

Vol. 04 | N.º 01 | 2022 | ISSN 2526-8600



CADERNOS DE
DIREITO

Foco e Escopo

Revista destinada, prioritariamente, a publicação e divulgação de Trabalhos de Conclusão (TC's) apresentados no curso de Direito do Unifeso, bem como, a outras publicações fruto de pesquisas e produzidas ao longo do curso. Esta revista também pode receber trabalhos externos para publicação. Assim, têm-se como escopo principal incentivar a produção acadêmica e divulgar conteúdos relevantes fruto de pesquisas realizada no decorrer da graduação em Direito do Unifeso. Destinada a estudantes de Direito, advogados e público interessado em conteúdo jurídico.

Processo de Avaliação pelos Pares

Avaliação por pares e critérios de arbitragem: os originais serão submetidos à RMVU que se reserva ao direito de avaliar, sugerir modificações para aprimorar a estrutura, clareza do texto e recusar artigos. Todos as informações prestadas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade.

Periodicidade

A Revista de Direito do Unifeso é uma publicação acadêmica eletrônica com periodicidade semestral.

Política de Acesso Livre

Esta revista oferece acesso livre ao seu conteúdo, seguindo o princípio de que disponibilizar gratuitamente o conhecimento científico ao público proporciona maior democratização mundial do conhecimento.

Endereço postal

Av. Alberto Torres 111,
Alto, Teresópolis/RJ
Brasil.

Contato Principal e Editor

Lucas Baffi Ferreira Pinto, Unifeso, Brasil
Editor-chefe
E-mail: direito@unifeso.edu.br

Formatação

Editora Unifeso (Laís da Silva de Oliveira)

Capa

Marketing Unifeso (Thiago Pereira Dantas - Thierry)

Contato para Suporte Técnico

E-mail: sistemas@unifeso.edu.br

EDITORIAL

Os Cadernos de Direito do UNIFESO é um periódico voltado para publicação da produção docente e discente do Curso de Graduação em Direito do UNIFESO.

O periódico busca o aprimoramento da produção científica e a valorização da pesquisa no âmbito da graduação, fortalecendo a parceria entre docentes e discentes no campo do ensino, pesquisa e extensão.

Sendo assim, o periódico promove as linhas de pesquisa institucionais ao publicar artigos desenvolvidos no Trabalho de Curso (TC) com distintas abordagens teóricas e metodológicas.

Os Cadernos de Direito lançaram sua primeira edição em 2016, e nessa atual publicação são abordados os seguintes estudos: Acordo de não persecução penal, Execução penal e Pacote anticrime, Direito à Educação, Direito Ambiental e Acordo de Paris, Democracia e Ciberativismo, Alimentos Avoengos, Direito e Literatura, Agrotóxicos e Responsabilidade do Estado e Concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC-LOAS).

Equipe Editorial.

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	3
PACOTE ANTICRIME E EXECUÇÃO PENAL: OS IMPACTOS NO SISTEMA CARCERÁRIO E NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	6
Gisele Alves de Lima Silva Chayene Tavares de Carvalho	
DIREITO À EDUCAÇÃO: UMA ANÁLISE DA PRECARIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA EDUCAÇÃO BÁSICA À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL.....	29
Caio Márcio Gutterres Taranto Thalita Corrêa Lopes	
AS POSSÍVEIS PUNIÇÕES POR DESCUMPRIMENTO DO ACORDO DE PARIS E NORMAS AMBIENTAIS: UM ESTUDO SOBRE AS QUEIMADAS NA AMAZÔNIA.....	52
William Tayt-Son da Silva Débora Lubrano de Mendonça	
O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O <i>PLEA BARGAIN</i>: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DOS INSTITUTOS E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO.....	74
Evellin Pereira de Jesus Carlos Eduardo Cunha Martins Silva	
DEMOCRACIA E CIBERATIVISMO: UM EXAME CRÍTICO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ELABORAÇÃO DE NORMAS E POLÍTICAS APÓS O ADVENTO DA INTERNET.....	94
Raphael Vieira da Fonseca Rocha João Felipe Colonense Cunha	
ALIMENTOS AVOENGOS: LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO OU FACULTATIVO?.....	112
Maria Rosália Pimentel Rodrigues Josimar Domingues Teixeira	
DIREITO E LITERATURA: ANÁLISE DO FENÔMENO BACKLASH E SEU PAPEL NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICA NO BRASIL A PARTIR DA LEITURA DO “PEQUENO JUIZ”, DE LEONARDO SCASCIA.....	128
Sergio Henrique Fernandes Bragança Junior Joaquim Humberto Coelho de Oliveira	
LIBERAÇÃO INDISCRIMINADA DE AGROTÓXICOS E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO: FLEXIBILIZAÇÃO DE NORMAS <i>VERSUS</i> A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO NO BRASIL.....	143
Taynara Bento de Souza Cristiane Borborema Chaché	

**A ENTREVISTA SOCIOECONÔMICA NA ANÁLISE DA CONCESSÃO DE
BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC/LOAS.....164**

Caio Márcio Gutterres Taranto

Jonathan Costa Ferreira

PACOTE ANTICRIME E EXECUÇÃO PENAL: OS IMPACTOS NO SISTEMA CARCERÁRIO E NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Gisele Alves de Lima Silva¹
Chayene Tavares de Carvalho²

RESUMO

Nas últimas duas décadas o Brasil sofreu um incremento no superencarceramento com a criação de um conjunto de leis que, desde a década de 90, propõe um tratamento penal mais recrudescedor para a violência urbana. Esse expansionismo penal é disseminado especialmente pelo populismo penal midiático, que convence o corpo social de que a solução para a segurança pública passa pela exacerbação do poder punitivo estatal. Com base neste discurso, entrou em vigor a Lei nº 13.964/19, intitulada de Pacote Anticrime, que promoveu a inclusão de algumas regras mais rigorosas no campo da execução penal, alterando matérias como: limite de cumprimento de pena, saída temporária, progressão de regime, livramento condicional e regime disciplinar diferenciado. Ante o exposto, o presente trabalho busca realizar um estudo político-criminal e criminológico acerca dos impactos do Pacote Anticrime no sistema carcerário e no Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), cuja existência foi constatada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 e motivou o ajuizamento da ADPF 684, que buscou providências do Poder Público em relação à disseminação da pandemia da Covid-19 no sistema prisional. Para tanto, será empregado o método dedutivo e o auxiliar histórico-comparativo, assim como, os procedimentos técnicos de pesquisas bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais no estudo do problema. Com efeito, parte-se da hipótese de que as alterações do Pacote Anticrime aumentarão o tempo de vida no cárcere e produzirão uma nova onda de superencarceramento, acentuando as violações de direitos fundamentais dos presos e afetando os já crescentes índices de reincidência.

Palavras-Chave: Pacote Anticrime. Execução penal. Estado de Coisas Inconstitucional.

ABSTRACT

In the last two decades, Brazil has suffered an increase in over-incarceration with the creation of a set of laws that, since the 1990s, propose a more severe criminal treatment for urban violence. This criminal expansionism is disseminated especially by media penal populism, which convinces the social body that the solution to public security involves the exacerbation of the state's punitive power. Based on this speech, Law nº 13.964/19, called the Anti-Crime Package, came into effect, which promoted the stiffening of criminal execution, changing matters such as: sentence limit, temporary exit, regime progression, conditional release and differentiated disciplinary system. In view of the above, the present work seeks to carry out a political-criminal and criminological study about the effects of the Anti-Crime Package in the prison system and in the Unconstitutional State of Things (ECI), whose existence was verified by the Federal Supreme Court (STF) in the judgment of the Claim of Noncompliance with a Fundamental Precept (ADPF) 347 and led to the filing of ADPF 684, which sought measures by the Public Power in order to contain the spread of the Covid-19 pandemic in the prison system. For this purpose, the deductive method and the historical-comparative auxiliary method will be used, as well as bibliographical, legislative and jurisprudential research. Indeed, it is assumed that the changes to the Anti-Crime Package will increase the length of life in prison and will produce a new wave of over-incarceration, accentuating the violation of fundamental rights of prisoners and affecting the already growing rates of recidivism.

Keywords: Anti-Crime Package. Criminal Execution. State of Unconstitutional Things.

1 SILVA, Gisele Alves de Lima. Mestra em Ciências Criminais. Graduada em Direito – Universidade Cândido Mendes. Professora de Direito Penal do Centro Universitário Serra dos Órgãos – UNIFESO.

2 CARVALHO, Chayene Tavares de. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Serra dos Órgãos (UNIFESO). Pós graduada em Processo Penal Aplicado pela Faculdade Supremo e Advogada.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964, intitulada de Pacote Anticrime, foi encaminhada ao Congresso Nacional pelo *ex*-ministro da Justiça Sérgio Moro, tendo sido aprovada e sancionada pelo então presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, tendo entrado em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, após passar por vetos e modificações.

A nova lei foi apresentada como uma medida urgente e eficaz para erradicar a criminalidade no país. Entretanto, o que se observa é a materialização de um populismo penal exacerbado, que carece de estudos sobre os seus reais efeitos no sistema de execução de pena (MENDES; MARTÍNEZ, 2020, p. XXVII).

Com o advento das alterações que recrudesceram a legislação penal sobreveio uma onda de insegurança com relação ao modo pelo qual as novas medidas poderiam afetar o sistema prisional e o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), cuja existência foi constatada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 em 2015.

Além disso, em 2020 surgiu uma nova preocupação relacionada à propagação do novo coronavírus nos presídios superlotados, razão pela qual foi ajuizada a ADPF 684 cujo objetivo consistiu em cobrar providências do Poder Público no sentido de conter a disseminação da doença no sistema prisional.

Ante o exposto, é possível delinear o problema que guiará a pesquisa em curso, que é, de que modo às alterações produzidas pela Lei nº 13.964/19, principalmente no âmbito da execução penal, irão impactar o sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional.

