crime a autoridade competente que deixar de promover as medidas tendentes a impedir a prática das condutas acima descritas.

A lei acima citada, que foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, determina que a responsabilidade será objetiva quando se tratar de dano ambiental. Sendo assim, não há que se falar ou discutir culpabilidade, uma vez que, ainda que o ato seja lícito, os atores que praticam atividades que oferecem possibilidade de danos ao meio ambiente, assumem o risco, e tem a obrigação de se preparar para possível “acidente”.

Assim, é suficiente, por conseguinte, a comprovação da ação ou omissão,

do dano e do nexa causal, independente da legalidade do ato, já que o que se verifica é a potencialidade do dano, conforme jurisprudência remansosa. Já no tocante a solidariedade, tem-se que essa torna irrelevante o fato de o dano ter sido produzido por causa principal, por causas secundárias, ou ainda, por concausas, sendo todos os sujeitos envolvidos corresponsáveis, sendo legitimados passivos todos aqueles que, de alguma forma foram os causadores do dano ambiental, sendo certo que a responsabilidade dos causadores é solidária.

Nem mesmo o caso fortuito ou a força maior têm o condão de excluir a responsabilidade civil por dano ambiental, devendo o poluidor assumir integralmente todos os riscos decorrentes da atividade desenvolvida, pois nesse caso, está-se diante do princípio da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento da sua dimensão ecológica, justamente em atenção aos riscos decorrentes da degradação ambiental que possibilita a ampliação da fronteira da garantia do mínimo existencial para abarcar também a qualidade ambiental do seu núcleo normativo (REIS, LUPI e ROCHA, 2019).

Em se tratando do poluidor, resta claro que se trata da Samarco Mineradora S.A, porém existem outros atores responsáveis pelo desastre de Mariana e que em análise do dispositivo legal e das provas existentes, pode-se identificá-los.

## **6 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO POR CONDUTA OMISSIVA (NÃO ADOÇÃO DE MEDIDAS FISCALIZADORAS DO MEIO AMBIENTE EFETIVAS)**

De acordo com o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 é dever do Poder Público defender e preservar o meio ambiente. O artigo 225 é a base para configuração da responsabilidade solidária entre o Poder Público e a coletividade na defesa e preservação do meio ambiente, entretanto, esse artigo também estabelece o direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental.

Certo é que a responsabilidade civil ao tratar de danos decorrentes de violação de direitos difusos e/ou coletivos, como o meio ambiente, afasta de si a teoria clássica adotada para os casos de direitos individuais/patrimoniais e se reveste da teoria do risco e da solidariedade a fim de conferir efetividade à medida que pretende impor.

Aqui, a função da solidariedade tem o escopo de garantir que o dano seja reparado, observado, no caso, o direito de regresso daquele que suportou a reparação em face dos demais.

Não obstante o argumento da impossibilidade da responsabilidade solidária do Estado em razão da atribuição da reparação aos administrados faz-se necessário dizer que é o Poder Público o responsável pelo controle, fiscalização e vigilância das atividades que possam vir a causar danos ao meio ambiente. Cabe ainda, ao Estado, a análise das concessões de autorização para exploração dos recursos naturais bem como dos empreendimentos ou atividades potencialmente poluidoras ou degradadoras, daí a responsabilidade solidária da administração por danos ambientais." (TEIXEIRA, 2013, p. 209)

De acordo com Silva (2006), os direitos fundamentais são definidos pelo ordenamento jurídico, ou seja, com previsão constitucional. Nesse caso, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi definido no art. 225 da Constituição Federal de 1988, como essencial a proteção da dignidade da pessoa humana, das presentes e futuras gerações. Por esse motivo, esse direito tem o objetivo de assegurar a continuidade da vida no planeta e também a qualidade de vida futura.

O nosso ordenamento jurídico não apenas definiu que cabe ao Poder Público a defesa e a proteção do Meio Ambiente, mas coloca o meio ambiente na categoria de patrimônio nacional, o que em nada impedirá que os proprietários e possuidores destas áreas valiosas ao Meio Ambiente usem e disponha de suas áreas, entretanto, em acordância com regras definidas pelo Poder Público. (Silva, 2006)

Saliente-se ainda que em relação à patrimonialização, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente já estabelecia que o meio ambiente constituía um patrimônio público. A patrimonialização não tem apenas o efeito de singularizar um conjunto de elementos que identificam uma porção de área geográfica,<sup>27</sup> mas também o de estabelecer um regime jurídico excepcional que condiciona o uso dos recursos naturais desses biomas para propiciar sua transmissão às gerações futuras. O detentor ou proprietário do bem passa também a ser o responsável por transmiti-lo às gerações futuras. (SILVA, 2006, p.178)

Ainda no artigo 225 da Constituição Federal, o parágrafo primeiro (em seus incisos IV ao VII), segundo e terceiro discorrem sobre as formas a serem utilizadas com o objetivo de cumprir a determinação do dispositivo:

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:  
 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; e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;  
 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.  
 § 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.” (BRASIL, 1988).

Resta definido neste trecho as incumbências do Estado em sua obrigação, e ao dispor sobre a repartição de competências o artigo 23, inciso VI da Constituição Federal: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;”

Ainda de acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXII, § 6º, há a determinação da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público (e também direito privado) que prestam serviços públicos nos casos em que dano é causado, a saber: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

No caso do dispositivo acima citado, pode-se perceber que um dos serviços públicos que são papel do Estado, é a fiscalização de ações lesivas ao Meio Ambiente, o que demonstra que o desastre de Mariana está caracterizado nesta



norma.

A lei de número 6938 de 1981, chamada Política Nacional do Meio Ambiente, foi criada para direcionamento das atividades empresariais públicas e privadas. Em seu artigo 6º, temos a divisão das responsabilidades, para o intuito desse capítulo pode-se citar os incisos V e VI:

V - Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental;

VI - Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições;

Ainda de acordo com a PNMA, em seus artigos 10º e 11º, há a disposição:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

Art. 11. Compete ao IBAMA propor ao CONAMA normas e padrões para implantação, acompanhamento e fiscalização do licenciamento previsto no artigo anterior, além das que forem oriundas do próprio CONAMA.

Para o Estado de Minas Gerais, a lei 7.772 de 1980 dispõe sobre proteção, conservação e melhoria do meio ambiente no âmbito estadual. Em seu artigo 16-B estão definidas as organizações responsáveis por fiscalizar e quais são suas competências, conforme pode-se observar:

Art. 16-B - A fiscalização do cumprimento do disposto nesta Lei, no seu regulamento e nas demais normas ambientais em vigor será exercida pela Semad, pela Fundação Estadual do Meio Ambiente - Feam -, pelo Instituto Estadual de Florestas - IEF - e pelo Instituto Mineiro de Gestão das Águas - Igam -, aos quais compete, por intermédio de seus servidores, previamente credenciados pelo titular do respectivo órgão ou entidade:

I - efetuar vistorias e elaborar o respectivo relatório;

II - verificar a ocorrência de infração à legislação ambiental;

III - lavrar os autos de fiscalização e de infração, aplicando as penalidades cabíveis;

IV - determinar, em caso de grave e iminente risco para vidas humanas, para o meio ambiente ou para os recursos econômicos do Estado, medidas emergenciais e a suspensão ou redução de atividades durante o período necessário para a supressão do risco.”

A citação dos dispositivos legais acima tem o intuito de demonstrar que não há lacuna na lei federal ou estadual no que tange a obrigação do Estado de fiscalizar a atuação de entes privados no meio ambiente. Trazendo esse fato para a realidade de Mariana, é da competência do Estado fiscalizar para que fatos como o rompimento da barragem do Fundão não aconteçam.

De acordo com resolução do CONAMA 001/1986, o Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA-RIMA) são elementos essenciais para o que um licenciamento ambiental aconteça, esses estudos são exigidos nos casos em que a atividade a ser praticada possa vir a causar graves impactos ao meio ambiente e, como citado, o EIA-RIMA da barragem do Fundão apresentou diversos erros técnicos.

O impacto ambiental pode ser (i) positivo e (ii) negativo. Normalmente, o direito ambiental está mais voltado para o impacto ambiental negativo, pois é ele que será capaz de gerar o dano ambiental e, conseqüentemente, a responsabilidade. O EIA deve indicar todos os impactos ambientais, positivos e negativos, como forma de propiciar ao administrador os instrumentos necessários para a correta avaliação do empreendimento. O EIA busca estabelecer forma de empreender com a proteção dos ecossistemas...” (ANTUNES, 2021, p. 439)

Sendo assim, pode-se afirmar que, além de o Estado ter sido omissos em sua fiscalização, ao emitir um licenciamento com base em um estudo que possuía erros técnicos, não apenas foi omissos em seu dever de fiscalizar, mas agiu de forma inadequada.

Observa-se que a responsabilidade civil do Estado por omissão, se configura quando a entidade estatal tinha o dever de agir e não agiu ou se agiu, agiu de forma inadequada. Assim sendo, é possível afirmar que o Estado absteve-se de algo que deveria ter praticado em benefício de seus administrados e do meio ambiente. Como não agiu, ocorre a omissão e permanece inerte, sendo esta atitude (ou não atitude) prejudicial ao meio ambiente, por isso, a administração pública deve ser responsabilizada, devendo ressarcir o ilícito. (SARRETA; BIANCHI, 2015, p. 197)

## **7 DA REPARAÇÃO OFERECIDA ÀS VÍTIMAS**

Desde 2015, alguns processos cíveis e um penal chegaram às varas dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo. O Ministério Público tem sido participante ativo em sua investigação em busca da responsabilização dos culpados e reparação das vítimas, entretanto, discorrer-se-á sobre os dois procedimentos mais importantes no que tange reparação das vítimas do desastre de Mariana, são eles o TTAC e o SIS.

O primeiro é o Termo de Transação e Ajustamento de Conduta que apresentado como resultado a formação da Fundação Renova. O TTAC foi celebrado entre a Samarco, a União e os Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, além de algumas autarquias, institutos e fundações interessadas. Esse documento definiu qual seria a atuação da Fundação Renova na reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem do Fundão. (Fundação Renova)

De acordo com a cláusula 209 do TTAC, a Fundação Renova seria uma fundação de Direito Privado com autonomia para gerir e executar os programas instituídos pelo documento. Entretanto, de acordo com o Ministério Público, não corresponde com a realidade, uma vez que a Diretoria Executiva, que é a responsável pelas decisões em relação a execução dos programas, foi toda eleita pelo Conselho Curador da Fundação, que é composto por pessoas vinculadas à BHP, Vale e Samarco.

De acordo com o site da Fundação Renova dentre os 42 programas, existem três principais criados com o intuito de indenizar:

PIM - Programa de Indenização Mediada: Pago às pessoas que ficaram sem abastecimento e/ou distribuição de água por mais 24h após o evento, e para as pessoas que tiveram suas atividades prejudicadas, incluindo o lucro cessante.

AFE - Auxílio Financeiro Emergencial: Pago mensalmente às pessoas que tiveram suas atividades econômicas ou produtivas, diretamente impactadas.

SIS - Sistema Indenizatório Simplificado: Implementado através da 12ª Vara Federal, para pessoas que tinham dificuldade em comprovar os danos, para ter acesso a essa forma de indenização é necessário fazê-lo através de advogados ou

defensores públicos, de acordo com a sentença judicial.

O Sistema Indenizatório Simplificado - SIS, foi instituído por meio de atuação judicial do Juiz Mário de Paula de Franco Júnior, da 12ª Vara Federal de Belo Horizonte para indenizar os atingidos que estavam ainda aguardando receber compensação da Fundação Renova. Os processos seriam ajuizados através de Comissões de Atingidos em plataforma especial no site da Fundação Renova (<https://www.fundacaorenova.org/>), para que as vítimas recebam nesse programa.

Entretanto, em relação às decisões tomadas por meio desse sistema, houve um Agravo Instrumento de nº 1034788-57.2020.4.01.0000, interposto pelo Ministério Público Federal, no fim do ano passado. No agravo citado, o MPF expõe muitos problemas com o SIS, dentre eles à nulidade resultante da ausência de intimação do MPF, uma vez que o processo é de interesse coletivo, a tramitação em sigilo ser ilegal, a ilegitimidade ativa e falta de representatividade das Comissões, os múltiplos indícios de lide simulada, a ilegalidade de exigência da assinatura de quitação integral e definitiva, o caráter extra petita e ilegal da decisão de exigir desistência/renúncia de pretensões indenizatórias veiculadas em ações com tramitação em país estrangeiro, a falta de razoabilidade no valor dos honorários e alguns outros são explicitados.

Conforme se perceberá da narrativa, o juiz substituto da 12ª Vara Federal, responsável pela tramitação dos feitos atinentes ao desastre resultante do rompimento da barragem de Fundão, permitiu, sem prévia intimação do Ministério Público Federal, a tramitação (sigilosa!!!) de um procedimento bifásico de liquidação<sup>1</sup> das obrigações decorrentes de TACs firmados pelas Instituições do Sistema de Justiça, sob a condução de uma autointitulada “Comissão de Atingidos”, por meio da qual reconheceu, amparado pela teoria do rough justice (traduzida como justiça possível), a existência de danos para determinadas categorias de atingidos, promovendo a fixação dos correspondentes valores indenizatórios, qualificados como “médios”. Ocorre que para o recebimento do valor, a sentença exige daqueles que decidam aderir à matriz de danos fixada, deve outorgar poderes a advogado para a assinatura de termo de quitação integral e definitiva e aderir, também, a termo de desistência/renúncia de eventuais pretensões veiculadas em ações ajuizadas em países estrangeiros.” (TRF-1 - AI: 1034788-57.2020.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL DANIELE MARANHÃO COSTA, Data de Distribuição: 21/10/2020, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 22/10/2020)

A desembargadora e relatora Daniele Maranhão Costa, indeferiu o pedido de tutela de emergência feito pelo MPF em fevereiro deste ano e manteve a solução de indenização simplificada. Entretanto, a mesma desembargadora em acórdão de agosto de 2020 reafirmou importante entendimento a respeito das indenizações pagas pela Renova e da Responsabilidade Solidária dos atores envolvidos.

CIVIL E AMBIENTAL. ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO EM MARIANA/MG. TERMO DE TRANSAÇÃO E AJUSTE DE CONDUTAS TTAC E DO CORRESPONDENTE TAC GOVERNANÇA. OBRIGAÇÕES DISTINTAS. AUXÍLIO FINANCEIRO EMERGENCIAL - AFE. DEDUÇÃO DE VALORES. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE ATRIBUI EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO. AGRAVO INTERNO REJEITADO.