A investigação acerca dos impactos gerados pela nova norma no sistema prisional é essencial para possibilitar que sejam elaboradas medidas capazes de amenizar as repercussões negativas, tendo em vista a necessidade de resguardar os direitos dos detentos, bem como de possibilitar condições carcerárias mais dignas a fim de garantir a finalidade ressocializadora da pena.

Para isso, o estudo abordará o modo

pelo qual os novos critérios adotados pelo legislador nestas matérias são reflexos da política criminal de lei e ordem³, que mais uma vez promove o recrudescimento no campo da execução penal com o aprofundamento do grave quadro de violação de direitos fundamentais no cárcere.

A pesquisa será constituída através do método dedutivo e do auxiliar histórico-comparativo, pois a partir do estudo das principais alterações trazidas pela Lei 13.964/19, além da análise histórica do sistema carcerário brasileiro, é possível delinear os possíveis impactos no âmbito do sistema prisional, como o agravamento no quadro de superlotação e do ECI.

Como se vê, a finalidade deste trabalho é aprofundar o conhecimento científico a respeito do tema e servir de base para futuras pesquisas aplicadas, utilizando procedimentos bibliográficos, documentais e legislativos, além de objetivos descritivos. Por fim, será adotada uma abordagem qualitativa, pois a partir dos dados levantados realizar-se-á uma análise crítica sobre o assunto.

Para alcançar tais propósitos, parte-se da hipótese de que alterações penais mais severas promovidas com o pacote anticrime repercutem no superencarceramento e aumentam as condições degradantes no cárcere, podendo ainda acarretar outros efeitos danosos, como o desencadeamento de rebeliões e mortes, visto que a insatisfação com as condições precárias é um motivo de protesto por parte dos detentos.

Por isso, desde já é possível depreender que legislações mais duras não garantem a erradicação da criminalidade, pois, para que

3 A política criminal de lei e ordem foi implementada nos EUA sob a justificativa de que somente a partir de uma maior incidência do direito penal poderia ser combatida a crescente criminalidade, especialmente em grandes cidades. Com essa justificativa criam-se novos tipos penais, tornam mais rigorosos os já existentes, assim como reduz-se uma série de direitos e garantias na execução penal. Esse expansionismo do direito penal contraria o princípio da intervenção mínima, que informa que o direito penal deve ser *ultima ratio*, optando o Estado por um direito penal simbólico.

obtenham êxito, é essencial que andem ao lado de uma execução penal garantidora de direitos fundamentais e de condições dignas no cumprimento da pena (BECCARIA, 2014, p. 46).

1 A CRISE HUMANITÁRIA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O sistema carcerário brasileiro é marcado por inúmeras violações generalizadas aos direitos fundamentais dos presos, o que demonstra a ausência de efetividade das normas que visam proteger a sua dignidade humana. Este cenário evidencia um problema estrutural grave, que requer uma solução estatal.

Atualmente, os presídios vêm passando por uma crise populacional e humanitária, tendo suportado um aumento de mais de 160% (cento e sessenta por cento) no número de detentos nos últimos vinte anos, constatado no ano de 2018 (ZAFFARONI, 2018, p. 32). Este acréscimo demasiado acarreta uma superlotação, já que em geral a capacidade dos presídios é menor do que o número de presos.

A população penitenciária brasileira sofreu um aumento de 8,15% de 2020 a 2021, o que significou uma totalização de 758,8 mil para 820,7 mil pessoas em cumprimento de pena privativa de liberdade.

Por sua vez, o número de vagas no sistema prisional também cresceu em aproximadamente 24%, criando-se 123 mil novas vagas, o que gerou uma queda no déficit de vagas. Tal queda já tinha se dado entre 2019 e 2020, em que pese, desde o ano 2000, não tenha se modificado o crescente encarceramento de pessoas. (CONJUR, 2022, *on-line*)

Já entre os anos 2016 a 2019, a população penitenciária teve um aumento percentual menor se comparado com anos anteriores (6,5%). E entre 2019 e 2020, o número de pessoas presas manteve-se estável. Com a entrada de 2021 foi retomado mais uma vez o crescimento. (Fórum Brasileiro de Segurança Pública – Anuário de Segurança Pública, 2022, *on-line*).

De acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública – Anuário de Seguran-

ça Pública (2022) 28,5% dos presos estavam em prisão provisória (233,8 mil) em 2021. Já aqueles com condenação correspondiam a 586,9 mil, o que significou um aumento de 10,7% comparando com o ano anterior.

Houve também um aumento do total de presos em monitoramento eletrônico (40,8% entre 2020 e 2021).

Foi verificado ainda um grande crescimento de mulheres privadas de liberdade, em geral por tráfico de drogas. Tendo ocorrido entre 2020 e 2021 um aumento de 21,3% no índice de mulheres presas por 100 mil habitantes. (CONJUR, 2022, *on-line*).

Outros dados relevantes destacados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública – Anuário de Segurança Pública (2022) são os relacionados com o perfil socioeconômico dos detentos (as).

Dentre eles é possível citar, que a população prisional é em sua maioria negra, sendo atualmente cerca de 429,2 mil presos (67,5% do total), o que vem aumentando a cada ano, diferente da população branca que diminui.

O encarceramento também atinge majoritariamente presos jovens, com idade entre 18 e 29 anos.

A pandemia da Covid-19 se deu também de forma grave no sistema penitenciário brasileiro.

De acordo com os dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020), o primeiro caso da doença nos presídios foi notificado em março de 2020, havendo um salto de mais de 1300% (mil e trezentos por cento) no registro de novas infecções em apenas uma semana (STF, ADPF 684, 2020, p. 1-102).

Desde o início da crise sanitária, em 2020, foram registrados quase 69,4 mil casos de Covid-19 em pessoas encarceradas. Disso totalizaram 314 óbitos — uma taxa de letalidade de 0,5%.

O impacto da doença foi pior entre os servidores do sistema prisional, dentre os quais a letalidade foi de 1,2%. Foram 28,6 mil casos e 339 óbitos. Somando-se detentos e servidores, o sistema prisional teve pouco mais de 98 mil casos e 653 mortes por Covid-19.

Quanto a outras causas de

mortes, em 2021 as penitenciárias brasileiras foram palco de 753 óbitos naturais ou por motivos de saúde, 235 óbitos criminais (um crescimento de 72,8% com relação a 2020), 91 suicídios (queda de 12,5%), 164 de origem desconhecida (diminuição de 47,4%) e 34 óbitos acidentais (19 deles somente no Rio Grande do Sul). Nesta última categoria, houve um aumento gigantesco de 580%, já que em 2020 foram apenas cinco. (CONJUR, 2022, *on-line*)

Este panorama resulta de inúmeras deficiências nas penitenciárias, que contam com um quadro precário de alimentação, higiene, saúde, ociosidade e espaço. Além disso, são cada vez mais frequentes as ocorrências de violência sexual e uso de drogas entre os detentos (MACHADO, 2013, p.7).

Segundo uma entrevista concedida pelo subcoordenador criminal da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro ao jornal O Globo (BOTTARI, O Globo, 2019, *on-line*), há também uma escassez de profissionais da saúde dentro dos presídios, o que faz com que muitos presos venham a perder suas vidas por falta de tratamento, já que inúmeras mortes são causadas por enfermidades tratáveis.

Outrossim, com o advento da pandemia da Covid-19, a superlotação e a precariedade da higiene no interior dos presídios tornaram-se fatores determinantes para a disseminação acelerada da doença entre as pessoas em privação de liberdade, indo contra todas as recomendações sanitárias mundiais.

1.1 DIGNIDADE HUMANA E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO CÁRCERE À LUZ DOS FUNDAMENTOS DAS ADPF'S 347 E 684

A realidade anteriormente relatada viola os direitos fundamentais dos presos, previstos no artigo 5º da Constituição Federal, dentre os quais se destacam: a vedação à tortura e ao tratamento degradante; a proibição das penas de morte e outras penas cruéis; a preservação da integridade física e moral dos presos; o acesso à assistência jurídica integral e gratuita; a não privação da liberdade quando

a lei admitir a liberdade provisória; e a duração razoável do processo.

Estes direitos decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, que fundamenta o Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º, III, da Carta Magna.

Apesar da ausência de conceituação legal expressa de dignidade humana, ela pode ser entendida como uma qualidade intrínseca do ser humano, não sendo passível de renúncia ou alienação.

Este princípio surgiu com o objetivo de impedir que os indivíduos fossem submetidos a situações constrangedoras e degradantes que pudessem levar ao desrespeito da sua condição humana. Para que ele seja efetivo e eficaz, cabe ao Estado respeitá-lo, protegê-lo e promovê-lo em todas as suas áreas de atuação.

Entretanto, não é esta a conduta estatal que vem sendo observada. Além das violações aos dispositivos constitucionais, a atual situação carcerária representa um afronta à Lei de Execução Penal e a outros diplomas normativos dos quais o Brasil é signatário, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

O cenário de crise humanitária passou a caracterizar a figura do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), cuja denominação se originou nas decisões da Corte Constitucional Colombiana e significa “um quadro de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas” (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, 2015, *on-line*).

Baseando-se neste conceito, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADPF 347 no STF, que possui como causa de pedir o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no sistema carcerário brasileiro. A ação teve a participação de diversas instituições, que atuaram como *amicus curiae*, dada a relevância social e jurídica da discussão (STF, ADPF 347, 2015, p. 8-18).

O principal objetivo do arguente era alcançar a reparação do quadro de violações

generalizadas aos direitos fundamentais, resguardando, assim, a dignidade da pessoa humana e o tratamento humanizado dentro das penitenciárias, fazendo valer os direitos sociais dos presos, como a saúde, a segurança e a integridade física e psíquica.

A ação foi julgada parcialmente procedente em setembro de 2015, sob a relatoria do então ministro Marco Aurélio Mello, ficando reconhecida a presença do ECI, decorrente de falhas estruturais, cuja solução depende de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias (STF, ADPF 347, 2015, p. 3-5).

Outrossim, a precariedade do sistema prisional foi agravada com o advento da pandemia da Covid-19, posto que a superlotação das celas em conjunto com as péssimas condições de higiene e de ventilação favoreceram uma onda de contaminação entre os detentos.

Além do aumento no número de casos registrados, existiu também uma estimativa de subnotificação dos casos da doença dentro das prisões, uma vez que o percentual de testes realizados foi muito baixo e a ausência de mecanismos de contenção do vírus restou evidente.

Isso significa que a situação pode ter sido e ainda seja bem mais grave do que aparenta, considerando a estrutura precária das penitenciárias. Por esse motivo, o PSOL ajuizou também a ADPF 684 cujo objetivo foi cobrar providências do Poder Público no sentido de conter a disseminação da doença no sistema prisional.

Entre as medidas solicitadas pelo arguente, estão a disponibilização de kits de higiene, de equipes médicas nos presídios e de testagem dos detentos que integram o grupo de risco, além da substituição das prisões preventivas por medidas cautelares alternativas (STF, ADPF 684, 2020, p.1-102).

Também em 17/03/2020, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ publicou a Recomendação nº 62, que trouxe uma série de diretrizes direcionadas aos magistrados e Tribunais com relação à adoção de medidas preventivas à disseminação do coronavírus.

Entre as medidas recomendadas, citam-se: a reavaliação de prisões provisórias;

a concessão de prisão domiciliar aos apenados em regime aberto e semiaberto, às pessoas presas por pensão alimentícia e àqueles que apresentem sintomas de Covid-19 e estejam em estabelecimentos que não comportem o isolamento adequado; e a conversão da prisão em flagrante em preventiva, apenas em casos excepcionais de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa.

A resolução anteriormente mencionada foi prorrogada mais de uma vez e ficou em vigor até março de 2021, quando houve a emissão da Recomendação nº 91, que trouxe medidas adicionais de enfrentamento à crise sanitária, que permaneceu por um tempo maior do que o esperado.

A nova normativa orienta que os tribunais controlem as prisões por meio das audiências de custódia e que substituam as penas privativas de liberdade de pessoas indígenas por regimes domiciliares. Além disso, ela traz a adoção de providências para a redução de riscos epidemiológicos a fim de assegurar o contato familiar dos presos, entre outras indicações.

Posto isso, é nítido que a pandemia da COVID-19 é apenas mais uma das inúmeras problemáticas que envolvem o sistema carcerário, visto que apesar da determinação da Suprema Corte para que fossem implementadas medidas de superação das inconstitucionalidades, os presídios não deixaram de apresentar quaisquer violações aos direitos fundamentais dos presos.

1.2 AS TEORIAS DA PENA E A REINCI-DÊNCIA CRIMINAL EM ÂMBITO NACIONAL

A palavra “pena” deriva do latim *poena* e do grego *poiné* (GRECO, 2015, p. 83) e trata-se de uma espécie que compõe o gênero das sanções penais, junto com as medidas de segurança. A sua aplicação decorre do *ius puniendi* estatal, que deve adequar-se a cada caso concreto.

Segundo Rogério Greco (2015, p. 533), a pena pode ser definida como uma “consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o

agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *jus puniendi*”.

A prisão ainda é concebida como um “mal necessário” por muitos autores, e apesar de suas inúmeras incoerências, ainda é tratada como um recurso que deve ser mantido, em que pese exija constantes reformas, e não como um projeto que deva ser abolido. (BITENCOURT, 2017, p. 587).

A pena possui uma origem remota. Até o período iluminista, as penas eram, em sua grande maioria, constituídas de castigos corporais. As privações de liberdade somente ocorriam como medida cautelar, para assegurar o cumprimento da pena principal (GRECO, 2020, p. 85).

De acordo com Dario Melossi e Massimo Pavarini (2006) os fatores relacionados com a gênese das primeiras instituições prisionais estão mais relacionados com as necessidades do jovem capitalismo, do que com um ideal de punição mais humana.

É na Holanda, na primeira metade do século XVII, onde a nova instituição da casa de trabalho chega, no período das origens do capitalismo, à sua forma mais desenvolvida. É que a criação desta nova e original forma de segregação punitiva responde mais a uma exigência relacionada ao desenvolvimento geral da sociedade capitalista que à genialidade individual de algum reformador.

Os modelos punitivos não se diversificam por um propósito idealista ou pelo afã de melhorar as condições da prisão, mas com o fim de evitar que se desperdice a mão de obra e ao mesmo tempo para poder controlá-la, regulando a sua utilização de acordo com as necessidades de valorização do capital. (MELOSSI E PAVARINI apud BITENCOURT, 2017, p. 595)

A partir do final do século XVIII, as penas aflitivas foram sendo gradualmente substituídas pelas privativas de liberdade, com o surgimento do Estado Constitucional e com o início das discussões acerca do princípio da dignidade humana (GRECO, 2020, p. 86).

O indivíduo deixou de ser visto como mero objeto, razão pela qual o processo penal

passou a prever diversas garantias ao acusado, como a exigência de provas para a condenação

As penas, que antes eram desproporcionais, passaram a ser dosadas de acordo com a gravidade dos delitos e, para a sua aplicação, passou a ser necessário que a proibição da conduta estivesse definida em lei anterior à sua prática (GRECO, 2020, p. 87).

Ocorre que, mesmo com a mudança de mentalidade acerca da execução penal, outros problemas foram surgindo, uma vez que as prisões eram incapazes de propiciar o mínimo necessário para que os detentos pudessem habitá-las, tendo em vista as suas condições insalubres e promíscuas (GRECO, 2020, p. 115).

De acordo com Foucault (2014, p. 32), o surgimento da pena privativa de liberdade transformou o sofrimento do corpo em sofrimento da alma e não deveria ser considerada como uma solução final para a criminalidade.

Cumprido salientar que, após um longo processo de desconstrução da opressão e da barbárie, hoje percebe-se maior preocupação com a integridade física e com a dignidade humana dos indivíduos, ao menos nos países ocidentais, que somente podem impor ao apenado a privação de liberdade, restando preservados os seus demais direitos, ainda que em teoria (GRECO, 2020, p. 112).

Diante da necessidade de fundamentar a existência da pena, bem como de justificar as finalidades das punições aplicadas frente ao cometimento de infrações penais, foram construídas, no decorrer da história, as denominadas teorias da pena. Dentre elas, destacam-se as Teorias Absolutas, as Teorias Relativas e as Teorias Unitárias ou Ecléticas (PRADO, 2004, p. 1-12).

As Teorias Absolutas foram influenciadas pelos pensamentos de Immanuel Kant e de Georg Hegel, os quais acreditavam na retribuição e na compensação do delito como a única maneira de se alcançar a justiça. Fala-se aqui em uma teoria que tem como único pilar a função repressiva da pena, sem considerar a função social que esta desempenha (PRADO, 2004, p. 2).

Apesar de o artigo 59 do Código Penal

estabelecer que as penas devem ser necessárias e suficientes não somente para a reprovação do crime, mas também para a sua prevenção, a sociedade geralmente se contenta com a mera retribuição, contando que esta seja a pena privativa de liberdade, uma vez que as penas alternativas geram a sensação de impunidade e de injustiça no corpo social (GRECO, 2015, p. 537).

Já a Teoria Relativa baseia-se na função social da pena e fundamenta-se no critério da prevenção, que se biparte em prevenção geral (quando inibe práticas delituosas na sociedade pelo medo de sofrer uma sanção penal) e em prevenção especial (quando visa prevenir futuros delitos advindos do indivíduo que cumpriu a pena) (PRADO, 2004, p. 3).

A prevenção geral ainda pode ser estudada sob o aspecto negativo e sob o aspecto positivo. No caso da prevenção geral negativa, a pena imposta ao autor da infração gera na sociedade uma espécie de intimidação, de modo que antes de cometer um ilícito, os indivíduos tendem a refletir e a deixar de se comportar em desconformidade com as leis. Na prevenção geral positiva, o que se tem é a conscientização coletiva da necessidade de respeito ao Direito pátrio (GRECO, 2015, p. 537-538).

A prevenção especial também pode ser entendida sob o sentido negativo e o sob o sentido positivo. No sentido negativo, no momento do cumprimento da pena, o delinquente fica impedido de cometer novas infrações penais. No sentido positivo, entende-se que, uma vez cumprida a pena, o agente não voltará a transgredir as normas jurídicas vigentes, pois terá passado por uma espécie de ressocialização (GRECO, 2015, p. 538-539).

Por fim, existem as Teorias Unitárias ou Ecléticas, também conhecidas como mistas ou unificadoras, que agregam as funções retributivas e preventivas para justificar a aplicação da pena. Isto é, elas entendem a essencialidade da repressão do Estado, mas acreditam que, para alcançar a verdadeira justiça, a retribuição deve andar ao lado da sua função social, com o intuito prevenir a reincidência criminal e a inserção de novas pessoas na cri-

minalidade (PRADO, 2004, p. 6).

Atualmente, é possível inferir que o direito penal brasileiro adota a teoria Unitária ou Eclética, com fulcro na previsão do seu artigo 59, *caput*. No final da redação, o dispositivo cita a reprovação e a prevenção do crime como pilares para estabelecer os parâmetros das penas, tais como a quantidade, o regime inicial e a possibilidade de substituição da privativa de liberdade por outra mais benéfica.

Com base nisso, Damásio de Jesus (2015, p. 563) justifica a pena como uma sanção aplicada pelo Estado e que possui característica retributiva ao mesmo tempo que detém uma finalidade ressocializadora. Quanto a este fim, pode ele ser geral (quando a intimidação é direcionada a todos os membros da sociedade) ou especial (quando visa impedir que o próprio delinquente volte a transgredir normas).

Além disso, cumpre destacar o discurso crítico da teoria criminológica da pena, que segundo o Juarez Cirino dos Santos (2005, p.14), pode ser dividido em duas teorias principais, sendo elas: a teoria negativa ou agnóstica da pena e a teoria materialista ou dialética da pena.

A crítica agnóstica baseia-se no modelo ideal do estado de polícia, que seria um poder vertical e autoritário, com a função de retribuição e prevenção do crime. A teoria também se fundamenta no modelo ideal de estado de direito, que se caracterizaria como um poder horizontal, no qual as soluções de conflito se dariam de acordo com regras democráticas.