1. A possibilidade de atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação tem suporte no art. 1.012 do Código de Processo Civil, desde que demonstrada a probabilidade do provimento do recurso ou o risco de dano

grave ou de difícil reparação. 2. A decisão que deferiu o efeito suspensivo à apelação encontra-se sustentada em duplo fundamento, haja vista a probabilidade do provimento do recurso e do risco de dano grave aos impactados pelo acidente de Mariana/MG, em decorrência do rompimento da barragem de Fundão. 3. A interpretação do Termo de Transação e Ajuste de Condutas TTAC e do correspondente TAC Governança remete à compreensão de que houve previsão de obrigações distintas, tratadas em programas diferentes, não sendo viável a dedução dos valores pagos a título de Auxílio Financeiro Emergencial AFE, previsto na cláusula 08, f, vinculado ao Programa de Auxílio Financeiro Emergencial aos impactados (PAFE), quando do pagamento da indenização anual relativa aos lucros cessantes, prevista na Cláusula 31, pertinente ao Programa de Indenização Mediada (PIM), consideradas de naturezas distintas. 4. O perigo de dano se evidencia pela determinação do juízo quanto à possibilidade de dedução das parcelas pagas a título de AFE quando do pagamento anual dos lucros cessantes, já em janeiro de 2020, o que importaria, não fosse a decisão impugnada, em expressiva redução do valor da indenização a que fazem jus os impactados diretamente pelo acidente, em prejuízo da manutenção dessas famílias e em evidente afronta à imperiosidade de integral reparação, pautada na responsabilidade objetiva e no risco integral, intrínsecos da atividade de mineração, causa do dano. 5. Agravo interno a que se nega provimento, mantendo a decisão que atribuiu efeito suspensivo à apelação.' (TRF-1 - AC: 10428441620194010000, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL DANIELE MARANHÃO COSTA, Data de Julgamento: 08/07/2020, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 10/08/2020)

O MPF, o Ministério Público de Minas Gerais, a Defensoria Pública da União e a Defensoria Pública do Espírito Santo, em fevereiro de 2021, ajuizou ação civil de nº 1023835-46.2021.4.01.3800 com o intuito de extinguir a Fundação, pois desde a formação do acordo, o Ministério Público já havia constatado a problemática da fundação.

Para o MPMG, no modelo por intermédio do qual a fundação está estruturada e em funcionamento, sem independência e autonomia e com práticas de desvios de finalidades, é evidente a sua ilicitude constitucional e legal e impossível a sua manutenção. Para se ter ideia, as ações em curso pela fundação consumiram até o momento um valor superior a R\$10 bilhões, mas seguem sendo executadas com excessivo atraso e baixíssima eficácia. (MPMG, 2021)

Outro problema apontado pelo MPF é o fato de Fundação, que não tem fins lucrativos, ter investido quantias altíssimas em publicidade, registrando uma enorme lista de contratos publicitários e vídeos institucionais, enquanto os números de famílias indenizadas e ações de reparação seja baixo em relação ao volume de propaganda feita, ou seja, ainda que passados cinco anos do desastre, muitas são as demandas assumidas pela Fundação Renova que permanecem sem resposta.

Dentre os muitos outros problemas apontados na ação estão o pagamento parcial do que é devido de indenização às vítimas, a falta de reparação do meio ambiente, o não apoio e suporte aos municípios atingidos e muitos outros descumprimentos das cláusulas do termo.

Sendo assim, o principal meio de reparação oferecido pela Samarco à população prejudicada, tem sido ineficiente e encontrado formas de driblar a responsabilidade contratada em acordo celebrado com o Estado, que falhando em sua responsabilidade de fiscalizar a reparação necessária a ser feita pelos poluidores-pagadores direto e indireto, tem colaborado para que a opção oferecida

seja contraproducente.

## **8 REPERCUSSÃO DO CASO MARIANA NA CORTE INGLESA**

Em 05 de novembro de 2018, o escritório de advocacia inglês, PGMBM, representando 201.897 pessoas físicas, por volta de 517 micro-empresas, 18 grandes empresas, 145 membros da comunidade indígena Krenak, 25 municípios e 15 igrejas, peticionou na Alta Corte de Justiça de Liverpool, em Londres, processo contra BHP Billiton em razão do rompimento da barragem do Fundão.

O escritório PGMBM, tem como sócios dois brasileiros, um americano e um britânico, que viram a oportunidade de levar o caso à Inglaterra, pois, após dois anos do acontecimento, as vítimas ainda não haviam recebido compensação e suporte dos responsáveis. (PGMBM, 2021)

De acordo com os autos do processo, o principal argumento apresentado pelo escritório para peticionar o caso nas Cortes Inglesas é o fato de a BHP Billiton Brasil ser dona e operadora da Samarco, entretanto BHP Group Plc que é quem está incorporada na Inglaterra e BHP Group Ltd, está incorporada na Austrália, são entidades legais diferentes, porém com uma governança unificada, ou seja, BHP Ltd é a dona da BHP Brasil. Sendo assim, os advogados das vítimas do desastre de Mariana argumentam que embora a Samarco seja a poluidora direta, a BHP e Vale são poluidores indiretos.

Nos casos brasileiros, a BHP ficou protegida pelo regime de joint venture, escolhido pela BHP e Vale para a administração da Samarco S.A.

A opção pela constituição de uma sociedade empresária sob o regime de responsabilidade limitada no contrato de joint venture leva em consideração a segurança que a criação de um terceiro ente jurídico, dotado de autonomia patrimonial, pode fornecer aos coventurers. Isso não só em relação aos riscos do empreendimento, mas também aos eventuais danos causados a credores vulneráveis pela empresa comum. (GALIL, 2019, p.12)

A Samarco pode ser chamada ainda de uma empresa de joint venture transnacional, uma vez que a BHP Billiton Brasil é uma subsidiária, e esse é elemento chave que permitiria o julgamento desse caso na corte britânica, uma vez que:

Uma vez que quem que exercia o poder de controle na Samarco não era a subsidiária estabelecida no Brasil, que possui como finalidade apenas a participação em outras sociedades, mas sim a controladora estrangeira. A mesma conclusão serve à aplicação do artigo 4o da lei 9.605, uma vez a personalidade jurídica da subsidiária brasileira constitui óbice à devida responsabilização. No entanto, considerando esse elemento de estranheza na relação jurídica (a BHPB é uma pessoa jurídica domiciliada no exterior), há que se questionar a competência da autoridade brasileira de atingir o grupo estrangeiro. Os limites jurisdicionais, e também da cooperação judiciária, impedem, muitas vezes, a responsabilização de grupos transnacionais que espalham suas atividades por diversos pontos do globo.” (GALIL, 2019, p. 28-29)

O Código de Processo Civil de 2015 versa sobre situações como essa, dizendo que:

Art. 24. A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições

em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.

Parágrafo único. A pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil.

Sendo assim, resta claro que embora, de acordo com o artigo 21, inciso III, do CPC, a ação contra Samarco S.A tivesse competência para ser julgada no Brasil, o art.24 esclarece que tal competência não veda a possibilidade de levar a mesma causa à Corte britânica.

Em resposta aos argumentos apresentados pelos advogados de acusação, a defesa da BHP argumentou que o julgamento do processo na Inglaterra poderia ser considerado abuso do processo da corte, uma vez que já havia processos em curso no Brasil para a mesma causa de pedir, alegaram que devido ao grande volume de documentos que deveriam ser analisados para que um julgamento pudesse acontecer, tornava o caso impossível de manejar e consequentemente julgar.

Além disso, argumentaram a Inglaterra é *forum non conveniens*, e usaram o art.34 do Regulamento (UE) nº 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial que diz:

1. Se a competência se basear nos artigos 4.o, 7.o, 8.o ou 9.o e estiver pendente uma ação no tribunal de um país terceiro no momento em que é demandado o tribunal de um Estado-Membro numa ação conexa com a ação intentada no tribunal do país terceiro, o tribunal do Estado Membro pode suspender a instância se:

a) Houver interesse em que as ações conexas sejam instruídas e julgadas em conjunto para evitar decisões que poderiam ser inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente;

b) For previsível que o tribunal do país terceiro tome uma decisão passível de reconhecimento e, se for caso disso, de execução nesse Estado Membro; e

c) O tribunal do Estado-Membro estiver convencido de que a suspensão da instância é necessária para uma correta administração da justiça.

2. O tribunal do Estado-Membro pode dar continuação ao processo a qualquer momento se:

a) Considerar que deixou de haver risco de decisões inconciliáveis;

b) A instância no tribunal do país terceiro tiver sido suspensa ou encerrada;

c) Considerar improvável que a ação intentada no tribunal do país terceiro se conclua num prazo razoável; ou

d) For necessário dar continuação ao processo para garantir a correta administração da justiça.

3. O tribunal do Estado-Membro pode encerrar a instância se a ação intentada no tribunal do país terceiro tiver sido concluída e resultar numa decisão passível de reconhecimento e, se for caso disso, de execução nesse Estado-Membro.

4. O tribunal do Estado-Membro aplica o presente artigo a pedido de qualquer das partes ou, caso a lei nacional o permita, oficiosamente. (Regulamento (UE) nº1215, 2012, p.13)

Com base nos argumentos e contrarrazões, o Honorável Senhor da Justiça Turner, em 06 de novembro de 2020, decidiu que o caso não tinha jurisdição no Reino Unido, pois julgá-lo seria um abuso do processo da Corte.

Diferente do Brasil, para apelar de uma decisão, é necessário peticionar a Corte de Apelo. O escritório PGMBM apresentou para recorrer a essa decisão na

Corte de primeira instância, e foi indeferido, com os argumentos adicionais de que julgar esse caso no Reino Unido seria impossível, pois haveria a barreira do idioma e do regramento legal, além disso o volume de documentação apresentada pela acusação não era possível de analisar. Entretanto, de acordo com a lei processual britânica, havia ainda a possibilidade de ter um painel de juizes escutando os argumentos dos advogados (Gusmão, 2000).

Essa é a última instância, a que raramente recorrem os advogados, pois implica em dizer que os juizes erraram em seu julgamento ou que houve alguma mudança nas circunstâncias do caso. O escritório PGMBM recorreu com base de que o erro cometido pelos juizes em suas decisões apresentava risco de uma real injustiça acontecer caso não fosse contestado.

No dia 27 de julho de 2021, um painel de três juizes ouviu ambas as partes, e concordância com o apresentado pela parte autora do processo reabriu o caso e marcou a próxima audiência para abril de 2022, quando a decisão de julgar o caso ou não no Reino Unido, será tomada. A reabertura do caso deu esperança às vítimas e foi uma decisão que raramente aconteceu na corte britânica. (PGMBM, 2021)

De acordo com o site do escritório, ainda não há valor da compensação que os autores podem vir a receber caso tenham sucesso no caso, entretanto já se sabe que o valor da causa será calculado de acordo com a lei brasileira, e o processo será regido pela lei britânica. Sendo assim, a corte inglesa não terá que aplicar os valores fixados pela corte brasileira, ou por acordos feitos no Brasil, pois farão uma nova análise e cálculo.

O escritório também informa em seu site que os clientes que já houverem recebido algum tipo de compensação, provavelmente terão esse valor descontado de possível futura compensação, fazendo jus ao nosso regramento jurídico que não admite compensação dupla pelo mesmo dano, ou seja, o também chamado non bis in idem.

Outra curiosidade, que vale como atrativo para os autores, é o fato de existir na corte inglesa a possibilidade de se contratar um seguro que cobrirá as despesas da corte e dos réus, em caso de ser perdido. Sendo assim, se o caso for perdido, os clientes do escritório não ficam obrigados a nenhum custo.

Essa opção se faz necessária e importante, devido ao princípio britânico de que o perdedor da ação deve arcar com os custos do ganhador.

## **CONCLUSÃO**

Através do estudo realizado é possível entender que muitos são os atores responsáveis pelo desastre que aconteceu na cidade de Mariana, pois embora a Samarco seja o ente causador e o poluidor no caso estudado, a responsabilidade de cuidar para que situações como essa não aconteçam, de acordo com definição constitucional, é solidária. A obrigação resta, não apenas, nas mãos invisíveis do Estado, como também nas mãos da sociedade.

Em suma, muito embora a Constituição estabeleça mecanismos genéricos que protejam o meio ambiente e, a existência de leis que por vezes demonstram-se insuficientes devido a amplitude da questão. Há de se ressaltar que a complexidade, isto é, o grande problema que gira em torno da efetividade da norma penal-ambiental reside, sobretudo, nas forças de coercitividade aliado à questão cultural. A exemplo do que intenta-se asseverar, podemos elencar a fiscalização contra o desmatamento do cerrado ou até mesmo da floresta amazônica, ou sejam, devido a grande

extensão territorial aliado ao número insuficientes de fiscais, esta prática termina comprometida. A melhor solução para prevenir danos ao meio ambiente, seja na área urbana ou não, é a conscientização da coletividade, isto é, consiste na noção que todos devem ter de que meio ambiente é um bem comum essencial à consolidação de uma vida digna e saudável. (GOMES et al., 2013, p.126-127)

É indiscutível que, por trás do fato gerador do desastre está a ganância e busca de maximização de lucros obtidos a qualquer custo, entretanto, há também a dependência do estado desses lucros para a sua manutenção e, além disso, a dependência econômica de toda uma região de um ator que destrói e alimenta a mesma região.

A falta de reparação adequada a população e região atingida é consequência de um ordenamento jurídico que possui dificuldades em impor àquele do qual depende obrigações de reparar, além disso, o fato de a configuração da administração da Samarco possibilitar que seja mais difícil alcançar a responsabilização correta aconteça, fato esse reafirmado através da possibilidade da criação de uma Fundação, que é controlada e fiscalizada pelo próprio causador de sua existência.

As normas brasileiras não proíbem que o caso seja levado à Corte britânica, e embora a BHP tenha argumentado a falta de jurisdição, fica claro que os prejudicados devem ter a possibilidade de buscar justiça através de todos os instrumentos que lhe são permitidos.

Portanto, seja no Brasil ou no Reino Unido, todos os atores responsáveis pelo desastre, de maneira ativa ou passiva, devem ser chamados à responsabilidade de reparar o mais breve possível, pois completando quase seis anos do acontecimento, ainda há pouco sendo feito pela população e pelo meio ambiente afetado.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Atlas: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027402/>. Acesso em: 08 nov. 2021.

BARBOSA, Francisco Antônio Rodrigues et al. O desastre de Mariana e suas consequências sociais, econômicas, políticas e ambientais: porque evoluir da abordagem de Gestão dos recursos naturais para Governança dos recursos naturais?. *Revista Arquivos do Museu de História Natural e Jardim Botânico*. Belo Horizonte, MG, v.24, nº 1-2, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/mhnbj/article/view/6264>

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF.

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

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de Agosto de 1981. *Institui Política Nacional do Meio Ambiente*. Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 9.606, de 12 de Fevereiro de 1998. *Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá*



*outras providências*. Brasília, DF.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Resolução de nº 001, de 23 de Janeiro de 1986. *Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental*. Brasília, DF.

BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. *Laudo Técnico Preliminar: Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais*. Disponível em: [http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo\\_tecnico\\_pr\\_eliminar\\_ibama.pdf](http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_pr_eliminar_ibama.pdf)

BRASIL. *Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta*. Brasília, 02 de Março de 2016. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/07/ttac-final-assinado-para-encaminhamento-e-uso-geral.pdf>

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (5ª turma). *Agravo de Instrumento 1034788-57.2020.4.01.0000*. Dano Ambiental, Nulidade - Ausência de Intimação do Ministério Público. Agravantes: Ministério Público Federal (Procuradoria). Agravado: Comissão de Atingidos de Baixo Guandu/ES, Samarco Mineração S.A., Vale S.A., BHP Billiton Brasil LTDA. e Fundação Renova. Relatora: Desembargadora Federal Daniele Maranhão Costa. 21 de outubro de 2020. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/2020/agravo-de-instrumento\\_baixo-guandu.pdf](http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/2020/agravo-de-instrumento_baixo-guandu.pdf)

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (15ª Vara Federal Cível da SJMG). *Ação Civil Pública Cível 1023835-46.2021.4.01.3800*. Dano Ambiental, Dever de Informação, Oferta e Publicidade, Mariana. Autores: Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, Defensoria Pública da União e Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Réus: Samarco Mineração S.A., Vale S.A., BHP Billiton Brasil LTDA. e Fundação Renova. Relatora: Desembargadora Federal Daniele Maranhão Costa. 07 de Maio de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/mps-dpu-processam-fundacao-renova.pdf>

DIAS, Adriano de Oliveira; LUZ, Gustavo Silveira da; ASSUNÇÃO, Viviane Kraieski de; GONÇALVES, Teresinha Maria. Mariana, o maior desastre ambiental do Brasil: uma análise do conflito socioambiental. In: LADWIG, Nilzo Ivo; SCHWALM, Hugo (Org.) *Planejamento e gestão territorial: a sustentabilidade dos ecossistemas urbanos*. Criciúma, SC: EDIUNESC, 2018. Cap. 20. DOI: <http://dx.doi.org/10.18616/pgt20>.

ESPINDOLA, Haruf Salmen; NODARI, Eunice Sueli; SANTOS, Mauro Augusto dos. Rio Doce: riscos e incertezas a partir do desastre de Mariana (MG). *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 39, nº 81, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1806-93472019v39n81-07>

ESTADO DE MINAS GERAIS. Lei de nº 7.772, de 08 de Setembro de 1980. *Dispõe*

sobre a proteção, conservação e melhoria do Meio Ambiente. Minas Gerais, Diário do Executivo, p. 5, col. 1, 09 de Setembro de 1980.

FISCHER, Georg. *A crise ecológica na América Latina e a história Ambiental*. Boletim do Tempo Presente, nº 05, de 08 de 2013, p. 1 – 20. Disponível em: <http://www.seer.ufs.br/index.php/tempopresente>

FUNDAÇÃO RENOVA. *Indenizações*. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/indenizacoes/>

GALIL, Gabriel Coutinho. A responsabilidade das joint ventures transnacionais por violações de direitos humanos: um estudo à luz do caso samarco. *Homa – centro de direitos humanos e empresas*. vol. 3, n. 1 (2019)

GOMES, Gabriela Cristina Leite et al. A responsabilidade penal da pessoa jurídica em casos de crimes ambientais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n. 21, 2. Sem. 2013, p. 119-132. Belo Horizonte, Brasil. Disponível em: <http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/edicao-21/>

INGLATERRA. *Neutral Citation Number*: [2020] EWHC 2930 (TCC). Case Nos: E50LV008; E50LV010; HT-2019-LIV-00005. Manchester Civil and Family Court Centre, 1, Bridge Street West, Manchester, M60 9DJ. 06 de Novembro de 2020. Disponível em: [https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2020/11/municipiodemarianaorsvbhppcbhpltdfinalhd\\_101120202717.pdf](https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2020/11/municipiodemarianaorsvbhppcbhpltdfinalhd_101120202717.pdf)

INGLATERRA. *Neutral Citation Number*: [2021] EWCA Civ 1156. Case No: A1/2021/0290 A. Royal Courts of Justice Strand, London, WC2A 2LL. 27 de jul. d2021. Disponível em: [https://www.serlecourt.co.uk/images/uploads/news-and-events/Mariana\\_v\\_BHP\\_%2827\\_July\\_2021%29.pdf](https://www.serlecourt.co.uk/images/uploads/news-and-events/Mariana_v_BHP_%2827_July_2021%29.pdf)

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. REGULAMENTO (UE) N.º 1215/2012 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. *Relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, 12 de dezembro de 2012*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=EN>

LENZA, Pedro. *Esquematizado*: Direito Constitucional. Saraiva Jur: Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619306/>. Acesso em: 08 nov. 2021.

MANSUR, Maíra et al. *Antes fosse mais leve a carga*: reflexões sobre o desastre da Samarco/ Vale/ BHP Biliton. Marabá, PA: Editorial iGuana, 2016. Disponível em: <https://www.ufjf.br/poemas/files/2016/11/Livro-Completo-com-capa.pdf>

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. *MPMG identifica irregularidades no*

*funcionamento da Fundação Renova e rejeita contas prestadas referentes ao exercício de 2019*. Minas Gerais, fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/portal/menu/comunicacao/noticias/mpmg-identifica-irregularidades-no-funcionamento-da-fundacao-renova-e-rejeita-contas-prestadas-referentes-ao-exercicio-de-2019.shtml>

PGMBM. *Caso Mariana*: Entenda o caso. Disponível em: <https://casomariana.com.br/>

REIS, Clayton Reis; LUPI, Andre Lipi Pinto Basto; ROCHA, Debora Cristina de Castro. Considerações sobre a responsabilidade civil solidária por dano ambiental. *Revista Direito UFMS*, Campo Grande, Mato Grosso do Sul. v.5, nº1, 2019. P.173 – 188. Disponível em: <https://doi.org/10.21671/rdufms.v5i1.7737>

SARRETA, Cátia Rejane Liezbinski; BIANCHI, Géssica Priscila. A responsabilidade civil do estado por omissão na fiscalização nos crimes ambientais. *Revista Argumentum – RA*, Marília/SP, V. 16, pp. 183-208, Jan.-Dez. 2015. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/viewFile/72/26>

SILVA, Danielle Letícia da; FERREIRA, Matheus Carvalho; SCOTTI, Maria Rita. O maior desastre ambiental brasileiro: de Mariana (MG) a Regência (ES). *Revista Arquivos do Museu de História Natural e Jardim Botânico*. Belo Horizonte, MG, v.24, nº 1-2, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/mhnbj/article/view/6264>

SILVA, Géssica Auxiliadora da; BOAVA, Diego Luiz Teixeira; MACEDO, Fernanda Maria Felício. Refugiados de bento rodrigues: o desastre de mariana, mg. *Revista Pensamento Contemporâneo em Administração*, vol. 11, núm. 2, abril-junio, 2017, pp. 63-81 Universidade Federal Fluminense Rio de Janeiro, Brasil. Disponível em: <https://doi.org/10.12712/rpca.v11i2.930>

SILVA, Solange Teles da. Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado Avanços e Desafios. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, número 6, 2006, p. 169 - 188 . Rio Grande do Sul, Brasil. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/2317-8558.51610>

TEIXEIRA. Camila Cristina Azevedo Castro. A responsabilidade civil ambiental e a aplicação da teoria do risco integral. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, número 21, 2º semestre de 2013, p. 206-213. Belo Horizonte, Brasil. Disponível em: <http://revistas.newtonpaiva.br/redcup/edicao-21/>

WANDERLEY, Luiz Jardim et al . Desastre da Samarco/Vale/BHP no Vale do Rio Doce: aspectos econômicos, políticos e socio ambientais. *Cienc. Cult.*, São Paulo , v. 68, n. 3, p. 30-35, Sept. 2016. Disponível em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-672520160300011&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-672520160300011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 11 Sept. 2021. <http://dx.doi.org/10.21800/2317-66602016000300011>.

## CONTRATOS INTELIGENTES: POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO PELO JUDICIÁRIO DOS CONTRATOS FIRMADOS EM BLOCKCHAINS DESCENTRALIZADAS

### SMART CONTRACTS: POSSIBILITY OF MODIFICATION BY THE JUDICIARY OF CONTRACTS SIGNED IN DESCENTRALIZED BLOCKCHAINS

Fernando Rodrigues Pinheiro dos Santos<sup>24</sup>

**RESUMO:** O presente estudo verificará a possibilidade do Poder Judiciário em reverter totalmente ou modificar questões jurídicas decorrentes de contratos inteligentes armazenados em *blockchains* descentralizadas, bem como buscará compreender o conceito, a origem e o funcionamento dos contratos inteligentes e da *blockchain*. Após, analisar-se-á as características principais trazidas pela doutrina em geral de anonimização e imutabilidade da *blockchain*, buscando verificar se é possível que qualquer magistrado possa receber e julgar determinado processo no qual discute-se problemas jurídicos decorrentes de um contrato inteligente ante as diversas problemáticas que serão levantadas ao decorrer desta pesquisa na tentativa de adequar o direito fundamental ao acesso à justiça com as exigências processuais trazidas pelo atual código de processo civil, bem como analisar tais problemáticas sob a ótica da possibilidade monetária do Poder Judiciário em garantir esse direito sem que haja maior lentidão na máquina judiciária, para ao fim desta pesquisa chegar-se a um resultado adequado e proporcional ao dilema da utilização em massa dos contratos inteligentes e os eventuais problemas jurídicos frutos dessas relações digitais.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Blockchain*; contratos inteligentes; revisão contratual; decisões judiciais; jurisdição.

**ABSTRACT:** The present study will verify the possibility of the Judiciary to fully reverse or modify legal issues arising from smart contracts stored in decentralized blockchains, as well as seek to understand the concept, origin and functioning of smart contracts and blockchain. Afterwards, the main characteristics brought by the general doctrine of anonymization and immutability of the blockchain will be analyzed, seeking if it is possible that any magistrate can receive and judge a certain process in which legal problems arising from a smart contract are discussed in the face of the various problems that will be proposed during the course of this research in an attempt to adapt the fundamental right to access to justice with the procedural requirements brought by the current civil procedure code, as well as to analyze such problems from the perspective of the guaranteed possibility of the Judiciary to guarantee this right without that there is greater slowness in the judicial machine, so that, at the end of this research, an adequate and proportional result can be reached for the dilemma of the mass use of judicial processes and the legal problems resulting from these digital relations.

---

<sup>24</sup> Acadêmico do curso de direito do Centro Universitário Univel.

**KEYWORDS:** Blockchain; smart contracts; contractual review; judicial decision; jurisdiction.

## INTRODUÇÃO

Durante décadas o ser humano evolui no tratamento de novas tecnologias no qual possuem alta aplicabilidade no dia a dia do homem médio, podendo ser dito que a falta de muitas tecnologias atualmente faria diversos países sofrerem problemas sociais e econômicos diversos.

Dentre esse leque gigantesco de novas tecnologias difundidas, algumas que requer analisá-las com maior apreço, em especial nas relações privadas, é a chamada *blockchain* e os contratos inteligentes, porquanto inicialmente é necessário para entendê-los estudarmos o propósito dessas tecnologias.

Na análise dos períodos históricos é possível verificar algo em comum: a centralização menor ou maior de poder. Atualmente, mesmo na democracia, ainda existe um controle central de um Estado que influencia os rumos a serem tomados no campo econômico e social; outros que podem ser lembrados são os grandes bancos que também exercem um poder de centralizar o poder econômico.

Em 2008, diante dessa perspectiva, surge uma moeda virtual pouquíssima conhecida chamada “Bitcoin”, em que visava – e ainda visa – unicamente descentralizar o poder econômico e social, propiciando a proteção dos indivíduos em relação aos grandes *players* que controlam o mercado e em relação ao Estado por conta de suas políticas sociais e econômicas.

O Bitcoin, portanto, é uma moeda virtual que suprime intermediários e descentraliza o sistema de trocas, dando margem à concreção das vontades unicamente dos indivíduos, além de ser uma moeda deflacionária – tende por ser escassa a sempre se valorizar, diferente das moedas fiduciárias que são impressas por governos ao bel prazer do momento e redundam em um cenário catastrófico de alta inflação, tão comum na história brasileira.

Para implementar e ser eficaz essa ideia era preciso criar uma tecnologia com capacidade de transferir a moeda virtual Bitcoin de um ponto “A” a um ponto “B” e de forma contínua permitisse constar publicamente a existência dessa transferência, surgindo a então conhecida *blockchain*: um livro razão que permite enviar determinado ativo de forma descentralizada e constar publicamente a transação realizada.

Com o surgimento da *blockchain* tornou-se possível a aplicação prática dos contratos inteligentes, que em conceituação superficial pode ser definida como uma nova forma de contratar, ao qual permite a execução imediata e sem intermediários da obrigação no livro razão *blockchain* quando acordadas as vontades dos indivíduos.

Diante do exposto, vê-se que o Bitcoin e as moedas virtuais, a *blockchain* e os contratos inteligentes são interdependentes a) operacionalmente e b) fundamentalmente já que respectivamente: os contratos inteligentes gravam suas informações e/ou acordos de vontade na *blockchain* e as moedas virtuais podem ser meio de pagamento dessa relação jurídica; bem como todos os três mecanismos são, em regra, fundamentalmente descentralizados e contrários às intervenções estatais ou de outros entes centralizadores, ao não necessitarem de nenhum intermediário, bastando as vontades dos agentes contratantes.

Tal noção fundamentalista de descentralização é justamente para que a ideia inicial e principal trazida pelo Bitcoin de descentralização – ideia esta explicada em

parágrafos anteriores – possa ser aplicada na prática e perdurar, conseqüentemente garantindo a proteção dos indivíduos em face dos atos do Estado e de outras entidades centralizadoras.

Contudo, tais princípios de repulsa às intervenções estatais e conseqüente descentralização gera um grande problema que é a dificuldade de judicialização desses contratos inteligentes por conta de dois fatores importantes: a) em sua gênese esses mecanismos trazem consigo uma característica de anonimização, não possibilitando o conhecimento de com quem se contrata, por justamente ser um ambiente descentralizado; e b) há uma extrema dificuldade de um contrato inteligente feito em uma *blockchain* descentralizada ser modificado ou revertido, em razão do sistema de cadeia de blocos da *blockchain*.

Portanto, a ideia conclusiva é de que tais sistemas foram elaborados para evitar a intervenção de terceiros nas relações negociais a partir das principais características de anonimização e irreversibilidade de transações.

A conseqüente problemática jurídica, portanto, são também duas: a) como na maioria das vezes resta prejudicada a identificação da outra parte contratante, as futuras ações judiciais decorrentes de problemas jurídicos nos contratos inteligentes não terão as partes especificadas, inviabilizando o trâmite processual de citação e/ou cumprimento de sentença, pois não se sabe quem exatamente será citado e/ou quem deverá cumprir a sentença; b) ademais, em tese é uma tarefa hercúlia para o magistrado, mediante sentença, modificar as transações já realizadas pelas partes, por ser imodificável as transações feitas em *blockchains* descentralizadas por conta do funcionamento de cadeia de blocos da *blockchain* que impede a reversão já que a informação transacionada é gravada em um bloco e o próximo bloco se utiliza das informações do bloco anterior, gerando uma cadeia de blocos infinita que para desfazer exige um grande esforço computacional e monetário.

Em resumo do segundo problema: é de grande dificuldade para o Poder Judiciário ao julgar um problema jurídico de um contrato inteligente conseguir via sentença desfazer a transação executada, impossibilitando que os tokens ou criptomoedas transacionadas voltem para as respectivas carteiras de origem.

Portanto, a ideia de descentralização e seus procedimentos de proteção contra o Estado e outros entes centralizadores do Bitcoin, da *blockchain* e dos contratos inteligentes deverá ter um contraponto quanto a segurança jurídica e o direito constitucional de acesso à justiça de um jurisdicionado ter o seu bem jurídico reparado pela jurisdição em casos de injustiças fruto dessas relações jurídicas firmadas nesses novos mecanismos computacionais.

Logo, a presente pesquisa em um primeiro momento irá se aprofundar na conceituação e operabilidade de tais sistemas e após irá verificar a possibilidade de julgamento e revisão dos contratos inteligentes com o direito processual brasileiro.

Ressalta-se que a temática ora trabalhada terá como norte a utilização em massa dessas novas formas de contratar e colocará em contraposição a estrutura atual do Poder Judiciário e de seus mecanismos à disposição.

Portanto, não se quer aqui enfrentar o tema na perspectiva de casos isolados ou pontuais, mas sim analisar como o Código de Processo Civil e a instrutura interna dos órgãos judiciários recepcionarão em massa essa nova perspectiva tecnologia de algo criado para, em tese, não ser possível seu conhecimento e de nenhum outro órgão estatal ou privado de controle.

## 2 OS CONTRATOS E SUA NOVA PERSPECTIVA DIGITAL

O instituto contrato é um dos institutos que melhor resistiu ao intenso teste do tempo, indicando a doutrina que sua origem é a mais remota possível, datando dos primórdios das relações humanas e estando em pleno uso até os dias de hoje, sendo inclusive zelada pelo atual direito pátrio como meio de concreção de vontades.

Em um aprofundamento teórico, a natureza jurídica dos contratos é um entendimento solidificado no atual cenário doutrinário e jurisprudencial, trata-se, portanto, de um negócio jurídico por excelência, podendo ser conceituado da seguinte maneira conforme os ensinamentos de Orlando Gomes (2009, p.4) “[...] o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral.”

Como consequência jurídica da natureza jurídica dos contratos, eles não apenas devem respeitar os elementos que permitem a sua existência no mundo jurídico, devem também respeitar os requisitos de validade trazidos pela lei, conforme o teor do art. 104 do Código Civil.

Os contratos passam por quatro importantes estágios de celebração: I) a primeira é a fase de negociação, em tese é o momento dos debates e tratativas preliminares do objeto negociado, não há previsão no código mas está protegida pela boa-fé objetiva; II) em um segundo momento ocorre a fase da proposta, acontecendo a oferta formalizada, exteriorizando uma das partes a vontade de contratar e pleiteando a concordância da outra parte para que aceite contratar, no qual aceita a proposta vincula e obriga o cumprimento dos termos contratuais aceitos; III) a terceira fase é dispensável, podendo ocorrer à vontade das partes, denomina-se contrato preliminar, em que obriga as partes realizarem o contrato definitivo; IV) e em último momento, tem-se o denominado contrato definitivo, fase em que há, nas palavras de Tartuce (2021, p. 1080), “o choque ou encontro de vontades originário da liberdade contratual ou autonomia da vontade [...]”, estando aperfeiçoada a relação contratual.

## 2.1 A ERA DIGITAL NO DIREITO

O direito possui como objeto principal a regulação das condutas humanas visando a harmonia social e para que tal tarefa seja eficaz deve se adaptar as circunstâncias sociais do momento o que atualmente se observa ser as novas tecnologias.

A internet trouxe diversas modificações dentre elas a globalização da informação e dos relacionamentos jurídicos, ao passo que as barreiras fronteiriças foram encurtadas.

Diante disso, a legislação brasileira tratou de regulamentar essa vastidão de possibilidades criando o marco de regulamentação da internet, contudo, ainda há diversos fatos importantes para o direito que surgem com essa nova era digital que necessitam de regulamentação.

As criptomoedas e seus corolários são fatos que necessitam de regulamentação frente a essa nova era digital.

## 2.2 CONCEITO, ORIGEM E FUNCIONAMENTO DOS CONTRATOS INTELIGENTES

A conceituação de contrato inteligente pode ser vista de variados ângulos, mas a perspectiva aqui preterida é a abordagem majoritariamente jurídica, requer-se aqui tratá-lo como fato jurídico, visto que muitos conceitos buscam restringi-los a meros códigos computacionais, retirando a sua essência jurídica, pois como

preleciona Divino (2018, p. 2785):

[...] a característica intrínseca que Szabo quis dar aos contratos inteligentes e que em grande parte é suprimida na elaboração desses conceitos é a própria essência contratual e capacidade de criar um acordo legalmente exigível. Caso houvesse sua negatória ou descaracterização como instrumento contratual, inexistiria motivos para discutir os aspectos legais referente aos institutos contratuais que dele exsurgem. Não haveria razão e argumentação jurídica para dissertar sobre um aparato aquém da ciência do Direito. Portanto, primeiramente, o primeiro aspecto jurídico relevante é sua categorização como contrato, e não mero código de programação.

É necessário observar e adequar em abstrato tais mecanismos ao atual conjunto de normas brasileiras, mas de igual forma é necessário analisar objetivamente a praticidade dessas tecnologias em comparação com a atual estrutura do Poder Judiciário, esta análise é essencialmente jurídica e aqui será perquirida.

Noutro giro, Skaroff (2018, p. 263) conceitua contratos inteligentes da seguinte maneira ““Smart contracts” are decentralized agreements built in computer code and stored on a blockchain.”<sup>25</sup>

Portanto, em vista do que fora demonstrado acima de buscar conceituar contrato inteligente sob o prisma jurídico, o conceito mais completo e essencialmente jurídico é dado por Divino (2018, p. 2788):

Dessa forma, define-se *Smart Contract* como negócio jurídico unilateral ou bilateral, quase inviolável, imperativo, previamente pactuado escrita ou verbalmente, reduzido à linguagem computacional apropriada (algoritmos) e expresso em um termo digital que representará *ipsis litteris* o anteriormente acordado, armazenado e executado em uma base de banco de dados descentralizado (*Blockchain*), para geri-lo autônoma e automaticamente desde sua formação à sua extinção - incluindo condições, termos, encargos, e eventuais cláusulas de responsabilidade civil – com auxílio de *softwares* e *hardwares*, sem a interferência de terceiros, objetivando à redução de custos de transação e eventuais despesas judiciais, desde que aplicados princípios jurídicos e econômicos compatíveis com a relação contratual instaurada.

É passível, portanto, a aplicação direta da teoria do negócio jurídico elaborada por Pontes de Miranda já que é em essência negócio jurídico por excelência ainda que configurado e elaborado por meio de códigos computacionais.

Quanto a sua natureza jurídica, há posicionamentos que revelam que os contratos inteligentes são apenas um mecanismo, uma nova forma de comprimir as vontades humanas em códigos de computador em uma base de dados denominada *blockchain*, sendo executado de maneira automática e sem intermediários, conforme lições de Carvalho e Ávilla (2019, p. 158) “Os contratos inteligentes nada mais são que os contratos codificados e colocados em uma base de dados de execução automática e autônoma”.

Para essa corrente seria necessário observar que, apesar da alcunha de contrato inteligente trazida pela comunidade científica jurídica em geral, não se trata em sua natureza de um contrato atípico, ou seja, de um novo instituto contratual

---

<sup>25</sup> Os contratos inteligentes são acordos de vontade descentralizados construídos em códigos computacionais e armazenados na blockchain. (tradução nossa)



diferente dos contratos tradicionais de compra e venda, doação, de mútuo ou de comodato. Trata-se em especial de uma nova forma de contratar. Uma nova forma em que a vontade é expressada. Podendo ser dito que o contrato inteligente, apesar das suas particularidades, é tal qual uma folha de papel que expressa um determinado negócio jurídico típico ou atípico, sendo de igual o modo o entendimento de Baião (2018, s/p) “Assim, apesar da denominação “contratos inteligentes”, estes não são exatamente contratos, mas apenas a faceta executável ou executada da contratação.”

Como também expõe Cavalcanti e Nóbrega (2020, p. 98) “Para alguns, no entanto, *smart contracts* nem contratos são, mas sim meros programas de computador que executam um acordo pré-existente [...]”.

Portanto, a diferença entre a forma de contratar tradicional e a forma dos *smarts contracts* é sua forma de execução na *blockchain*, ainda assim continuando a representar um contrato típico ou atípico.

No que tange a sua origem, a ideia principal surge há alguns anos antes das tecnologias da *blockchain* e do Bitcoin, seu idealizador é o jurista e criptógrafo americano Nick Szabo, sendo divulgado este novo conceito no ano de 1996 por meio de um artigo denominado “*Smart Contracts: Building Blocks for Digital Free Markets*”.<sup>26</sup>

A ideia surgiu a partir do funcionamento de *vending machines*, máquinas em que se colocam dinheiro e automaticamente entregam o produto desejado, as famigeradas máquinas de chocolates ou refrigerantes. A partir disso, Nick idealizou um sistema em que os negócios jurídicos fossem traduzidos em códigos de computador, permitindo uma menor taxa de erro acarretada pela subjetividade que há na linguagem humana, tornando as operações contratuais automáticas, ou seja, autoexecutáveis, eliminando intermediários por meio de códigos e cálculos matemáticos, pois a confiança não está mais no terceiro (no Estado, no banco, no fiador ou outro terceiro qualquer), mas no código computacional desenvolvido e em operação no contrato inteligente.

Ou seja, os contratos inteligentes diminuem custos, permite a descentralização e torna anônimas as partes do contrato.

Segundo Efing e Santos (2018, p. 54), o seu funcionamento se dá de forma lógica, assim procedendo: *smart contracts* são criados na conhecida fórmula de programação computacional “[...] se x, então y”, isto é, se implementada certa condição, será cumprida a prestação contraposta.”

Para melhor compreensão e dimensão de sua aplicação prática do direito privado, cita-se o exemplo prático para maior trazido por Cavalcanti e Nóbrega (2020, p. 95), no qual “Um exemplo seria, hipoteticamente, um contrato de seguro que pagasse o prêmio acaso a temperatura excedesse um determinado nível por cinco dias consecutivos. Nesse caso, um site referenciado seria imediatamente acessado e o contrato executado pela transferência imediata de bitcoins.”

Resta neste momento o estudo da *blockchain*, responsável pela operabilidade dos contratos inteligentes, no qual será analisado no próximo tópico.

### **3 CONCEITUAÇÃO, UTILIZAÇÃO E APLICAÇÃO DA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN**

Afunilando a discussão desse tema, é notória a revolução: a perpetuação e utilização pela massa pelas instituições públicas e privadas da *blockchain* e dos

---

<sup>26</sup> Contratos inteligentes: construindo blocos para o livre mercado digital. (tradução nossa)

*smarts contracts* ou contratos inteligentes. O mecanismo da *blockchain* surge a partir da ideia de descentralização do dinheiro trazida pelo Bitcoin, a necessidade de que se pudesse transferir a propriedade do Bitcoin de forma eficaz e segura de um ponto A ao B, sem perder a infungibilidade ou outra insegurança congênere no sistema de trocas, criando-se então a *blockchain*, que nas palavras de Mougayar (2016, p. 4) pode ser visto em três prismas:

*Technically, the blockchain is a back-end database that maintains a distributed ledger that can be inspected openly. Business-wise, the blockchain is an Exchange network for moving transactions, value, assets between peers. Without the assistance of intermediaries. Legally speaking, the blockchain validates transactions, replacing previously trusted entities.*<sup>27</sup>

A *blockchain* possui um caráter essencial na aplicação dos contratos inteligentes, pois trata-se do ambiente em que há a inserção das cláusulas contratuais em blocos de informações, que podem ser inspecionados publicamente. dito de outra forma a *blockchain* é alma dos contratos inteligentes e das criptomoedas, haja vista que permite operabilidade, validade e veracidade dos ativos transacionados, conforme as lições de Carvalho e Ávilla (2019, p. 158):

Já a tecnologia *Blockchain*, também conhecida como a rede de nós compartilhada, é um banco de dados que armazena diversas informações codificadas, insere as cláusulas do Contrato Inteligente em blocos imutáveis, e garante que a execução das obrigações se dê de modo imediato, autônomo e à prova de violações. Isso tudo para conferir maior rapidez, segurança e praticidade aos participantes da rede.

Logo, a tecnologia *blockchain* é caracterizada por sua confiabilidade entre os usuários e alta aplicação prática em todos os ramos do direito privado quanto ao cumprimento de obrigações firmadas.

### 3.1 O FUNCIONAMENTO DA *BLOCKCHAIN* E SUA CARACTERÍSTICA DA IMUTABILIDADE

Quanto a utilização de seu sistema, é necessário possuir uma carteira digital ou *wallet*, no qual também possuirá uma chave privada e uma chave pública para realizar as assinaturas das transações.

Ao realizar a transferência o usuário assina com sua chave privada a transação e remete uma sequência numérica ao destinatário, este realiza a checagem da veracidade dos dados transacionados a partir da comparação entre a chave privada – que tão somente o usuário tem acesso – e a chave pública – caracterizado por ser de conhecimento público.

A partir disso, o sistema gera uma *hash* única que é composta pela chave pública das partes contratantes e outras informações complementares da transação realizada, enviando essa *hash* para todos os usuários da rede e para dentro de *block* ou bloco onde outras *hashs* de outras transações também são armazenadas.

Quando este bloco “enche” de *hashs* o bloco cria uma nova *hash* a partir do total de *hashs* armazenadas no bloco em conjunto da *hash* do bloco anterior que

<sup>27</sup> Tecnicamente, a *blockchain* é um banco de dados de *back-end* que mantém um livro-razão distribuído que pode ser inspecionado abertamente. Em termos de negócios, o *blockchain* é uma rede Exchange para mover transações, valores e ativos entre pares. Sem ajuda de intermediários. Legalmente falando, a *blockchain* valida as transações, substituindo as substituições anteriores. (tradução nossa)

passou pelo mesmo procedimento, criando assim uma cadeia ou *chain* entre todos os blocos e por fim ocorrendo a validação matemática desses blocos pelos mineradores ou *nonces*.

A sua tecnologia se baseia principalmente em *hashs* e cálculos matemáticos validadores da rede.

Deste modo, o nome do sistema representa a sua própria operabilidade, ou seja, uma cadeia de blocos, pois o bloco posterior sempre se utiliza da *hash* do bloco anterior, logo, havendo mudanças em qualquer bloco: todos os blocos irão serem invalidados.

Aqui reside um grande problema da *blockchain* além da anonimização que é a duvidosa possibilidade de mudanças das transações já realizadas, em razão dessa dificuldade de haver uma autoridade central ou qualquer meio barato e simples de modificação desses dados transacionados, necessitando sempre lembrar que este sistema é averso a qualquer autoridade central ainda que o Poder Judiciário.

#### **4 A CARACTERÍSTICA DE IMUTABILIDADE DAS TRANSAÇÕES REALIZADAS POR MEIO DE *BLOCKCHAIN*, SUA REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS INTELIGENTES E POSSÍVEIS SOLUÇÕES**

Primeiramente é necessário lembrar o caráter essencial de descentralização desse ambiente que surge com o Bitcoin e a sua tecnologia que permite a operacionalidade da mencionada moeda que é a *blockchain*.

A *blockchain* fora criada de forma a permitir a transferência do Bitcoin sem que houvesse a necessidade de qualquer terceiro como parte confiável e nem mesmo fosse exigido uma instituição financeira que intermediasse as relações jurídicas, porque a confiança não está mais no terceiro e sim no sistema, como ressalta Mougayar (2017, s/p): “[...] o blockchain valida as transações, substituindo entidades anteriormente confiáveis.”