Segundo essa teoria, produzida por Eugenio Raul Zaffaroni e Nilo Batista, as funções de retribuição e de prevenção da pena são rejeitadas como falsas, razão pela qual se acredita que para haver uma maior segurança jurídica é necessário reduzir o estado de polícia e ampliar o estado de direito.

Por sua vez, a teoria materialista baseia-se na revelação da natureza real da retribuição penal nas sociedades capitalistas, onde o valor de troca da pena criminal se realiza pela retribuição equivalente, a qual é medida pelo tempo de liberdade suprimida do condenado.

Sob esse enfoque, o valor de uso da

pena criminal consiste nas funções de prevenção especial e de prevenção geral. Ademais, se acredita que para definir uma estratégia efetiva de controle social, é necessário realizar uma análise radical dos mecanismos e das funções reais do sistema penal na sociedade contemporânea (SANTOS, 2005, p. 15-21).

Ocorre que, embora essas funções latentes impeçam a prática de crimes fora dos limites da prisão, segundo a moderna crítica criminológica, elas também produzem efeitos contraditórios, como uma maior taxa de reincidência, desintegração social, deformações psíquicas, entre outros problemas econômicos e sociais, todos gerados pela privação da liberdade (SANTOS, 2005, p. 25).

De fato, o que se observa é que, apesar de a função ressocializadora da pena ser vista como um pilar para o nosso ordenamento jurídico, ela não tem obtido êxito nos casos concretos, haja vista que a reincidência criminal em âmbito nacional encontra-se cada vez mais acentuada, conforme dados disponibilizados pelo INFOPEN.

Segundo o Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (DPJ/CNJ, 2019, p. 52), 42,5% dos adultos com processos criminais registrados no Brasil em 2015 retornaram ao sistema de execução penal até dezembro de 2019. Isso é, quase metade das pessoas com mais de 18 anos que deram entrada como réus na justiça criminal, voltaram a ser acusados da prática de infrações penais em um intervalo menor do que 5 (cinco) anos.

Ainda de acordo com o relatório supracitado (DPJ/CNJ, 2019, p. 58), a taxa de reinserção no sistema prisional é quase duas vezes superior à do sistema socioeducativo, no qual a taxa de reentrada equivale a 23,9%. Isso significa que a função preventiva especial da pena está obtendo mais êxito entre os adolescentes, com as medidas socioeducativas, do que em meio aos adultos.

Estes números apontam para um equívoco no sistema de execução penal do país, pois apesar de as penas estarem cumprindo com a sua função retributiva e compensatória, estão falhando na função preventiva, que

é igualmente importante para a interrupção da criminalidade.

É certo que o funcionamento do sistema penal revela grande seletividade, repressão e estigmatização, características estas que contribuem para a criminalização secundária. Ao final, a criminalização primária⁴ produz rotulação e contribui para a formação de carreiras criminosas, assim como para a consolidação de subculturas delinquentes (BATISTA, 2007, p. 24-26).

Por isso, o direito penal precisa ser pensado não somente como peça fundamental para o controle social, mas também como um conjunto de normas capazes de exercer funções educativas, como o fomento de valores ético-sociais de um desenvolvimento social pacífico (BATISTA, 2007, p. 22).

Como disse Cesare Beccaria (2014, p. 46) “quanto mais terríveis forem os castigos, tanto mais cheio de audácia será o culpado em evitá-los. Praticará novos crimes, para subtrair-se à pena que mereceu pelo primeiro”.

No mesmo sentido dirige-se o entendimento de Foucault (2014, p. 235), que aduz que a não concessão dos direitos dos presos gera neles um sentimento de injustiça, motivo pelo qual deixam de se ver como os responsáveis pelos próprios atos e passam a atribuir a culpa exclusivamente ao sistema de justiça

2 ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 13.964/19 NA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Em 2019, ignorando a crise humanitária do sistema carcerário brasileiro, o ex-ministro da Justiça, Sérgio Moro, apresentou um projeto de lei cujo objetivo era alcançar a redução da criminalidade através do recrudescimento da legislação penal e processual penal.

4 A Teoria do Labelling Approach ou Etiquetamento define que a criminalização primária (punição do primeiro ato que viola a norma) produz rotulação, dando causa a criminalizações secundárias (reincidência). A rotulação tem como função/efeito: a apreensão das características por parte do rotulado; construção social de atitudes que correspondem ao rótulo; eternização do comportamento rotulado; e a convivência com outros indivíduos igualmente rotulados (subculturas) (SANTOS, 1981).

Deste projeto originou-se a Lei 13.964/19, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, que foi sancionada em dezembro do referido ano.

A nova lei foi responsável por alterar 14 (quatorze) normas federais, entre as quais se inserem o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848), o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689), a Lei de Execução Penal - LEP (Lei nº 7.210), a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072) e outras.

No âmbito do Código Penal e da Lei de Execução Penal, destacam-se as modificações no limite temporal para o cumprimento de pena, as novas vedações ao instituto do livramento condicional e o tabelamento mais rigoroso para a progressão de regime, as quais constituem o objeto de análise do presente trabalho, visto que são responsáveis por manter os detentos por mais tempo no cárcere.

O limite de cumprimento de pena existe em nosso ordenamento jurídico para resguardar a previsão constitucional de vedação às sanções penais de caráter perpétuo no país, sobre a qual dispõe o artigo 5º, inciso XLVII, alínea *b* da Carta Magna. Além disso, ele serve como um fator de equilíbrio para a população carcerária, posto que ao atingir o tempo pré-determinado, aquele que estava preso desocupa o sistema penitenciário, abrindo vaga para um novo detento.

O prazo antes fixado como limite para o cumprimento de pena privativa de liberdade era de 30 (trinta) anos. Com a entrada em vigor do Pacote Anticrime, a redação do artigo 75 do Código Penal Brasileiro foi alterada e passou a constar um novo limite de 40 (quarenta) anos.

As justificativas apresentadas foram: primeiramente, o aumento na expectativa de vida dos brasileiros desde a vigência do Código Penal, e em segundo, a maior eficácia preventiva da pena, sob a lógica de que quanto mais longa a sanção, maior o poder de intimidação e mais extenso o afastamento social do detento (JUNQUEIRA *et al*, 2020, p. 18).

Entretanto, esta lógica não parece crível, visto que inexistente comprovação de variação da expectativa de vida da população car-

cerária, que é menor do que a expectativa de vida da população em geral, bem como são insuficientes os estudos acerca da ocorrência de reincidência entre aqueles que cumprem 30 (trinta) anos ininterruptos de pena (JUNQUEIRA *et al*, 2020, p. 18).

Outrossim, é imperioso destacar que o novo limite estabelecido afronta o princípio da vedação de retrocesso e coloca em risco o próprio direito fundamental previsto no artigo 5º, XLVII, ‘b’, da Constituição Federal, qual seja, a proibição de penas perpétuas.

Também houve mudanças com relação ao livramento condicional, instituto utilizado como meio para antecipar a saída do reeducando do regime carcerário. Nas palavras de Rogério Cunha (2020, p. 27), trata-se de uma “etapa de preparação para a soltura plena, importante instrumento de ressocialização”.

O artigo 83 do Código Penal previa como um dos requisitos subjetivos para o livramento, na redação anterior, um comportamento satisfatório durante a execução da pena. Com a nova redação, a exigência passou a ser de bom comportamento, não bastando que seja regular, condição essa que poderá ser atestada por meio de documento emitido pelo diretor do estabelecimento prisional.

Ademais, foi introduzido no artigo supracitado o requisito do não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses. Nesse contexto, questiona-se o momento em que poderá ser negada a concessão do livramento, visto que, para apurar a falta grave, é necessário que haja um procedimento que assegure o contraditório e a ampla defesa do acusado (NUCCI, 2020, p. 12).

Portanto, falar em negativa do benefício enquanto o preso ainda responde ao procedimento violaria gravemente o princípio da presunção de inocência.

Registre-se ainda que, de acordo com a súmula 441 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), “a falta grave não interrompe o prazo para obtenção do livramento condicional”. Isso é, apesar de impedir a concessão do livramento condicional por doze meses, a falta grave não interfere na contagem do prazo para a sua obtenção (JESUS; ESTEFAM, 2020, p.

785).

Com efeito, para alcançar o benefício do livramento, é necessário que o indivíduo primário cumpra mais de um terço da pena privativa de liberdade, enquanto o reincidente precisa cumprir mais da metade, conforme previamente estabelecido, nos termos do artigo 83, incisos I e II do Código Penal.

Os condenados por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, deverão cumprir mais de dois terços da pena, desde que não sejam reincidentes específicos em crimes dessa natureza, hipótese na qual não farão jus ao benefício, conforme disposição do artigo 83, V, da legislação supracitada.

Cumpre destacar que com a reforma produzida pelo Pacote Anticrime foi incluída a extensão da proibição do livramento condicional aos primários condenados por crime hediondo com resultado morte, conforme se extrai do artigo 112, VI, da LEP.

Com relação a essa inovação, cumpre salientar que se trata de mais uma ferramenta para avançar a individualização da pena e suprimir a integração social, visto que a gravidade do crime já reflete diretamente na quantidade de pena (JUNQUEIRA *et al*, 2020, p. 22).

Outrossim, na esfera da Lei de Execução Penal (LEP), houve modificações significativas nos prazos da progressão de regime. Este instituto foi criado para possibilitar que o condenado progrida de um regime prisional para outro que lhe seja mais benéfico, após o cumprimento da quantidade de pena preestabelecida, e demais requisitos de ordem subjetiva.

Ocorre que, com o advento da Lei 13.964/19, foram alterados os percentuais previstos para a progressão, passando alguns deles serem bem maiores do que a previsão anterior.

Na redação anterior do artigo 112 da LEP, a exigência era de que o preso cumprisse 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e nos casos de crimes hediondos e equiparados, a previsão da Lei

8072/1990 (Lei de Crimes Hediondos) era de que deveria se cumprir 2/5 (dois quintos) da pena se primário, e 3/5 se reincidente.