Portanto, em breve resumo, o mecanismo da *blockchain* e os contratos inteligentes são aversos à intervenção e à regulação de terceiros nas relações de trocas realizadas nesses ambientes, com isso acarretando singularidades a estas relações como a anonimização dos contratantes e a imutabilidade das transações em razão do sistema de cadeia de blocos e sua utilização de *hashs*.

O corolário lógico é que tais sistemas não foram criados possibilitando sua análise pelo Poder Judiciário, pelo contrário, eventual possibilidade de análise é ir contrário a própria natureza de seu sistema e fundamentos.

Em complemento, cita-se que após a criação do sistema descentralizado e a repulsa estatal trazidos pelo Bitcoin e sua *blockchain* ao não possuir uma autoridade central que gere e valida as diversas operações, pensa-se já em sistemas centralizados que utilizam a identificação pessoal dos negociadores por meio do KYC (*Know Your Customer*), havendo a exigência da identificação civil para negociar na plataforma permitindo maior controle estatal, já estando em utilização em alguns projetos.

Logo, a problemática jurídica principal reside quanto aos sistemas descentralizados e na possibilidade de ao ser identificado algum problema jurídico nos contratos inteligentes – quanto existência no mundo do direito, validade ou eficácia desse negócio jurídico –, estes serem levados ao Poder Judiciário e sentenciados e essa sentença poder entregar o bem da vida pretendido pelo autor ante a essência descentralizada do ambiente da *blockchain* e dos contratos

inteligentes.

Portanto, a primeira doutrina declara que resta muitas dificuldades até mesmo na regulação desses sistemas por governos ou qualquer outra intervenção estatal, em especial a judicial, pela já mencionada descentralização e a anonimização dos dados das *Blockchain*, pois como pode ser exposto:

Dito de outra forma, os ambientes contratuais de computação descentralizada em blockchain são relativamente imunes a controles estatais territoriais, pois dificilmente decisões proferidas por países soberanos (leis, sentenças etc.) produziram algum efeito direto nesses ambientes. A própria confiabilidade das cadeias de transação depende dessa independência e o caráter descentralizado de sua computação pode tornar difícil (para não dizer impossível) a identificação de um destinatário devidamente individualizado para, por exemplo, cumprir uma determinação judicial. (COSTA; MARQUES, 2019, p. 10)

Em posição contrária existe doutrina que entende ser possível o conhecimento pelo judiciário de demandas relacionadas com contratos inteligentes, citando o seguinte:

Se uma pessoa “A” transferiu uma criptomoeda para a pessoa “B” como resultado de um erro, dolo ou fraude, a abordagem da blockchain como fato impediria que se buscasse invalidar a transação. Nesse caso, o enfoque, segundo Lehman (2019), deveria recair sobre a possibilidade de reverter as transações na própria blockchain – o que pode ser ordenado pelo Direito por meio de uma obrigação de fazer uma transferência reversa, garantida pela aplicação de multas em caso de descumprimento. (HASTREITER; RIBEIRO, 2022, p. 73)

Portanto, são essas as grandes vertentes a despeito da mutabilidade ou não dos sistemas descentralizados.

#### 4.1 ANÁLISE DOS PENSAMENTOS DOUTRINÁRIOS E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Ao analisar o pensamento de Lehman, o seu raciocínio aparenta estar correto, entretanto tal entendimento se aplica quando se tem o conhecimento de com quem se está contratando. Na prática, ou seja, no ambiente virtual da *blockchain*, dificilmente se conhece a outra parte da relação contratual, o que torna ineficaz qualquer propositura de uma inicial pois prejudicará até mesmo a citação que é condição de validade do processo, como explicita o art. 239 do CPC.

Em adição, ainda que fosse realizado citação por edital nos moldes do art. 256, inciso I, do CPC para suprir o desconhecimento do polo passivo da demanda, não haverá como cumprir a sentença pelos meios tradicionais do art. 513 e seguintes do CPC, em razão da impossibilidade de se conhecer quem deverá ter os bens expropriados.

Na melhor das hipóteses, mesmo que o réu fosse devidamente citado por edital e houvesse sentença judicial procedente em relação ao pedido inicial do autor no qual requer a análise desse contrato, não há como haver mudanças dos dados já transacionados caso o pedido do autor seja a reversão da transação, em razão de ser muitíssimo custoso modificar todos os blocos já criados, pois como bem explicado anteriormente o bloco posterior utiliza a *hash* do bloco anterior para gerar sua própria *hash*. Logo, havendo qualquer mudança no bloco anterior o bloco posterior é automaticamente invalidado e assim sucessivamente, gerando uma

insegurança negocial e jurídica tamanha, em razão de todos os negócios jurídicos posteriores a modificação do bloco modificado serem invalidados pelo sistema.

Aparentemente tal impossibilidade de análise pelo judiciário e uma eventual norma que impeça o conhecimento *ab initio* de uma petição quando desconhecido o polo passivo nos casos envolvendo contratos inteligentes realizados em ambientes descentralizados parece ferir gravemente o princípio do acesso à justiça prevista no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, ocorre que nenhum princípio é absoluto e deve ser ponderado quando conflita com outros princípios.

Tal tecnologia é potencialmente criada para que cada vez mais ganhe aderência social e possa ser utilizado pela massa. Nesse sentido, verifica-se que a propositura de diversas demandas geralmente sem conhecimento do polo passivo tornaria ainda mais custoso o processo e a máquina do Poder Judiciário já que em tese é muito dificultoso para não dizer impossível a identificação dos sujeitos da relação contratual inteligente nos casos de ambientes descentralizados, havendo somente a possibilidade de tentar identificá-los pelos meios tradicionais da informática.

Disto decorre dois grandes problemas: I) ainda que fosse possível identificar o contratante anônimo pelos meios ordinários de informática, o Poder Judiciário não possui estrutura ou órgão especializado para identificar em massa a localização dos réus por esses referidos meios, o que fatalmente acarretaria em mais gastos ao erário e pouca efetividade, sendo medida desproporcional; II) além do mais, na maioria dos casos, as partes dos contratos inteligentes nem sempre residem no mesmo país, sendo necessário o uso de cartas rogatórias em eventuais ações judiciais, no teor do art. 237, inciso II do CPC, o que torna ainda mais moroso o prosseguimento da marcha processual e como dedução lógica prejudica a atividade jurisdicional.

Portanto, eventual ação envolvendo *smarts contracts* que não possuem réu determinado e realizados em ambientes descentralizados, o direito de acesso à justiça conflita com o direito de outros com demandas ditas normais de terem o direito a uma duração razoável do processo com uma atividade jurisdicional efetiva e sem ressaltar os gastos que acarretaria ao erário para se adequar a um projeto desenvolvido para aqueles que justamente não desejam a intervenção estatal em suas relações negociais, não ferindo o princípio de acesso à justiça por se tratar de um direito de escolha em contratar em um ambiente que despreza essencialmente a intervenção estatal pela anonimização e imutabilidade.

Desta forma, é visto que há grandes empecilhos para que os contratos inteligentes firmados em ambientes descentralizados serem levados ao Poder Judiciário para o conhecimento de eventuais problemas jurídicos decorrentes de obrigações por não haver geralmente a possibilidade de conhecer com quem se obriga e em razão da irreversibilidade das transações realizadas, nem mesmo podendo haver a reversão das transações por qualquer juiz, em razão da insegurança que traria ao sistema e ao custo para que essa reversão fosse efetivada.

Já quanto aos ambientes centralizados que possuem a identificação (KYC – Know Your Customer), pode *prima facie* serem levados tranquilamente ao Poder Judiciário, em razão da empresa dirigente dessas relações possuir os dados

cadastrais das partes, podendo ser trazidos tais dados ao processo com a cooperação do juízo mediante expedição de ofício à pessoa jurídica central desse ambiente e o bem da vida pode ser entregue pelo Judiciário por meio do rito de cumprimento de sentença, até mesmo podendo o magistrado bloquear as criptomoedas depositadas nesses ambientes centralizados para satisfazer as variadas obrigações.

#### 4.2 NOVOS MEIOS DIGITAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONTRATOS INTELIGENTES

Em contraponto à perspectiva de judicialização desses novos contratos, um novo paradigma de resolução de conflitos frente a essa impossibilidade de análise pelo Poder Judiciário de lides envolvendo *smarts contracts* está sendo construída na rede, o que faz a doutrina vislumbrar a imperiosa necessidade desses novos mecanismos para mitigar ou suprir a judicialização dos contratos inteligentes na própria rede *blockchain*, o que fará com que haja uma nova fase do direito denominada *Lex Cryptographia*, necessitando ser citado:

Em um segundo lugar, alega Skalaroff, como os *smarts contracts* por definição não podem ser levados ao Judiciário, é necessário encontrar algum mecanismo que compense a sua violação. Esse é realmente um ponto polêmico. Uma discussão interessante é que estaríamos caminhando para uma nova fase do direito, o que chamaríamos de *Lex Cryptographia* e que vai além da *Lex Mercante* e da *Lex Informática*. Trata-se, pois, de uma nova maneira de encarar os contratos e o direito contratual, buscando uma maior eficiência. (FRANÇA; NÓBREGA, 2020, p. 99)

Deve ser ressaltado que a doutrina relata que apesar de ser os contratos inteligentes inflexíveis ou imodificáveis essa qualidade essencial dirime a existência de futuras litigâncias em razão da sua execução automática, conforme preleciona Sklaroff (2017, p. 279):

*Smart contracts are useful because they eliminate the possibility of breach, forcing parties to honor their original agreements. This quality reduces the amount of resources each party needs to monitor the other and avoids the high cost of litigation. Thus, smart contracts enable “trustless” transactions, agreements in which parties are secure without a formal legal contract.*<sup>28</sup>

Apesar dessa qualidade de prevenção de lides pela própria operabilidade dos *smarts contracts*, Sklaroff (2017, p. 300) ressalta a necessidade de que seja disponibilizado meios de solucionar conflitos no próprio ecossistema digital criando tribunais que apliquem ao caso concreto a melhor solução, até mesmo visando criar um serviço especializado no qual se pagaria para utilizá-lo, sem a necessidade de judicializar, pois, segundo ele:

*Finally, it’s worth noting that blockchain-enabled dispute resolution systems are already in place. These procedures allow parties to respond to disputes without the need for litigation, and proponents might therefore argue that*

---

<sup>28</sup> Os contratos inteligentes são úteis porque eliminam a possibilidade de violação, forçando as partes a honrar seus acordos originais. Essa qualidade reduz a quantidade de recursos que cada parte precisa para monitorar a outra e evita o alto custo do litígio. Assim, os contratos inteligentes permitem transações “sem confiança”, acordos nos quais as partes estão seguras sem um contrato legal formal. (tradução nossa)

*they mimic the role of flexibility in semantic contracts. For example, OpenBazaar, a peer-to-peer marketplace similar to eBay, relies on moderators to adjudicate disputes. Buyers can include a moderator on a transaction, which allows for reversibility of the transaction if the moderator agrees with the complainant. Moderators review the parties' arguments and decide who has been wronged, triggering payment of the disputed funds. The creator of Ethereum, Vitalik Buterin, has even suggested a decentralized court system to adjudicate disputes in exchange for a fee. Such courts would be especially useful for "determin[ing] the meaning of 'reasonable.'"<sup>29</sup>*

Logo, nota-se que o sistema de liberdade e antagonismo a intervenção estatal criado pela *blockchain* e o Bitcoin inova não só as negociações, mas também inova no sistema jurídico ao implementar formas de resolução de conflitos mais eficazes e práticas sem necessitar da intervenção estatal.

## CONCLUSÃO

Diante da anterior exposição teórica, observa-se que há grandes desafios para a implementação em massa dos contratos inteligentes e *blockchain* nas relações jurídicas rotineiras, mas que aos poucos e munidos de muitíssima prudência os desafios serão superados e consciências serão modificadas frente a alta carga de liberdade desses novos mecanismos.

A análise aqui objetivada enfrentou a possibilidade do Poder Judiciário em uma ação revisional ou qualquer outra ação conseguir julgar e realizar mudanças fáticas efetivas ao entregar o bem pretendido.

Como visto, a problemática e desafios se restringem aos sistemas descentralizados caracterizados pela anonimização e imutabilidade.

Diante disso, verificou-se que em um primeiro momento é de grande dificuldade saber com quem se contrata, pois, as partes são anônimas, bem como o mecanismo da *blockchain* é extremamente dificultoso em modificar transações, gerando um grande custo financeiro e alta insegurança negocial no ecossistema.

Neste sentido, não é possível que contratos inteligentes firmados em ambientes descentralizados possam ser levados ao Poder Judiciário para o conhecimento de eventuais problemas jurídicos por não haver geralmente a possibilidade de conhecer com quem se obriga e em razão da irreversibilidade das transações realizadas, entretanto trazendo a doutrina a possibilidade de criar mecanismos de soluções de conflitos para suprir ou evitar a custosa litigância.

Já quanto aos ambientes centralizados que possuem a identificação (KYC – Know Your Customer), pode *prima facie* serem levados tranquilamente ao Poder Judiciário, em razão da empresa dirigente dessas relações possuir os dados cadastrais das partes, podendo ser trazidos tais dados ao processo com a

---

<sup>29</sup> Finalmente, vale a pena notar que os sistemas de resolução de disputas habilitados para *blockchain* já estão em vigor. Esses procedimentos permitem que as partes respondam a disputas sem a necessidade de litígio, e os proponentes podem, portanto, argumentar que eles imitam o papel da flexibilidade nos contratos semânticos. Por exemplo, o OpenBazaar, um mercado peer-to-peer semelhante ao eBay, conta com moderadores para julgar disputas. Os compradores podem incluir um moderador em uma transação, o que permite a reversibilidade da transação se o moderador concordar com o reclamante. Os moderadores analisam os argumentos das partes e decidem quem foi prejudicado, desencadeando o pagamento dos fundos contestados. O criador do Ethereum, Vitalik Buterin, chegou a sugerir um sistema judicial descentralizado para julgar disputas em troca de uma taxa. Tais tribunais seriam especialmente úteis para "determinar o significado de 'razoável'". (tradução nossa)

cooperação do juízo mediante expedição de ofício à pessoa jurídica central desse ambiente e o bem da vida pode ser entregue pelo Judiciário por meio do rito de cumprimento de sentença, até mesmo podendo o magistrado bloquear as criptomoedas depositadas nesses ambientes centralizados para satisfazer as variadas obrigações.

Portanto, é necessário que a legislação se adeque a esse novo panorama tecnológico impossibilitando de plano ações que possuam como causa de pedir problemas jurídicos em *blockchains* descentralizadas.

Tal conclusão, apesar de destoar do amplo acesso a atividade jurisdicional, é devidamente proporcional e adequada para o bom funcionamento da atividade jurisdicional e aos princípios de rejeição a intervenção estatal da *blockchain* e criptomoedas em geral.

Como ressalva legislativa, a petição poderia ser recebida se a própria parte indicasse ao menos a parte no qual deverá cumprir a obrigação, podendo assim ocorrer sua citação válida e a expropriação de seus bens por outros meios, não necessitando reverter a transação na própria *blockchain*.

Ademais, há outros meios diversos da jurisdição que podem ser implementados possibilitando resolver conflitos em *smarts contracts* devendo a nossa legislação permiti-los e incentivá-los para que não haja o uso pouco eficaz da jurisdição.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BAIÃO, Renata Barros Souto Maior. Smart contracts são contratos inteligentes? *ProXXima*, 2018. Disponível em: <<https://www.proxima.com.br/home/proxima/how-to/2018/07/26/smart-contracts-sa-o-contratos-inteligentes.html>>. Acesso em: 07 mar. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. 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: 02 mar. 2022.

CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo; NÓBREGA, Marcos. Smart contracts ou “contratos inteligentes”: o direito na era da blockchain. *Revista Cers*, 2020. Disponível em: <<https://revista.cers.com.br/ojs/index.php/revista/article/view/75>>. Acesso em: 05 mar. 2022.



CARVALHO, Carla Arigony de; Ávila, Lucas Veiga. A tecnologia blockchain aplicada aos contratos inteligentes. *Revista Em Tempo*, 2019. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3210>>. Acesso em: 25 fev. 2022.

COSTA, José Augusto Fontoura; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Contratos inteligentes, OAD e nova economia institucional: perspectivas para a interpretação e aplicação de ajustes celebrados em computação descentralizada a partir de estudos de caso sobre a vulnerabilidade da codificação no ambiente do Ethereum. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 18. ano 6. p. 61-90. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2019. Disponível em: <<http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/563>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. Smart contracts: conceitos, limitações, aplicabilidade e desafios. 2018. Lisboa. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 2018. Disponível em: <<https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-4-2018-n6/182>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

EFING, Antonio Carlos; SANTOS, Adrielly Pinho dos. Análise dos smart contracts à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro. 2018. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado em Direito e Desenvolvimento Sustentável*, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/755>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HASTREITER, Michele Alessandra; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Conflitos de leis e jurisdições nas transações celebradas a partir da blockchain. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 20, n. 33, p. 60-82, jan./abr. 2022. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/3909>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

MOUGAYAR, William. *The business blockchain: promise, practice, and application of the next internet technology*. New Jersey: Wiley, 2016.

SKLAROFF, Jeremy. *Smart contracts and the cost of inflexibility*, 2017. Disponível em: <[https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol166/iss1/5/](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol166/iss1/5/)>. Acesso em: 21 jan. 2022.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

## GOVERNANÇA, COMPLIANCE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: POR UMA GESTÃO TRANSPARENTE E EFICIENTE

### GOVERNANCE, COMPLIANCE AND PUBLIC ADMINISTRATION: FOR TRANSPARENT AND EFFICIENT MANAGEMENT

Maxsoel Schmidt<sup>30</sup>  
Alexandre Barbosa da Silva<sup>31</sup>

**RESUMO:** A pesquisa analisa o panorama da Administração Pública na governança e implementação de programas de *compliance*. Os conceitos, embora nascidos no ambiente corporativo, têm sido aplicados no setor público, trazendo uma nova forma de administração do Estado, baseada na gestão de riscos e fortalecimento de princípios de responsabilidade e transparência. No Brasil, a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e sua regulamentação, por meio do Decreto 11.129/2022, representam inovação legislativa para a criação do *compliance* nas empresas que contratam com a Administração, prevendo atenuação de penas no caso de responsabilização da pessoa jurídica que comprove a existência do programa de integridade em sua estrutura. Na Administração Indireta, a criação de tais programas é prevista na Lei 13.303/2016 (Estatuto das Estatais). Embora inexista legislação nacional que obrigue a criação de programas de integridade na Administração Direta, a Controladoria-Geral da União (CGU) tem publicado diversos manuais e guias orientando a importância desses programas no setor público. De maneira geral, o panorama legislativo brasileiro aponta que há iniciativas para a promoção da integridade na Administração, em especial na estrutura federal, porém, Estados e Municípios dependem de publicação de lei local para a efetivação do *compliance* público. Segundo a Transparência Internacional, no Índice de Percepção da Corrupção, o Brasil ainda aparece em baixas posições quanto à transparência, quando comparado a outros países. No âmbito interno, a maioria dos estados ainda necessita avançar para melhorar seus índices de transparência. Conclui-se que, não obstante as iniciativas para a promoção da integridade, ainda há diversos desafios a serem superados pelo Brasil para a promoção de melhores índices de transparência e que a busca pela boa governança e integridade da Administração perpassa a criação e o fortalecimento de programas de *compliance* público, que consigam efetivamente gerir riscos e responsabilizar agentes envolvidos em resultados indesejados para a gestão pública.

**PALAVRAS-CHAVE:** governança; *compliance*; administração pública.

**ABSTRACT:** This article analyzes the panorama of Public Administration in the governance and implementation of compliance programs. The concepts, although born in the corporate environment, have been applied in the public sector, bringing a new form of State administration, based on risk management and strengthening of principles of responsibility and transparency. In Brazil, Law 12,846/2013 (Anti-Corruption Law) and its regulation, through Decree 11,129/2022, represent

---

<sup>30</sup> Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Univel.

<sup>31</sup> Doutor em Direito. Professor do curso de Direito do Centro Universitário Univel.

legislative innovation for the creation of compliance in companies that contract with the Administration, providing for mitigation of penalties in the event of accountability of the person legal evidence that proves the existence of the integrity program in its structure. In the Indirect Administration, the creation of such programs is foreseen in Law 13.303/2016 (Statute of State Companies). Although there is no national legislation that requires the creation of integrity programs in the Direct Administration, the Comptroller General of the Union (CGU) has published several manuals and guides guiding the importance of these programs in the public sector. In general, the Brazilian legislative panorama points out that there are initiatives to promote integrity in the Administration, especially in the federal structure, however, States and Municipalities depend on the publication of local law for the effectiveness of public compliance. According to Transparency International, in the Corruption Perception Index, Brazil still appears in low positions in terms of transparency, when compared to other countries. Domestically, most states still need to make progress in improving their transparency rates. It is concluded that, despite the initiatives to promote integrity, there are still several challenges to be overcome by Brazil in order to promote better levels of transparency and that the search for good governance and integrity of the Administration permeates the creation and strengthening of public compliance programs that can effectively manage risks and hold accountable agents involved in unwanted results for public management.

**KEYWORDS:** Governance; Compliance; Public administration.

## INTRODUÇÃO

A histórica ineficiência do Estado e a ineficácia de políticas públicas que promovam um crescimento sustentável e tragam bem-estar à população, grande parte gerada pelos recorrentes escândalos de corrupção, levando à perda de credibilidade dos agentes políticos, clamam por uma nova forma de administração, alicerçada na ética, transparência, gestão de riscos e responsabilidade.

Nesse contexto, ganha destaque o conceito de “governança”, que, gerado no interior do mundo corporativo, com o objetivo de conferir melhor gestão e, por consequência, melhores resultados para as organizações privadas, quando transportado à Administração Pública, pode contribuir para modernizar e aprimorar a gestão do Estado, aproximando-o, no caso do Brasil, aos princípios constitucionais que regem a Administração, em especial a eficiência.

Como princípios de uma boa governança se podem citar transparência, responsabilidade, ética, cumprimento de leis, equidade e prestação de contas ou *accountability*. Porém, governança pressupõe também controle e gestão de riscos, por meio de mecanismos capazes de prevenir e, também, reagir diante de condutas inadequadas por parte dos envolvidos no processo de gestão.

É nessa esteira que o conceito de *compliance* ganha relevância. Este, nascido também no meio corporativo, tem sido implantado na Administração Pública, buscando a mitigação de riscos e a conformidade de seus agentes e procedimentos com o que determina a legislação e valores éticos de cada instituição.

Embora o tema seja campo vasto para se tecer considerações, o presente trabalho delimita-se a analisar a legislação e as ações existentes na Administração Pública brasileira sobre a prática do *compliance*, como uma forma de alcançar a boa governança pública. Com base nessas premissas, o problema que norteou a

presente pesquisa foi: qual o panorama da Administração Pública brasileira no que tange à governança e *compliance*?

Teve-se como objetivo principal analisar o panorama da Administração Pública brasileira no que tange à governança e à prática do *compliance*. Para responder à pergunta que norteou a pesquisa e alcançar o objetivo principal, foram delineados objetivos específicos, que foram desdobrados em seções e subseções, que apresentam a definição dos conceitos de governança e de *compliance*, da origem, no ambiente corporativo, à transposição para o setor público. Em seguida, colaciona-se a legislação acerca do *compliance* no Brasil, para, então, se abordarem os desafios do Estado brasileiro na busca de uma gestão mais ética e transparente.

Nessa ótica, o presente trabalho visa contribuir para a necessária discussão acerca das boas práticas na gestão pública, apontando que a criação, a implementação e o fortalecimento de programas de *compliance* no setor público podem levar à melhoria da gestão, por meio da gestão de riscos, alicerçada nos princípios de ética e transparência, que, somados a outros fatores, levam a uma boa governança.

## **2 A GOVERNANÇA COMO MODELO DE GESTÃO**

O surgimento do conceito da governança se deu no ambiente corporativo, no início do século XX, mais precisamente na década de 1930, quando os proprietários das empresas passaram a administrar de longe as organizações, delegando a terceiros o poder de geri-las (TEIXEIRA; GOMES, 2019).

Valle e Santos (2019) explicam que o marco da governança se deu especialmente após a crise mundial de 1929, quando, pela necessidade de novas formas de gestão e abertura de capital para a expansão das empresas, operou-se uma descentralização de poder, que passou a ser exercido não apenas pelos sócios majoritários, ou proprietários, mas por acionistas, sócios minoritários e, mais adiante, por pessoas contratadas para esse fim.

Essa nova forma de gestão, descentralizada, acabou por causar o distanciamento entre o empresário e a empresa e, logo, a divergência de objetivos entre proprietários e administradores. Teixeira e Gomes (2019) explicam que, muitas vezes, os objetivos almejados por proprietários divergem daqueles almejados por gestores, o que resulta no conflito de agência, face à assimetria de informações, poder e autoridade.

A disparidade entre a propriedade e a administração é ainda mais evidente nas modernas corporações, cada vez maiores e mais complexas, de modo que são necessárias “regras para que haja convívio harmônico entre os proprietários e para que o direcionamento dado por eles seja implementado por administradores contratados” (BRASIL, 2020, p. 26). Assim, coloca-se como o grande desafio da governança corporativa o alinhamento entre os objetivos estabelecidos pelos proprietários e as ações implementadas pelos administradores.

É nesse contexto, de necessidade de alinhamento de objetivos, que emergem os princípios que norteiam a boa governança corporativa. Vieira e Barreto (2019) apontam que a governança deve estabelecer meios de interação entre os gestores (agentes), proprietários (*shareholders*) e as partes interessadas (*stakeholders*), “visando garantir o respeito dos agentes aos interesses dos proprietários e das partes interessadas (alinhando desempenho e conformidade)” (VIEIRA; BARRETO, 2019, p. 11).

Ainda, explicam os autores que, por meio da estrutura de governança, se

definem as responsabilidades dos administradores perante os proprietários, sendo que cabe àqueles garantir que os objetivos destes sejam alcançados. Para isso, asseveram, se devem criar estratégias que levem os administradores a perseguir os objetivos da organização, “mitigando os riscos de oportunismo (como as fraudes corporativas)” (VIEIRA; BARRETO, 2019, p. 23).

Em apertada síntese, a governança corporativa pressupõe uma série de princípios e responsabilidades, com os quais devem estar comprometidos os agentes, para consecução dos objetivos dos proprietários. Dentre tais princípios, se podem destacar a “transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa” (TEIXEIRA; GOMES, 2019, p. 524).

## 2.1 A GOVERNANÇA PARA O SETOR PÚBLICO

A busca por melhores serviços públicos e a pressão aos governantes para atender aos anseios da população, principalmente após os movimentos sociais da década de 1980, que culminou com a redemocratização do Estado brasileiro, além do desajuste fiscal e da ineficiência estatal, experimentados nesse período, requisitaram do Estado maior eficiência e desempenho (TEIXEIRA; GOMES, 2019).

Ribeiro Filho e Valadares (2017) apontam que, nesse contexto, surge um novo modelo de administração do Estado, na busca de melhores resultados. Evidencia-se, portanto, a Administração Pública gerencial, “trazendo consigo a necessidade de diminuir os gastos públicos, aumentar os investimentos e possuir como foco o bem-estar social associado à economia de livre mercado” (RIBEIRO FILHO; VALADARES, 2017, p. 722). Segundo os autores, a ideia de governança pública ganha força no Brasil, principalmente para atender ao princípio da “eficiência”, acrescentado ao artigo 37 da Constituição da República pela Emenda Constitucional n.º 19/1998 (EC n.º 19/98).

A busca pela eficiência do Estado apresenta forte ligação com o conceito de governança, uma vez que, assim como nas organizações privadas, no setor público também existe um distanciamento entre aqueles que seriam os titulares de direitos e aqueles que administram a máquina, que, nesse caso, seria a assimetria entre os cidadãos e os agentes públicos, em especial os políticos. Matias-Pereira (2010) aponta que existem diversas semelhanças entre a governança nas organizações públicas e nas privadas, como a separação da propriedade e gestão, a necessidade de definição de responsabilidades e o acompanhamento na execução de políticas, colocando que a “transparência, equidade, cumprimento das leis, prestação de contas e conduta ética” são comuns a ambas (MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 111).

Evidencia-se, assim, que a prática da governança está fortemente ligada ao conceito de *compliance*, uma vez que, para se atingirem os objetivos de qualquer organização, torna-se indispensável a gestão e a mitigação de riscos, alinhadas aos princípios da ética e da transparência, ao cumprimento de leis e à prestação de contas. Portanto, não há como se distanciar a boa governança, seja no setor público ou privado, da observância das regras que regem a instituição e, por consequência, levam ao cumprimento de seus objetivos de forma responsável, prevenindo-a dos riscos existentes nos procedimentos adotados.

A aproximação entre governança e *compliance* se dá, no Brasil, pelo disposto no Decreto n.º 9.203/2017 sobre a política de governança da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, apontando a preocupação com a integridade na Administração, na medida em que a coloca como princípio da governança pública, conceituando a gestão de riscos como:

[...] processo de natureza permanente, estabelecido, direcionado e monitorado pela alta administração, que contempla as atividades de identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam afetar a organização, destinado a fornecer segurança razoável quanto à realização de seus objetivos (BRASIL, 2017, n.p.).

Para atender ao princípio da integridade, o artigo 19 do Decreto n.º 9.203/2017 obriga os órgãos e as entidades da Administração Direta, Autárquica e Fundacional a instituírem programas de *compliance*, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção.

Assim, tem-se que o *compliance* é um dos pressupostos da governança pública e que cabe a esse programa a gestão de riscos, a mitigação de resultados indesejados e a promoção da ética na organização.

### 3 O COMPLIANCE COMO PILAR DE UMA BOA GOVERNANÇA

O termo “*compliance*” advém do inglês “*to comply*” e não encontra na língua portuguesa uma tradução literal, porém, pode ser definido como “estar de acordo com a regra, observar ou cumprir”. Um programa de *compliance* tem como objetivo gerir riscos e coibir práticas de corrupção dentro das organizações, trabalhando na prevenção de atos contrários aos princípios éticos e procedimentos que regem a instituição, visando mitigar riscos e, também, atuando para responsabilizar os agentes que se envolvam em situações indesejadas.