Com a introdução do novo texto, o dispositivo passou a prever percentuais que variam de 16% (dezesesseis por cento) a 70% (setenta por cento), conforme a disposição dos incisos I a VIII do artigo 112 da Lei de Execução Penal, a depender das circunstâncias de cada caso (CUNHA, 2020, p. 368).

Em relação ao lapso de 16%, exigido para as hipóteses em que o apenado seja primário e o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, este pode ser considerado como mais benéfico do que o marco anterior, visto que houve uma redução de 0,66% no tempo exigido.

Já nos casos em que o apenado seja reincidente em crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, o percentual a ser cumprido passou de 1/6 (um sexto) para 20% (vinte por cento), devendo incidir, portanto, o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

Caso a execução do crime tenha se dado por pessoa primária, com o emprego de violência ou grave ameaça, será exigido o cumprimento de 25% (vinte e cinco por cento) da pena estabelecida. Já a proporção de 30% será requerida quando o apenado for reincidente em crime com violência ou grave ameaça.

Cunha (2020, p. 181-182), no último caso acima aduz que

O dispositivo faz referência à reincidência específica em crime com violência ou grave ameaça. Mas e se o reeducando for reincidente, mas não específico, ou seja, somente um dos crimes, passado ou presente, tiver sido cometido com violência ou grave ameaça? [...] estamos diante de uma lacuna, cuja integração, por óbvio, deverá observar o princípio do *in dubio pro reo*. A fração deve ser a mesma do primário, levando-se em conta o crime pelo qual foi considerado reincidente: se violento, aplica-se a mesma fração do inciso III (25%); se não violento, a fração do inc. II (20%).

Nas hipóteses de condenação por cri-

me hediondo ou equiparado, será necessário que o apenado cumpra 40% (quarenta por cento) da pena. Nesse caso, se o crime tiver alcançado o resultado morte, o percentual exigido se elevará a 50% (cinquenta por cento).

Também será exigida a proporção de 50% nas condenações por exercício de comando de organização criminosa, cujo objetivo seja a prática de crime hediondo ou equiparado, e as condenações por constituição de milícia privada.

Caso o apenado seja reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado, a necessidade é de 60% (sessenta por cento) do cumprimento da pena.

Finalmente, a previsão mais dura é direcionada aos casos em que o apenado seja reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, circunstância em que será exigido o cumprimento 70% e ficará vedado o livramento condicional (CUNHA, 2020, p. 368-374).

É importante frisar que a LEP não deixa claro se a reincidência a que se refere o artigo supracitado é geral ou específica. Para Damásio de Jesus e André Estefam (2020, p. 659), ela deve ser interpretada como reincidência geral, pois se o legislador quisesse falar da específica, teria inserido o termo expressamente na redação.

Apesar do posicionamento dos autores acima, o STJ publicou a Edição n.184 do Jurisprudência em teses (Pacote Anticrime I, 2022), e as Teses 1 e 2 desta edição definem uma interpretação mais favorável para os casos acima citados.

TESE 1

Após a entrada em vigor do Pacote Anticrime, reconhece-se a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 7.210/1984, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante.

Art. 112, V, da Lei n. 7.210/1984 incluído pela Lei n. 13.964/2019.

TESE 2

Após a entrada em vigor do

Pacote Anticrime, o condenado por crime hediondo ou equiparado com resultado morte, que seja reincidente genérico, deverá cumprir ao menos 50% da pena para a progressão de regime prisional, pelo uso da analogia *in bonam partem*.

Art. 112, VI, da Lei n. 7.210/1984 incluído pela Lei n. 13.964/2019.

Óbice também à progressão de regime para o preso que cometeu falta grave durante o cumprimento da pena. De acordo com a nova redação dada ao parágrafo 6º do artigo 112 em comento, a falta interrompe o prazo de progressão, devendo a contagem reiniciar com base no que restou da pena.

Outro instituto que passou por grandes modificações foi o regime disciplinar diferenciado (RDD), sanção disciplinar que, na antiga redação do art. 52 do CPP, tinha como previsão de duração máxima o prazo de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição por nova falta grave, até o limite de um sexto da pena aplicada.

Ocorre que, com o advento do Pacote Anticrime, o dispositivo supracitado passou a prever o prazo máximo de dois anos de duração para a sanção, sem prejuízo de repetição por nova falta grave de mesma espécie.

Destaque-se que, além do aumento no tempo de duração, a nova redação retirou o limite anteriormente previsto para a aplicação do RDD, que era de um sexto da pena aplicada.

Como se não bastasse, com a nova versão do inciso III do artigo 52 do CPP, as visitas semanais de duas pessoas, que eram conferidas aos presos submetidos ao regime disciplinar, foram substituídas por visitas quinzenais, também de duas pessoas, só que dessa vez em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos entre eles.

Além disso, as visitas passaram a ser restritas a pessoas da família, excluindo portanto os amigos que, para obterem o direito à visitação, passaram a necessitar de autorização judicial. Cumpre salientar que a nova disposição excepciona a regra geral do art. 39 da LEP (JUNQUEIRA *et al*, 2020, p. 41).

Outrossim, houve o acréscimo de três novos incisos, que passaram a prever: a monitoração de todas as entrevistas com o preso (ressalvadas aquelas com o seu defensor), a fiscalização de todas as correspondências dos detentos em RDD, e preferencialmente, a participação em audiências judiciais por videoconferência (JUNQUEIRA *et al*, 2020, p. 42-44).

Embora as alterações elencadas no parágrafo anterior não influenciem diretamente no tempo de cárcere do preso, elas constituem graves violações aos direitos fundamentais dos indivíduos e institucionalizam o caráter cruel à pena de prisão, contrariando-se a vedação constitucional (ZANOTELLO, 2020, p. 84).

Não obstante, cumpre analisar o §4º do dispositivo, que cuida da prorrogação do Regime Disciplinar Diferenciado por períodos sucessivos de um ano. Ele traz uma série de critérios para essa prorrogação, dentre os quais se destaca a superveniência de novos processos criminais.

A inovação legislativa afronta a presunção de inocência que vigora em favor do réu, uma vez que para efeitos de prorrogação, basta que o processo esteja em andamento, sem a necessidade de haver condenação com trânsito em julgado.

Ademais, o dispositivo não distingue os processos por fatos anteriores ou posteriores ao RDD, ou por fatos anteriores ou posteriores ao cumprimento da pena, fazendo com que pareça que o regime é uma espécie de pena e não um castigo disciplinar (JUNQUEIRA *et al*, 2020, p. 45).

Por fim, a Lei nº 13.964/19 incluiu a vedação expressa da saída temporária para o condenado por crime hediondo com resultado morte, conforme se observa no novo §2º do art. 122 da LEP. No caso, inexistente distinção entre o resultado morte doloso ou culposos, em nítida violação à individualização da pena.

Por conseguinte, a crítica que se faz à nova previsão é com relação à lógica individualizadora do sistema progressivo. Isso porque, como é cediço, há uma escassez de vagas em colônias agrícolas ou industriais no país, o

que faz com que o regime semiaberto seja, por vezes, cumprido em regime fechado.

Portanto, uma vez vedada a saída temporária, o preso não sentirá qualquer mudança na passagem do regime fechado para o semiaberto, o que reflete a intenção legislativa de elevação do grau punitivo do sistema penitenciário em detrimento a um direito penal democrático (JUNQUEIRA *et al*, 2020, p. 62).

2.1 A INEFICÁCIA DO RECRUDESCIMENTO PENAL NO COMBATE À CRIMINALIDADE

O recrudescimento indiscriminado da legislação penal e processual penal brasileira tende a ser ineficaz no combate à criminalidade e a gerar grandes impactos no sistema carcerário, posto que além de ocasionar uma superlotação, acaba por relativizar princípios, garantias e direitos fundamentais.

Atualmente, é possível observar uma onda punitivista que percorre os mais diferentes campos da sociedade e encontra forças em discursos políticos que prometem erradicar o crime através de uma aplicação criminal mais rigorosa, gerando uma falsa sensação de segurança entre os cidadãos.

É importante salientar que os meios de comunicação contribuem com o populismo penal, visto que transmitem todos os dias, de forma sensacionalista, uma infinidade de crimes cometidos no país, instaurando uma cultura do medo entre os integrantes do corpo social (ARAÚJO; RODRIGUES, 2018, p. 4-7).

Para tratar de populismo é necessária a distinção entre políticos democratas e populistas. Aqueles primam por reivindicar a partir de uma representatividade de natureza ampla, mas admitem que tais demandas possam ser questionadas.

Os populistas não admitem contestação de suas pautas, aconteça o que acontecer, já que suas reivindicações são de natureza moral e simbólica. Quando o populista justifica através do medo da violência uma pauta de política criminal que julgue necessária para a contenção do problema de segurança pública, ainda que tais regras violem preceitos fundamentais do direito penal, ocorre o populismo

penal (GALDINO, 2021, *on-line*).

Com base no sentimento de insegurança coletiva e no pânico social os indivíduos passam a questionar as políticas públicas adotadas e a cobrar medidas menos brandas do Poder Público, abrindo espaço para a criação de políticas criminais em desacordo com o Estado Democrático de Direito.

Sobre esta relação entre a comunicação midiática e a expansão penal, Rogério Greco (2015, p. 252) expõe que, nas últimas décadas os profissionais não habilitados assumiram a responsabilidade de criticar o direito penal e processual penal, convencendo as pessoas de que, para se livrar dos indivíduos não adaptados, é necessário recrudescer as penas, criando novos tipos penais e afastando garantias processuais.

Observa-se, portanto, um populismo penal que leva as pessoas a pensarem que a verdadeira raiz da criminalidade está no viés garantista do Código Penal. Segundo essa ideologia, deveria haver uma relativização de direitos fundamentais, em conjunto com uma exacerbação do poder punitivo estatal.

Esta pressão vem sendo exercida, inclusive, sobre os legisladores e os aplicadores da lei, que muitas vezes se veem rodeados pela opinião pública no momento de exercer as suas funções institucionais. Isso representa um problema grave, que pode levar o Estado Democrático de Direito ao colapso, visto que ameaça, principalmente, a imparcialidade dos magistrados.