O *compliance* surgiu no âmbito internacional na década de 1960, frente aos escândalos de corrupção ocorridos na época, envolvendo suborno de agentes e fraudes contábeis e financeiras. O primeiro movimento de *compliance* tinha como objetivo instituir o *compliance officer*, agente responsável por garantir o cumprimento de controles internos e monitorar atividades suspeitas. Como outros marcos importantes para a evolução do *compliance* em âmbito internacional, teve-se a criação do Comitê da Basileia para a Supervisão Bancária (1974); a promulgação do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) (1977), primeira norma internacional sobre o tema, que veio como consequência do “Caso Watergate”;<sup>32</sup> e a promulgação da *Sarbanes-Oxley Act* (SOx) (2002), visando a maior confiabilidade e transparência a investidores e acionistas mediante a responsabilidade corporativa das empresas, em uma época de escândalos e fraudes financeiras em grandes corporações americanas (GERCWOLF, 2019).

Portanto, o programa de *compliance* é um mecanismo para mapeamento e mitigação de riscos, nos procedimentos desenvolvidos dentro da organização. Embora nascido no mundo corporativo internacional, tem ganhado significativo espaço no Brasil nos últimos anos, com o objetivo de criar e fortalecer práticas e condutas adequadas por parte de todos os envolvidos nas mais variadas instituições.

Nas palavras de Vieira e Barreto:

Os mecanismos de *compliance*, por sua vez, são instituídos para assegurar o cumprimento integral das leis e normas que regulamentam as decisões e as operações das agências públicas ou corporativas. Com o propósito de garantir a integridade, promover melhores resultados e assegurar a sua sustentabilidade, as agências públicas e corporativas instituem códigos de

<sup>32</sup> Escândalo de corrupção e espionagem ocorrido nos Estados Unidos durante a campanha de reeleição do então presidente Richard Nixon.

compliance que estabelecem regulamentos a serem observados por todos os integrantes da organização em que está disposta a obrigação de observar as leis, as normas regulamentadoras, as boas práticas profissionais, os códigos de ética e conduta, privilegiando uma abordagem preventiva – baseada na análise e na mitigação dos riscos de integridade –, aliada à implementação de mecanismos de treinamento, monitoramento, garantia e responsabilização, em caso de violação (VIEIRA; BARRETO, 2019, p. 160).

Na medida em que o *compliance* se desdobra em ações estruturadas, que tenham como objetivo a gestão de riscos e a promoção de condutas éticas, o cumprimento de regras e a obediência aos princípios que regem as boas práticas da organização, esse tipo de programa tem o escopo de garantir a transparência e a eficiência da instituição na prestação do serviço a que se propõe, o que reflete interna e externamente, pois o programa de *compliance* desenvolvido entre os agentes terá reflexo direto na atuação social da corporação.

É importante pontuar que um programa de *compliance* não se limita a observar o cumprimento de leis, pois, sendo a norma cogente, ante o princípio da legalidade, sob o qual todas as organizações estão submetidas, ele seria desnecessário (GERCWOLF, 2019). Nas palavras de Greco Filho e Rassi (2015), existem diferenças entre as funções do programa de *compliance* e as atribuições típicas de outros setores existentes dentro das organizações.

O primeiro ponto a ser diferenciado é *compliance* de auditoria, pois esta realiza ações de maneira periódica com o objetivo de verificar situações em específico, enquanto aquele é permanente e contínuo, envolvendo toda a organização. Diferencia-se também do setor jurídico, pois este tem como função orientar, prestar consultoria, emitir e analisar documentos legais, enquanto o *compliance* analisa se, de fato, as ações dos agentes envolvidos estão de acordo com o que determina o setor jurídico. Ainda, *compliance* é diferente de controle interno, pois este existe para mitigar riscos, enquanto aquele verifica se o controle está sendo efetivo (GRECO FILHO; RASSI, 2015).

Infere-se, portanto, que um programa de *compliance* precisa existir de maneira estruturada, com agentes específicos para a sua execução. Coutinho (2019) apresenta que são requisitos essenciais de um programa de *compliance*: separação de poderes; documentação e verificabilidade para controle dos atos; congruência e coerência nas operações; transparência na gestão; imparcialidade e independência dos órgãos de controle; cumprimento e explicação; treinamento contínuo dos envolvidos e confidencialidade.

### 3.1 A IMPLEMENTAÇÃO DO COMPLIANCE COMO AUXILIAR NA BOA GOVERNANÇA PÚBLICA

Se, no âmbito das organizações privadas, o *compliance* é de extrema importância nos processos de gestão, quando aplicado à Administração Pública, ganha papel ainda mais relevante, pois tem o objetivo de proteger o Estado das ações lesivas ao erário e ao patrimônio público, por meio do mapeamento de riscos e da formulação de estratégias para mitigá-los. Tais ações têm caráter preventivo e, também, determinam as medidas a serem tomadas quando práticas de corrupção e resultados inesperados ocorrem dentro da Administração.

Conforme já exposto, os recorrentes casos de corrupção, levados com certa frequência aos noticiários, fazem com que se exijam maior transparência, responsabilidade e ética dos administradores públicos, além de maior zelo com os

anseios da população. Mesquita (2019) aponta que o *compliance* público se diferencia dos demais.

[...] se destinaria a promover uma eficaz, eficiente e efetiva análise e gestão de riscos decorrentes da implementação, monitoramento e execução das políticas públicas, procuraria promover um fortalecimento tanto da comunicação interna, como da interação entre os órgãos e entidades da Administração Pública na gestão das políticas públicas, traria uma maior segurança e transparência das informações e, por essa razão, promoveria um incentivo à denúncia de irregularidades e controle da corrupção, focado no resultado eficiente, ou seja, na maximização do bem-estar social e na realização dos direitos fundamentais, sobretudo os de natureza social (MESQUITA, 2019, p. 165).

É válido pontuar que, no caso do Brasil, a Constituição de 1988 estabelece legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como princípios gerais pelos quais deve se pautar a Administração Pública. Portanto, o *compliance* público vem ao encontro do que preconiza a Carta Magna, sendo necessária a criação de mecanismos que confirmam a cada órgão da Administração o controle e o monitoramento de suas ações, com vistas ao melhor interesse público.

Assim, não há como se falar em uma boa governança se não houver mecanismos de controle de riscos, acompanhamento, treinamento de agentes e outros, todos alinhados com o objetivo principal da Administração, que é a entrega, de forma eficiente, dos serviços públicos. Portanto, a busca pela melhoria na gestão do Estado perpassa, quase que necessariamente, por ações de *compliance*, que se mostra um pilar essencial para a governança.

### 3.2 PANORAMA LEGISLATIVO DO COMPLIANCE NO BRASIL

No ordenamento jurídico brasileiro, o *compliance* foi colocado em voga principalmente após a promulgação da Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. A partir da lei, muitos estados e municípios criaram sua própria legislação, dispondo sobre a responsabilidade de pessoas jurídicas que lesam a Administração e, também, sobre a gestão de riscos dentro de sua própria estrutura.

A criação de programas de *compliance* ganhou relevância em função da citada lei na medida em que dispõe que serão levadas em consideração na aplicação das sanções, no caso de responsabilização de empresas por práticas de corrupção, “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (BRASIL, 2013).

A regulamentação da Lei n.º 12.846/2013 se deu por meio do Decreto n.º 8.420/2015, que trouxe, a partir do artigo 41, a definição e os parâmetros a serem observados no programa de integridade. Em 2022, o Decreto n.º 11.129/2022 revogou a regulamentação anterior e trouxe a nova regulamentação da Lei n.º 12.846/2013. O programa de integridade passou a ser abordado no artigo 57.

Infere-se da leitura do decreto uma preocupação com a efetividade do programa, de modo que não basta que a organização o tenha estruturado, mas é necessário que, de fato, ele seja capaz de prevenir riscos. Isso se dá por meio do comprometimento da alta direção, da criação de padrões de condutas, código de ética, disponibilização de documentos, treinamento de agentes, análises de risco



constantes, canais de denúncia e outras ações que configurem a eficácia do programa.

Faz-se necessário esclarecer que a Lei Anticorrupção veio para suprir uma lacuna existente no ordenamento brasileiro, frente aos compromissos assumidos pelo país com a ratificação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003), no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), com a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (1996), no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), e com a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (1997), da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (VERÍSSIMO, 2018).

Enquanto a Lei n.º 12.846/2013 representa um marco para a promoção do *compliance* na esfera privada, o *compliance* público ganhou destaque a partir Lei n.º 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, pois prevê expressamente a criação de mecanismos de controle interno. Segundo Coelho (2016, p. 76), as medidas elencadas nessa lei “visam evitar, detectar e sanar qualquer tipo de desvio, seja um ato ilícito, fraudes ou simplesmente irregularidades administrativas que estejam em desconformidade com o novo modelo de combate a corrupção e ao suborno”.

Embora a Lei n.º 13.303/2016 aplique-se à Administração Pública Indireta, observa-se que, nos últimos anos, diversas são as iniciativas para a promoção do *compliance* público na Administração Direta, caso do já citado Decreto n.º 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, que traz a integridade como princípio da Administração.

Com o objetivo de regulamentar o referido decreto, em 2018, a Controladoria-Geral da União publicou a Portaria n.º 1.089 de 25 de abril de 2018, que estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade.

A portaria em questão apresentava três fases de implantação dos programas de integridade (ou *compliance*) no âmbito dos órgãos e das entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional. A primeira fase destinava-se à constituição de uma unidade de gestão da integridade, à qual seria atribuída competência para a coordenação da estruturação, da execução e do monitoramento do programa de integridade; orientação e treinamento dos servidores com relação aos temas atinentes ao Programa de Integridade; e promoção de outras ações relacionadas à implementação dos Planos de Integridade, em conjunto com as demais unidades do órgão ou entidade, cujo prazo seria de 15 dias da publicação da portaria (BRASIL, 2018).

Na segunda fase, deveria ocorrer a elaboração do Plano de Integridade, contendo os objetivos; a caracterização geral do órgão ou entidade; as ações de estabelecimento das unidades; e a forma de monitoramento do seu funcionamento, além do levantamento dos principais riscos para a integridade e as medidas para seu tratamento. Tal fase deveria ser cumprida até 30 de novembro de 2018.

Por fim, na terceira fase, os órgãos e as entidades deveriam iniciar a execução e o monitoramento de seu Programa de Integridade, com base nas medidas definidas pelos Planos de Integridade, buscando expandir o alcance de seu

Programa de Integridade para as políticas públicas por ele implementadas e monitoradas, bem como para fornecedores e outras organizações públicas ou privadas com os quais mantenha relação.

Há de se esclarecer que os prazos estabelecidos por meio da Portaria da CGU n.º 1.089/2018 foram atualizados pela Portaria da CGU n.º 57, publicada em 4 de janeiro de 2019, que deu 15 dias de sua publicação para a implementação da primeira fase, e a data limite para a segunda fase passou a ser 29 de março daquele ano.

Em agosto de 2022, segundo dados do Painel Integridade Pública, criado pela Controladoria-Geral da União, dos 187 órgãos cuja implantação dos programas de *compliance* é obrigatória, 186 enviaram documentos para análise do cumprimento da primeira fase (99%), sendo que, destes, apenas um atende ao previsto na portaria no que tange à designação da unidade de gestão da integridade; 51 estão com a documentação em análise; e 134 ainda não tiveram os documentos analisados. No Painel, consta ainda que 152 órgãos (81%) realizaram a definição de fluxo interno para a verificação de situações de nepotismo; 174 órgãos (93%) instituíram uma unidade de comissão de ética; 160 (86%) definiram fluxos internos para análise de consultas sobre conflitos de interesse; 164 (88%) definiram fluxos internos para tratamento de denúncias; 171 (91%) designaram área responsável pela condução de processos disciplinares; 167 (89%) realizaram levantamento de riscos para a integridade; e os 186 aprovaram o Plano de Integridade (BRASIL, 2022).

A situação do Painel Integridade Pública demonstra que não há uma efetiva fiscalização do cumprimento do estabelecido na Portaria da CGU n.º 1.089/2018, uma vez que sequer foi analisada a maioria dos documentos enviados pelos órgãos obrigados. Assim, embora exista a obrigatoriedade da implementação de programas de *compliance* na Administração Federal, não é possível afirmar que estes efetivamente atingem seus objetivos.

### **3.2.1 Ações para a implementação de programas de compliance em outras esferas do poder público**

Há alguns anos, a Controladoria-Geral da União vem publicando guias e manuais com o objetivo de promover a integridade no setor público, dos quais se destacam o Guia de Integridade Pública, publicado em 2015, e o Guia de Implementação de Programas de Integridade nas Empresas Estatais, publicado no mesmo ano.

Em 2017, foi publicado o Manual para Implementação dos Programas de Integridade. Tal documento, de caráter orientativo, traz quatro eixos para um programa de *compliance*, a saber: comprometimento e apoio da alta direção; instância responsável; análise de riscos; e monitoramento contínuo. Além disso, o documento traz, passo a passo, orientações de como elaborar um Plano de Integridade.

Em 2018, foram publicados o Guia de Implementação de Programa de Integridade Pública e o Guia Prático de Gestão de Riscos para a Integridade. Em 2019, foi publicado o Guia Prático das Unidades de Gestão de Integridade.

Nessa esteira, alguns estados da Federação têm publicado legislação acerca do *compliance*. Em pesquisa realizada em agosto de 2022, observou-se que exigem programas de *compliance* por empresas que contratem com a Administração os seguintes entes federativos: Rio de Janeiro, Distrito Federal, Rio Grande do Sul,

Amazonas, Goiás, Pernambuco e Mato Grosso. Já os estados que criaram programas de *compliance* no âmbito da própria administração (*compliance* público) são: Rio Grande do Norte, Mato Grosso, Ceará, Santa Catarina, Goiás, Espírito Santo, Rio de Janeiro, Paraná, Bahia e o Distrito Federal.

Merece destaque a Lei n.º 19.857/2019, que instituiu o Programa de Integridade e Compliance da Administração Pública Estadual, no Paraná, e já em seu artigo 2º, estabelece nove objetivos a serem alcançados por meio da implantação de um programa de *compliance* na esfera estadual. Para alcançar tais objetivos, estabelece as etapas e fases do Programa de Integridade e Compliance, que começa na identificação e classificação de risco, segue para a estruturação do Plano de Integridade; a definição dos requisitos, como medidas de mitigação dos riscos identificados; a elaboração de matriz de responsabilidade, desenho dos processos e procedimentos de controle interno; geração de evidências e respectiva implementação desses processos e procedimentos; elaboração do Código de Ética e Conduta; comunicação e treinamento, estruturação e implementação do canal de denúncias; realização de auditoria e monitoramento; ajustes e retestes; e, por fim, o aprimoramento e monitoramento do funcionamento do programa. A regulamentação da Lei n.º 19.857/2019 se deu por meio do Decreto n.º 2.902/2019.

Coutinho (2019, p. 29), analisando ainda o projeto que deu origem à Lei Estadual n.º 19.857/2019, embora reconheça “um esforço na direção de empreender e promover uma nova estrutura de integridade conformidade (*compliance*)”, salienta a necessidade de se prever uma efetiva prestação de contas, bem como a confidencialidade das informações que possam chegar ao canal de denúncias. Critica ainda a falta de previsão dos objetivos para a promoção de um Programa de Integridade da Administração Pública, conforme previsão da Portaria n.º 1.089/2018 da Controladoria-Geral da União, acima colacionada, bem como a falta de menção do Decreto n.º 9.203/2017, que, em seu artigo 19, traz os eixos estruturantes de todos os programas de *compliance* na Administração Pública.