Além disso, tornou-se uma prática comum entre os políticos aproveitar o discurso punitivista a fim de se eleger e, uma vez investidos no cargo, utilizar o direito penal simbólico e emergencial como forma de mascarar as verdadeiras mazelas sociais (ARAÚJO; RODRIGUES, 2018, p. 7-10).

É neste ponto que ganha força a discussão sobre os verdadeiros efeitos do recrudescimento penal, que apesar de estar longe de ser a medida hábil para resolver os problemas de segurança pública existentes, vem sendo utilizado nas últimas décadas como se assim o fosse.

Desde 1990, é possível observar o res-

surgimento do objetivo político de retribuição “justa”, aquele defendido pela teoria retribucionista da pena. Com isso, o objetivo de prevenção tende a ser desvalorizado, já que a prisão volta a ser vista como o único remédio eficaz para o controle do crime (CAMPOS, Mariana Lemos de, 2014, p. 63-67).

Apesar de a LEP ter instituído como um de seus propósitos a ressocialização do apenado, outras legislações que foram editadas até os dias atuais, contribuíram para a ineficácia das metas preventivas previstas anteriormente, causando uma onda de superencarceramento e um aumento na taxa de reincidência criminal.

Nesse sentido, pode-se destacar a Lei de Crimes Hediondos (8.072/90), a Lei de Drogas (11.343/06), o Estatuto de Desarmamento (10.826/03), a Lei de Organizações Criminosas (12.850/13), a Lei Maria da Penha (11.340/06), o Estatuto da Criança e do Adolescente (8.079/90) e o Estatuto do Idoso (10.741/06).

As legislações citadas anteriormente trouxeram mudanças significativas, tendo em vista que criaram novos tipos penais, passaram a prever critérios mais duros para a concessão de benefícios processuais, agravaram sanções, aboliram causas de extinção de punibilidade e, conseqüentemente, foram responsáveis por um aumento no tempo de encarceramento dos apenados.

E mesmo diante de tantas políticas expansionistas, os índices de crimes não deixaram de aumentar, pelo contrário. O Brasil apenas se tornou destaque no mundo pela alta taxa de aprisionamento, com uma média de 338 (trezentos e trinta e oito) encarcerados a cada 100 (cem) mil habitantes, vindo a ocupar a 26ª posição mundial (VELASCO *et al. in* G1, 2020, *on-line*).

Isso demonstra a ineficácia do recrudescimento penal no combate à criminalidade e a necessidade de questionar a eficácia da sanção mais grave adotada pelo Código Penal, qual seja a pena privativa de liberdade. Ela, que constitui o principal meio de controle social desde o século XIX, vem demonstrando uma degeneração do apenado, que na maioria

das vezes é devolvido para a sociedade mais corrompido do que quando entrou no sistema (SILVA, 2007, p.17).

Essa afirmação se justifica não somente pela ausência de estrutura do sistema carcerário, que constitui um ambiente hostil e de desrespeito às condições humanas, mas também pelas dificuldades que os egressos enfrentam após o cumprimento da pena. Há uma ausência de perspectiva de mudança entre os presos, o que constitui um espaço ideal para o cometimento de novos delitos.

Apesar da existência de legislações que regulamentam a aplicação da pena e o devido cumprimento às garantias constitucionais dos presos, o que se observa é a ocorrência de diversas irregularidades, que põem em risco a todo o tempo a finalidade ressocializadora e preventiva da pena (CHAGAS, 2018, p. 2).

Portanto, o que o Poder Público parece esquecer é que em um determinado momento, aqueles que estão presos serão reintegrados ao convívio social, e caso não haja sucesso na política de ressocialização, eles voltarão a delinquir, contribuindo para a crescente taxa de reincidência no país.

Além disso, uma vez reintegrados, os preconceitos e os estigmas sociais inibem os ex-detentos de buscarem alternativas que não sejam o crime. A baixa oferta de emprego é um problema que afeta grande parte da população brasileira e que atinge com mais veemência aqueles que estão à margem do corpo social, dentre eles, os egressos do sistema penitenciário (SILVA, 2007, p.18).

Os estigmas ocasionam uma discriminação e resultam no afastamento social dos ex-presidiários, que não conseguem apoio para se reestabelecer. Essa rotulação, que acompanha o indivíduo por toda a vida, faz com que ele retorne ao universo do crime, inclusive como forma de autopunição, já que a sociedade o faz acreditar que ele é incapaz de se tornar um indivíduo melhor (CHAGAS, 2018, p. 14).

Diante disso, para que seja possível elaborar uma maneira eficaz de combate à criminalidade, não basta investir em políticas criminais mais repressoras, é necessário en-

tender os motivos determinantes que levam os indivíduos à delinquência, fazendo um paralelo entre a desigualdade social, busca de poder econômico, racismo, machismo e demais fatores com a prática criminosa.

O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura que todas as pessoas têm o direito de desenvolver uma vida capaz de resguardar uma série de direitos, quais sejam: saúde, bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e segurança em casos de perda dos meios de subsistência.

Contudo, devido à segregação socioeconômica, é perceptível que muitas pessoas não possuem a chance de viver uma vida pautada em garantias fundamentais. O alto índice de pobreza, somado aos estereótipos dos moradores de guetos e favelas, são fatores determinantes para a formação de tensões sociais, que encorajam a prática criminosa como meio de busca pela igualdade social que o Estado prevê, mas não proporciona (RAMOS *et al.*, 2020, p. 16).

Por conseguinte, infere-se que a solução para a crise de segurança pública é o diálogo e o investimento em políticas de educação, moradia, geração de empregos e distribuição de renda, sendo plenamente possível frear o avanço da criminalidade sem afrontar as garantias fundamentais dos indivíduos e sem ferir o Estado Democrático de Direito (CAMPOS, Mariana Lemos de 2014, p. 81).

3 PACOTE ANTICRIME E EXECUÇÃO PENAL: OS IMPACTOS NO SISTEMA CARCERÁRIO E NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Conforme vem sendo ilustrado, a implementação de medidas penais demasiadamente repressivas faz com que haja novas sobrecargas populacionais dentro dos presídios brasileiros, o que, conseqüentemente, aumenta a violação de direitos fundamentais, agravando o Estado de Coisas Inconstitucional.

Tudo isso ocorre porque a superlotação resulta na falta de espaço, na precariedade da higiene e no controle de atos violentos dos detentos e dos servidores públicos que traba-

lham na execução da pena, o que coloca em risco a própria segurança dos estabelecimentos prisionais.

Não obstante, o agravamento das condições do cárcere possibilita que eventos trágicos sobrevenham, como o “massacre do Carandiru”, que ocorreu na Casa de Detenção de São Paulo em 1992 e deixou 111 (cento e onze) detentos mortos após a intervenção da Polícia Militar.

De acordo com o estudo acadêmico disponibilizado pela Fundação Getúlio Vargas, de São Paulo (TEIXEIRA *et al*, 2015, p. 21), o que permitiu que o episódio do Carandiru ocorresse foi a “violência policial persistente e o encarceramento francamente em ascensão”.

É notório que a taxa de aprisionamento vem crescendo constantemente nas últimas duas décadas, em total descompasso com o número de vagas disponibilizadas no sistema. Por esse motivo, o recrudescimento da legislação penal distancia-se de ser a solução apta para frear a criminalidade, já tendo o sistema penitenciário atingido a inconstitucionalidade (ZANOTELLO, 2020, p. 88).

Embora o Pacote Anticrime tenha sido criado com o intuito de reduzir a taxa de crimes através de previsões mais intimidadoras e de uma aplicação de pena mais rígida, o que se observa é o fracasso ao qual a norma está fadada, visto que tende a gerar a ascensão do superencarceramento.

No decorrer da história, a adoção de legislações altamente repressivas só teve o condão de encarcerar mais pessoas, não tendo contribuído para a redução das taxas de criminalidade ou de reincidência no país.

Portanto, aumentar o limite de cumprimento de pena, impedir que condenados por crimes hediondos gozem de benefícios como o livramento condicional e a saída temporária, aumentar os percentuais exigidos para a progressão de regime e agravar as condições de cumprimento do RDD, são maneiras de manter os detentos por mais tempo em um regime insalubre e violador da dignidade humana.

A edição da nova norma, somada à ausência de elaboração de medidas eficazes no combate à criminalidade, não faz apenas com

que os detentos permaneçam por mais tempo no cárcere, mas também aumenta exponencialmente as chances dos egressos retornarem ao sistema prisional posteriormente, dada a ausência de ressocialização do público alvo do sistema prisional.

Como vem sendo observado, a permanência dos apenados nas cadeias tem surtido um efeito oposto ao desejado, pois vem gerando obstáculos à ressocialização dos indivíduos em decorrência do tratamento degradante que é ofertado nestes estabelecimentos (JÚNIOR *et al*, 2015, 42).

Segundo Augusto Thompson (1993, p. 23), os indivíduos que ingressam na sociedade penitenciária passam por um processo denominado prisionização. Isto é, inconscientemente, eles adquirem hábitos, costumes, linguagens, modo de pensar, entre outras características da cultura prisional.

Os presos não têm outra escolha a não ser adotar, ainda que em grau mínimo, os dogmas daquela comunidade na qual foram inseridos. Por esse motivo, os novos integrantes deslizam rapidamente para dentro dos padrões pré-estabelecidos (THOMPSON, 1993, p. 24).

Cumprir destacar que os efeitos desse processo alcançam também os funcionários que participam ativamente da relação penitenciária e que se veem obrigados, ao menos durante o período de trabalho, a abandonar os padrões da vida extramuros

Para os guardas, importa manter as penitenciárias pacíficas e ordeiras, não fazendo parte dos seus interesses o destino que os presos seguirão após o cumprimento da pena, isto é, se preocupam mais com a ordem e disciplina dos estabelecimentos do que com a reeducação dos presos.

Para isso, a tendência é que os guardas venham a se transformar em servidores corruptos, firmando parcerias com lideranças carcerárias. Ou seja, no final, são os critérios fornecidos pelos próprios internos que ditam o funcionamento do cárcere.

Nos estabelecimentos prisionais, se exige uma obediência cega e muda, sem análise, julgamento, questionamento e muito menos compreensão. A ideia é que os presos si-

gam minuciosamente as regras que são criadas injustificadamente.

Um detento novo, no momento em que é inserido naquela comunidade, se torna vítima de toda a sociedade carcerária: é vigiado incessantemente pelos guardas e passa a ser explorado pelos demais internos, razão pela qual ele se vê desde logo obrigado a se adaptar ao código de condutas pré-existente, adquirindo as atitudes dos criminosos habituais (THOMPSON, 1993, p. 26-27; 43-52; 60-95).

3.1 POLÍTICA CRIMINAL, RECRUDESCIMENTO PENAL E SUPERENCARCERAMENTO: UMA VELHA PROPOSTA

Os altos índices de reincidência observados no Brasil demonstram o fracasso do punitivismo exacerbado que o país vem adotando, além de refletirem diretamente o investimento do país em tecnologias de encarceramento em massa.

O aumento das políticas criminais pode ser entendido como a ascensão do Estado Penal e, ao mesmo tempo, como o declínio do Estado Democrático de Direito, posto que normalmente se observa a priorização de gastos com a segurança pública em detrimento do emprego de recursos na área social (FERNANDES, 2020, p. 809).

Consoante o que vem sendo demonstrado no decorrer do trabalho, durante muito tempo as práticas criminais foram punidas mediante a vingança privada, que tinha como principal característica o caráter afitivo da pena.

Foi a partir do século XVI, que a pena privativa de liberdade passou a ser efetivamente empregada como sanção principal, o que fez com que surgissem novas problemáticas, como a insuficiência de presídios e a dúvida quanto ao tratamento a ser empregado aos apenados (GRECO, 2015, p. 134).

Ocorre que, nem mesmo a carência de estabelecimentos prisionais foi capaz de conter o recrudescimento penal, que teve como maiores influenciadores a mídia e os contextos de crises políticas, sociais e econômicas.

Cumprir ressaltar que o punitivismo penal não é uma característica exclusiva de

estados totalitários. Um exemplo disso é o Brasil, que embora seja considerado um estado democrático, ainda segue a ideia de que a punição é capaz de domesticar e que a domesticação é a chave para frear a criminalidade.

Essa ideologia é socialmente aceita como justa e necessária e está diretamente ligada à criminologia midiática, que propaga a intensificação da violência estatal como a resposta ideal ao crime, alimentando o medo e a insegurança social (ARENDA, 2020, p. 103-113).

Não obstante, percebe-se que as políticas criminais baseiam-se muito mais nos discursos sensacionalistas, aclamados pelo público, do que em estudos fidedignos sobre o tema (LUERSEN, 2020, *on-line*).

Ao olhar para o implemento da intervenção penal nas últimas décadas, é possível verificar que houve um nítido fracasso na tentativa de racionalização da pena, bem como no seu caráter reintegrador.

Nos anos 90, houve um desmonte das garantias individuais criadas durante o processo de redemocratização, que ocorreu na década anterior, além de um aumento na violência estatal, que passou a violar com mais frequência os direitos humanos, em especial das pessoas privadas de liberdade (TEIXEIRA, 2014, *on-line*).

Em julho de 1990, houve a aprovação da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), que deixou de observar diversos direitos e princípios constitucionais, visto que passou a diferenciar alguns criminosos de outros, aplicando aos condenados pelos crimes dispostos no artigo 1º da referida lei uma pena mais rigorosa se comparada a de outros crimes.

Além do endurecimento na legislação penal, no âmbito do sistema carcerário houve o abandono de medidas que buscavam fornecer condições mais dignas no cumprimento de pena, como estabelecimentos minimamente estruturados e equipados (TEIXEIRA, 2014, *on-line*).

Em dezembro de 2003, foi aprovada a Lei nº 10.792/03, que alterou diversos dispositivos da Lei de Execução Penal (LEP), passando a prever o Regime Disciplinar Diferen-

ciado (RDD), que consiste no isolamento do detento em uma cela individual, com restrição de direitos, nos casos em que houver a prática de uma falta grave que coloque em risco a ordem e disciplina dos presídios.

Em 2006, com um discurso absolutamente proibicionista de combate às drogas, foi criada a Lei 11.343/06, que revogou a Lei 6.368/76. O que se observou com o seu advento foi um aumento da repressão, originado da criação de novas tipificações, sem qualquer embasamento científico e sem a adoção de métodos de tratamento da saúde individual e pública.

As medidas legislativas anteriormente citadas são apenas algumas entre tantas regras mais punitivas que o Brasil vem adotando nos últimos tempos, o que impulsiona o denominado direito penal simbólico, onde se utiliza o simbolismo de maneira exagerada a fim de atender ao anseio popular.

Conforme aduz o jurista Aury Lopes Jr (2016, p. 49): “é mais fácil seguir no caminho do Direito Penal simbólico, com leis absurdas, penas desproporcionais e presídios superlotados, do que realmente combater a criminalidade”.

Isso significa que é mais fácil adotar medidas de curto prazo que oferecem uma resposta imediata à sociedade, do que investir em soluções de médio a longo prazo que realmente incinerem o mal.

Não é à toa que a realidade atual do país reflete a total ineficácia do recrudescimento penal indiscriminado, posto que os índices de criminalidade e de reincidência crescem dia após dia, juntamente com as taxas de encarceramento.

Além disso, cumpre destacar que inexistem estudos constatando a habilidade de medidas mais duras para prevenir a ocorrência de delitos. Ao contrário, historicamente se observou que as soluções de política criminal negativas não foram capazes de alcançar as finalidades anunciadas (LUERSEN, 2020, *online*).

Com base nisso, pressupõe-se que os resultados prometidos pela Lei Anticrime não se concretizarão, posto que a lei baseou-se

precipuaamente na segregação do indivíduo, sob o argumento de que assim ele estaria impedido de delinquir, sustentação essa que se revela inconclusiva e insuficiente.

3.2 AGRAVAMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PROVOCADO PELAS ALTERAÇÕES DO PACOTE ANTICRIME NA EXECUÇÃO DE PENA: NOVA ONDA DE SUPERENCARCERAMENTO

A nova lei em análise propõe um método fracassado de pensar a Segurança Pública, pois negligencia medidas verdadeiramente aptas a reduzir a criminalidade (LIMA *et al*, 2020, p. 65).

O caminho escolhido pela Lei 13.964/19 nos leva à intensificação do encarceramento e à incerteza de ressocialização, visto que as condições do cárcere no país estão eivadas de inconstitucionalidades, causando nos presos diversos efeitos que não são passíveis de recuperação.

Conforme restou demonstrado no decorrer da ADPF 347, o sistema penitenciário vem passando por uma crise, ocasionada por uma série de problemas, dentre os quais destaca-se o crescimento ininterrupto da população carcerária, que não acompanha o número de vagas disponibilizadas nas cadeias.

A superlotação dos presídios resulta ainda no agravamento das condições de cumprimento de pena, tornando escassas as medidas de higiene e de assistência médica e aumentando a ociosidade, a propagação de doenças e o total desrespeito a direitos intrínsecos aos seres humanos.

Com base nisso, é perceptível que a adoção de medidas mais punitivas não possui o condão de amenizar a crise instaurada no sistema carcerário, mas ao contrário, tendem a agravar o Estado de Coisas Inconstitucional já evidenciado.

O agravamento ocorre porque a opção legislativa de aumentar as penas impostas e de adotar o regime fechado como a única medida político-criminal eficaz para a segurança pública, nos leva ao acréscimo do superencarceramento.

Em decorrência lógica, o incremento da população carcerária sem o acompanhamento de um plano de criação de novos presídios ocasiona uma maior redução no espaço das celas que, atualmente, em alguns estados, já exigem dos presos o revezamento para dormir, pois não há recinto suficiente para que todos estejam deitados ao mesmo tempo.

Além disso, a ausência de um planejamento econômico somada à crise sanitária provocada pela Covid-19, tende a resultar no aumento da precarização da assistência médica dentro das cadeias, que já contam com um quadro caótico de doenças e de carência de fornecimento de remédios básicos.

Não obstante, a própria alimentação e segurança dos presos são prejudicadas com os efeitos das novas medidas, tendo em vista que surge a necessidade de contratar mais agentes penitenciários e de aumentar a aquisição de comida, o que novamente exige um planejamento econômico até então inexistente.

As medidas de celeridade da condenação e do encarceramento, além de ferirem diversos direitos constitucionais, geram a total impotência do Estado em relação ao controle e organização dos detentos, que além de serem submetidos a situações degradantes, também passam a praticar cada vez mais atividades criminosas dentro dos estabelecimentos prisionais.

Como disse Bernard Shaw (*apud* THOMPSON, 1993, p. 5): “para punir um homem retributivamente é preciso injuriá-lo. Para reformá-lo, é preciso melhorá-lo. E os homens não são melhoráveis através de injúrias”.

Para Thompson (1993, p. 11-12), trata-se de um paralogismo acreditar que o criminoso que se submete a uma vivência intramuros, eivada de inconstitucionalidades, se comportará como um não-criminoso no mundo livre, já que a adaptação à prisão, que por vezes se revela com um bom comportamento carcerário, está longe de significar uma adaptação à vida livre, ao contrário, tende a implicar na desadaptação.

Portanto, o que se vê é que a superlotação é um problema que só tende a crescer,

visto que as políticas de segurança pública insistem na adoção de medidas cujas finalidades são primordialmente penalistas, ao invés de primordialmente preventivas e educativas (LIMA *et al.*, 2020, p. 44).

Isso significa que há o abandono de qualquer perspectiva ressocializadora na execução penal, o que se torna um fator determinante para a reincidência e para a consolidação e expansão de facções criminosas (LIMA *et al.*, 2020, p. 39).

De acordo com o Fórum de Segurança Pública - Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022), o que mais impactou recentemente nos problemas estruturais e de garantia de direitos do sistema prisional, ocorreu antes da pandemia da Covid-19.