Evidencia-se, portanto, a carência de legislação federal que obrigue a criação de programas de integridade em todas as esferas de governo, estabelecendo parâmetros mínimos a serem observados. Em que pese a previsão do Decreto n.º 9.203/2017, na hierarquia normativa a edição e publicação de lei específica poderia homogeneizar as ações em todo o país.

#### **4 DESAFIOS PARA O ESTADO BRASILEIRO NA BUSCA DE UMA EFETIVA INTEGRIDADE NA ADMINISTRAÇÃO**

Em estudo sobre a corrupção no Brasil e sobre a produção acadêmica no que tange ao tema, Pinho e Sacramento (2018) colocam que esse fenômeno nocivo ao Estado ocorre há décadas no país, desde os governos da primeira república, passando pelo regime militar, até a redemocratização, porém, nem sempre teve o merecido destaque no mundo acadêmico, o que, por muito tempo, fez com que a corrupção não fosse assunto de interesse público, embora acontecesse no interior das estruturas de todos os governos.

Para os autores, a corrupção no Brasil é sistêmica, e, não obstante as medidas que vêm sendo adotadas para seu combate, algumas situações, como a interdependência das agências para a aplicação das sanções, bem como o chamado “foro privilegiado” de algumas funções da alta administração, tornam a punição difícil de ser alcançada, concluindo pela necessidade de uma mudança radical na estrutura social e política, além de reparos nas fragilidades institucionais

existentes (PINHO; SACRAMENTO, 2018).

Os recorrentes problemas de corrupção no Estado brasileiro fazem com que haja uma descrença nas ações do governo para combater o mau uso de recursos públicos, situação demonstrada pelo Índice de Percepção da Corrupção, da Transparência Internacional, divulgado em 2022, no qual o Brasil aparece com 38 pontos e na 96.<sup>a</sup> posição dos 180 países ou territórios analisados, tendo perdido duas posições em relação ao relatório anterior (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2022).

No âmbito interno, também em 2022, a Transparência Internacional - Brasil divulgou Índice de Transparência e Governança Pública, com análise dos 26 estados e do Distrito Federal, com o objetivo de “avaliar e fomentar as agendas de integridade, transparência, dados abertos, acesso à informação, participação, transformação digital e combate à corrupção nos mais diversos níveis federativos e poderes da República” (TRANSPARENCIA INTERNACIONAL - BRASIL, 2022). Os dados apresentados se deram a partir da análise de vários aspectos, sob o prisma legal, plataformas, administração e governança, transparência financeira e orçamentária, transformação digital, comunicação, participação e dados.

Diante da análise, o Índice aponta cinco estados com o conceito “ótimo” (Espírito Santo, Minas Gerais, Paraná, Rondônia e Goiás), 12 com o conceito “bom” (Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Distrito Federal, Pernambuco, Ceará, Paraíba, São Paulo, Mato Grosso, Maranhão, Bahia, Rio de Janeiro e Rio Grande do Norte), sete com o conceito “regular” (Roraima, Alagoas, Mato Grosso do Sul, Amazonas, Tocantins, Piauí e Amapá) e três classificados como “ruins” (Sergipe, Pará e Acre).

Observa-se que os entes federativos que possuem programa de *compliance* no âmbito da Administração ou que tenham previsão legal de existência de tais programas nas empresas que contratam com o poder público aparecem, em sua grande maioria, enquadrados com “bom” ou “ótimo”, o que pode indicar que tais programas contribuem para uma efetiva integridade na Administração.

Contudo, verifica-se que, em âmbito internacional, o Brasil ainda figura como um dos mais baixos em pontuação no que tange à percepção de transparência, bem como, internamente, apenas cinco unidades federativas são classificadas como “ótimas”, o que representa um desafio a ser superado pelos demais.

A inexistência de lei federal que obrigue a criação de programas de *compliance* em todas as esferas do poder público abre margem para a discricionariedade de cada gestor, uma vez que cada ente federativo pode decidir criar ou não um sistema de integridade na Administração local, por meio de lei ou decreto executivo.

A implementação e o fortalecimento dos programas de *compliance* no setor público demandam uma mudança radical no modo com que se administra o Estado, em todos os níveis de poder. Consoante ao que determina o Decreto n.º 9.203/2017, o comprometimento e o apoio da alta administração são fator crucial para o desenvolvimento dessas iniciativas, pois é do gestor de cada ente federativo que partem as principais decisões acerca do orçamento e de seu uso, em benefício da população.

Assim como, ao longo da história, a corrupção tornou-se sistêmica e estrutural na Administração Pública brasileira, é necessário que as novas formas de gerir o Estado sejam efetivadas a tal ponto que se crie uma cultura de *compliance*, seja no interior da Administração, seja no consciente popular, mudando-se a imagem negativa construída sobre o Estado em função de sua ineficiência.

É cediço que o paradigma histórico que permeia a Administração não será modificado da noite para o dia, mas iniciativas que promovam a integridade representam um bom início para a necessária mudança. Os desafios que se mostram para o Brasil se dão em criar uma nova cultura na Administração e que essa nova forma de gerir o Estado seja percebida pela população, para que haja a recuperação da confiança depositada nas instituições estatais.

Na medida em que se criam estratégias para mitigar riscos e promover a integridade, é possível que, gradativamente, se melhore a percepção da população sobre a Administração Pública, criando-se uma nova cultura.

## CONCLUSÃO

O escopo deste trabalho se deu em analisar o panorama da Administração Pública brasileira no que tange à governança e à prática do *compliance*, que, diante da histórica ineficiência do Estado na prestação dos serviços públicos e do anseio da população por uma nova forma de gestão, podem auxiliar na gestão e mitigação de riscos e na promoção da ética, responsabilidade e transparência.

O panorama aponta que a legislação brasileira acerca do *compliance* é relativamente recente, sendo que o primeiro passo se deu em 2013, por meio da Lei Anticorrupção e sua regulamentação por meio Decreto n.º 8.420 em 2015, seguido pelo Estatuto das Estatais, Lei n.º 13.303/2016, pelo Decreto n.º 9.203/2017 e pelas publicações da Controladoria-Geral da União, por meio de guias e manuais.

Dessa forma, não obstante existam iniciativas para promover a integridade na Administração, ainda não se criou uma cultura de *compliance*, ao passo que o Brasil figura como um local onde a corrupção é uma realidade difícil de ser superada e que, apesar de tais iniciativas, carece de legislação específica, que obrigue a criação de tais programas na estrutura da Administração, em todas as esferas do governo.

É certo que Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e sua regulamentação, primeiramente por meio do Decreto n.º 8.420/2015 e, mais recentemente, pelo Decreto n.º 11.129/2022, trouxeram avanços na seara legislativa para o enfrentamento à corrupção, principalmente no que tange a contratos com empresas privadas. Porém, não se mostra instrumento suficiente para mudar a percepção acerca da corrupção no Brasil, que, conforme aponta a Transparência Internacional, ainda aparece em baixas posições no *ranking* mundial.

Ademais, verifica-se que se faz necessário um esforço dos órgãos de controle e fiscalização para a análise da efetividade dos programas de integridade, conforme aponta o Painel Integridade Pública, criado pela CGU, que, mesmo depois de quatro anos da regulamentação do Decreto n.º 9.203/2017, ainda não é capaz de apontar se de fato existe uma busca efetiva pela integridade na Administração federal.

Os desafios que se apresentam para o Estado brasileiro se dão em efetivar, de maneira prática, a busca pela integridade, para que essas ações não sejam apenas objeto de discursos e de iniciativas legislativas, mas que realmente previnam atos de corrupção no setor público, recuperando a confiança da população nas instituições estatais.

O envolvimento de todos os agentes e, de maneira especial, o comprometimento da alta administração para a promoção da ética e transparência são ainda um desafio para o Brasil, porém, a modernização da legislação e a criação de normas mais rígidas acerca do tema são iniciativas que, aos poucos, poderão mudar a realidade que ainda se apresenta.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). *Guia de Integridade Pública*. [Brasília]: Controladoria-Geral da União, 2015a. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/41665>. Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). *Guia de Implementação de Programas de Integridade nas Empresas Estatais*. [Brasília]: Controladoria-Geral da União, 2015b. Disponível em: [https://wiki.cgu.gov.br/index.php/Guia\\_%E2%80%93\\_Implanta%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_Programa\\_de\\_Integridade\\_em\\_Empresas\\_Estatais](https://wiki.cgu.gov.br/index.php/Guia_%E2%80%93_Implanta%C3%A7%C3%A3o_de_Programa_de_Integridade_em_Empresas_Estatais). Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). *Guia Prático das Unidades de Gestão de Integridade*. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2019a. Disponível em: <https://www.gov.br/dnit/pt-br/assuntos/integridade/coordenacao-geral-de-integridade/legislacao-basica/guiapraticounidgestaointegridade.pdf>. Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). *Manual para Implementação dos Programas de Integridade Orientações para o Setor Público*. [Brasília]: Controladoria-Geral da União, 2017a. Disponível em: [https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual\\_profiip.pdf](https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual_profiip.pdf). Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). *Painel Integridade Pública*. [Brasília]: Controladorial-Geral da União, 2022a. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/paineis/integridadepublica>. Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). Portaria n.º 57, de 4 de janeiro de 2019. *Altera a Portaria CGU n.º 1.089, de 25 de abril de 2018 [...]*. [Brasília]: Diário Oficial da União: edição 4, seção 1, p. 40, 7 jan. 2019b. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/58029864](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/58029864). Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015. *Regulamenta a Lei n.º 12.846, de 1.º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências*. Brasília: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm). Acesso em: 1 out. 2022.

BRASIL. Decreto n.º 9.203, de 22 de novembro de 2017. *Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional*.

Brasília: Presidência da República, 2017b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm). Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. Decreto n.º 11.129, de 11 de julho de 2022. *Regulamenta a Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira*. Brasília: Presidência da República, 2022c. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm). Acesso em: 1 out. 2022.

BRASIL. Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013. *Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências*. Brasília: Presidência da República, [2022d]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm). Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Lei n.º 13.303/2016, de 30 de junho de 2016. *Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm). Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU). *Guia Prático de Gestão de Riscos para a Integridade*. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2018a. Disponível em: [https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=706144:110:7549759265594::NO:RP:P110\\_COD:56](https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=706144:110:7549759265594::NO:RP:P110_COD:56). Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Guia Prático de Implementação de Programa de Integridade Pública*. Brasília: Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, 2018b. Disponível em: [https://portal.ifro.edu.br/images/Comite-Integridade/GUIA\\_PR%C3%81TICO\\_DE\\_IMPLIMENTA%C3%87%C3%83O\\_DE\\_PROGRAMA\\_DE\\_INTEGRIDADE\\_P%C3%9ABLICA.pdf](https://portal.ifro.edu.br/images/Comite-Integridade/GUIA_PR%C3%81TICO_DE_IMPLIMENTA%C3%87%C3%83O_DE_PROGRAMA_DE_INTEGRIDADE_P%C3%9ABLICA.pdf). Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU). Portaria n.º 1.089, de 25 de abril de 2018. Estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica [...]. *Diário Oficial da União*: edição 80, seção 1, p. 81, 26 abr. 2018c. Disponível em: [https://www.in.gov.br/web/guest/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/11984199/do1-2018-04-26-portaria-n-1-089-de-25-de-abril-de-2018-11984195](https://www.in.gov.br/web/guest/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/11984199/do1-2018-04-26-portaria-n-1-089-de-25-de-abril-de-2018-11984195). Acesso em: 17 nov. 2021.

COELHO, C. C. B. P. Compliance na administração pública: uma necessidade para o Brasil. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 3, n. 1, julho-dezembro, p. 75-95, 2016. Disponível em:

<http://177.38.182.246/revistas/index.php/Revistadedireito/article/view/103/21>. Acesso em: 17 nov. 2021.

COUTINHO, A. R. Rumo a um programa de *compliance* e integridade para a administração pública. In: COUTINHO, A. R.; COPETTI NETO, A.; SILVA, A. B. da. (org.). *Direito, compliance e tecnologia*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 15-34.

GERCWOLF, S. *Compliance na Administração Pública Federal: instrumento de governança, gestão de riscos e sustentabilidade*. 2019. 100f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Prebisteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

GRECO FILHO, V.; RASSI, J. D. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013): atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MATIAS-PEREIRA, J. A governança corporativa aplicada no setor público brasileiro. *APGS*, Viçosa, v. 2, n. 1, p. 109-134, jan./mar. 2010. Disponível em: <https://www.apgs.ufv.br/index.php/apgs/article/view/21/22>. Acesso em: 26 jun. 2022.

MESQUITA, C. B. C. de. O que é compliance público?: partindo para uma Teoria Jurídica da Regulação a partir da Portaria nº 1.089 (25 de abril de 2018) da Controladoria-Geral da União (CGU). *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 147-182, mai. 2019.

PARANÁ. *Decreto n.º 2.902/2019, de 1 de outubro de 2019*. Regulamenta a Lei n.º 19.857, de 29 de maio de 2019, que instituiu o Programa de Integridade e Compliance da Administração Pública Estadual. Paraná: Governo do Estado do Paraná, 2019a. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=226942&indice=1&totalRegistros=1>. Acesso em: 4 out. 2022.

PARANÁ. *Lei n.º 19.857, de 29 de maio de 2019*. Institui o Programa de Integridade e Compliance da Administração Pública Estadual e dá outras providências. Paraná: Governo do Estado do Paraná, 2019b. Disponível em: <https://www.legiscompliance.com.br/legislacao/norma/250>. Acesso em: 20 nov. 2021.

PINHO, J. A. G.; SACRAMENTO, A. R. S. O círculo vicioso da corrupção no Brasil: limites estruturais e perspectivas de rompimento. *Revista do Serviço Público*, v. 69, n. Espec., p. 181-209, 2018. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/3262/2044>. Acesso em: 25 ago. 2022.

RIBEIRO FILHO, W. F.; VALADARES, J. L. Governança: uma nova perspectiva de gestão aplicada à administração pública. *The Journal of Engineering and Exact Sciences (JCEC)*, v. 3, n. 5, p. 721-723, 2017.

TEIXEIRA, A. F.; GOMES, R. C. Governança pública: uma revisão conceitual.



*Revista do Serviço Público (RSP)*, v. 70, n. 4, p. 519-550, 2019.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL - BRASIL. *Nota metodológica: Índice de Transparência e Governança Pública (ITGP) Poder Executivo – estados e Distrito Federal*. São Paulo: Transparência Internacional – Brasil, 2022. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/itgp-executivo-estadual-nota-metodologica>. Acesso em: 25 ago. 2022.

TRANSPARENCY INTERNACIONAL. *Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional 2021*. [S.l.]: Transparência Internacional, 2022. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2021>. Acesso em: 25 ago. 2022.

VALLE, V. R. L. D.; SANTOS, M. P. D. Governança e *compliance* na administração direta: ampliando as fronteiras do controle democrático. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 161-177, jan./mar. 2019.

VERÍSSIMO, C. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.

VIEIRA, J. B.; BARRETO, R. T. de S. *Governança, gestão de riscos e integridade*. Brasília: Enap, 2019.