De acordo com o anuário, a publicação do Pacote Anticrime provocou uma retomada no crescimento da população carcerária brasileira, que se encaminha para marca de um milhão de pessoas, considerando as alterações na execução penal neste trabalho já expostas.

Dois anos após o início da vigência da lei, os dados confirmam o que especialistas já alertavam desde aquele momento: um dos pontos centrais da legislação era o aumento do prazo para progressão do regime o que significaria um cenário de maior tempo de pena em regime fechado e, em consequência, o aumento do encarceramento de um modo geral no país [...]

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por sua vez, através do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, com informações oriundas dos mandados de prisões e Varas de Execuções Penais, divulgou, para maio de 2022, o total de 919.272 pessoas privadas de liberdade. (Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2022, p.4-5)

Mesmo considerando que as medidas adotadas para combater a disseminação da Covid-19 no sistema prisional tenham produzido uma redução na população prisional, que cumpria pena em regime fechado, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022, p.10) afirma que o estado brasileiro está promovendo políticas que expandem e perpetuam o aprí-

sionamento, sem refletir sobre possíveis alternativas penais para os delitos.

Destaca que apesar de ter ocorrido uma diminuição de presos em regime fechado, ainda assim se deu aumento no encarceramento entre 2020 e 2021 (7,3%), o que certamente contribuiu para agravar o quadro de violações de direitos humanos, constatado na ADPF 347, que reconheceu o estado de coisa inconstitucional.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se iniciou o trabalho de pesquisa, constatou-se que havia dúvidas quanto aos reais impactos que as inovações legislativas do Pacote Anticrime poderiam gerar na execução de pena do país e, conseqüentemente, no já declarado Estado de Coisas Inconstitucional.

Diante disso, a pesquisa teve como objetivos gerais a análise das alterações acerca do limite de cumprimento de pena, da saída temporária, da progressão de regime, do livramento condicional e do regime disciplinar diferenciado, assim como a verificação da possibilidade de agravamento do quadro de violação dos direitos fundamentais dos detentos, os quais restaram alcançados no decorrer do trabalho.

Da mesma forma, foram atingidos os objetivos específicos de estudar a situação atual do sistema carcerário a partir da análise dos fundamentos das ADPFs 347 e 684 do STF, bem como de realizar um estudo político-criminal e criminológico acerca dos possíveis impactos que as alterações anteriormente analisadas poderiam gerar na execução de pena.

A pesquisa partiu da hipótese de que alterações penais mais severas repercutem no superencarceramento e aumentam as condições degradantes do cárcere. Essa hipótese restou confirmada após o aprofundamento do conhecimento científico a respeito do tema, que se ocorreu através de procedimentos bibliográficos, legislativos e documentais.

Desponta-se das análises até aqui elencadas, que o mero recrudescimento penal não resolve verdadeiramente os problemas de se-

gurança pública, somente oferece uma resposta, em curto prazo, para os anseios populares, influenciados pelo populismo penal e midiático, que acreditam se tratar de solução eficaz para a criminalidade.

Conforme vem sendo observado nas últimas duas décadas, o ressurgimento do objetivo político de retribuição “justa” influenciou diretamente o aumento dos índices de encarceramento, que se deu em conjunto com o aumento das taxas de reincidência, o que demonstra o fracasso das tecnologias de encarceramento em massa empregadas.

Para que tais políticas obtenham êxito, é essencial que as autoridades responsáveis entendam os motivos que levam os indivíduos à delinquência, fazendo um paralelo entre a desigualdade social e a prática criminosa.

Além disso, é necessário que os direitos fundamentais dos apenados sejam plenamente resguardados a fim de possibilitar a ressocialização dos mesmos, posto que o ambiente hostil presenciado no sistema carcerário atual serve apenas como um motor para a reinserção no sistema penal.

Por esses motivos, ao contrário do que vem sendo propagado, a política de superencarceramento promovida pelo Pacote Anticrime somada à insalubridade do sistema prisional tende a provocar o aumento exponencial das taxas de reincidência, posto que um maior número de pessoas passará mais tempo em um ambiente do qual se extrai mais efeitos negativos do que positivos.

REFERÊNCIAS

1. Anuário Brasileiro de Segurança Pública, publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública - FBSP, 02 agosto de 2022. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em 20 abr. 2023.
2. ARAÚJO, Makelvy Vlalber Silva; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. A ineficácia da expansão indiscriminada do Direito Penal. Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB-CIDP), Lisboa, PT, ano 4, nº 1, 2018, p. 967-1003. Disponível em <https://www.cidp.pt/revistas/>

- rjlb/2018/1/2018_01_0967_1003.pdf. Acesso em 21 jun. 2020.
3. AREND, Kathiana Pfluck. Violência, punitivismo e criminalização da pobreza: as raízes do Estado Penal à brasileira. Dissertação de Pós-Graduação - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre/RS, 2020. Disponível em <https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/16587/1/000497994-Texto%2bcompleto-0.pdf>. Acesso em 18 abr. 2021.
 4. BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11. edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
 5. BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. 6ª ed. São Paulo/SP: Editora Martin Claret, 2014.
 6. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 22ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
 7. BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF. Senado, 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 17 mai. 2020.
 8. _____. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Brasília, DF. Senado, 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 24 mar. 2020.
 9. _____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF. Senado, 1984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em 24 mar. 2020.
 10. _____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF. Senado, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em 19 out. 2020.
 11. _____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Institui a Lei de Crimes Hediondos. Brasília, DF. Senado, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em 17 mai. 2020.
 12. _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 24 mar. 2020.
 13. _____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Institui o Estatuto do Idoso. Brasília, DF. Senado, 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em 19 out. 2020.
 14. _____. Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília, DF. Senado, 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.792.htm. Acesso em 03 mai. 2021.
 15. _____. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Institui o Estatuto do Desarmamento. Brasília, DF. Senado, 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm. Acesso em 18 out. 2020.
 16. _____. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Institui a Lei Maria da Penha. Brasília, DF. Senado, 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 18 out. 2020.
 17. _____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui a Lei de Drogas. Brasília, DF. Senado, 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 18 out. 2020.
 18. _____. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Institui a Lei de Organizações Criminosas. Brasília, DF. Senado, 2013. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em 18 out. 2020.
 19. _____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Institui o Pacote Anticrime. Brasília, DF. Senado, 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 24 mar. 2020.
 20. _____. Supremo Tribunal Federal (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF, 27 de maio de 2015. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 18 abr. 2020.
 21. _____. Supremo Tribunal Federal (STF).

- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 684. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília/DF, 13 de maio de 2020. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5910249>. Acesso em 20 jun. 2020.
22. _____. Superior Tribunal de Justiça, STJ, Publicações institucionais. Edição n. 184 do Jurisprudência em teses (Pacote anticrime I). Disponível em
23. <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/12339/12443>. Acesso 20 abr. 2023
24. _____. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen). Brasília, DF, 2014. Disponível em <https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-dependencia-web.pdf>. Acesso em 20 abr. 2020.
25. _____. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen). Brasília, DF, 2019. Disponível em <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNzR>. Acesso em 20 abr. 2021.
26. _____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Covid-19 no Sistema Prisional. Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Monitoramento-Semanal-Covid-19_26.10-2.pdf. Acesso em 05 nov. 2020.
27. _____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Recomendação n. 62, 17 de março de 2020. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 19 fev. 2023.
28. _____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Recomendação n. 91, 15 de março de 2021. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3785>. Acesso em 19 fev. 2023
29. _____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). O desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais. Brasília, DF, 2015. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/8181-td2095.pdf>. Acesso em 31 mar. 2021.
30. _____. Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em números. Brasília, DF, 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 05 nov. 2020.
31. CAMPOS, Mariana Lemos de. Pós modernidade penal: o retorno da legitimidade da Teoria Retribucionista da Pena e o recrudescimento das políticas criminais no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Dissertação de Mestrado - Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia/MG, 2014. Disponível em http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13222/1/Pos-ModernidadePenal_parte%201.pdf. Acesso em 18 out. 2020.
32. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Conjur, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 16 abr. 2020.
33. CHAGAS, Bruno Alves das. Estigma e reinserção do preso na sociedade brasileira. Revista da OAB Olinda, Ano I, Vol 01, N.1. Olinda/PE, 2018, p. 110-128. Disponível em <http://18.231.174.214/oabrevista/index.php/revistadaoabolinda/article/view/59/62>. Acesso em 15 out. 2020.
34. CONJUR, Revista Consultor Jurídico, 10 de julho de 2022. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jul-10/populacao-carceraria-volta-aumentar-deficit-vagas-cai>. Acesso em 20 abr. 2023
35. CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 - Comentários às alterações no CP, CPP E LEP. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2020.
36. FERNANDES, Ionara Santos. O recrudescimento penal em meio a pandemia do coronavírus no Rio de Janeiro. Vértices (Campos dos Goitacazes), v.22, n. Especial, p. 805-819, 2020. Disponível em <http://www.essentiaeditora.iff.edu.br/index.php/vertices/article/view/15799>. Acesso em 18 abr. 2021.
37. FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2014.
38. GALDINO, Carlos Alberto da Silva. O populismo penal: uma definição possível?.

- Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, v. 16, n. 35, p. 25-55, 29 nov. 2021.
39. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. 17. ed. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2015.
40. _____, Rogério. Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas. 2. ed. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2015.
41. _____, Rogério. Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas. 5. ed. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2020.
42. JESUS, Damásio de. Direito Penal: Parte Geral. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
43. JESUS, Damásio de; ESTEFAM, André. Direito Penal: Parte Geral. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
44. JÚNIOR, Aury Lopes. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
45. JUNQUEIRA, Gustavo et al. Lei Anticrime Comentada: artigo por artigo. São Paulo: Saraiva, 2020.
46. LIMA, André Antiquera Pereira et al. Estudo Crítico do pacote anticrime: um compilado de análises das medidas propostas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública. São Paulo/SP, 12 fev. 2020. Disponível em https://www.academia.edu/download/65731419/Estudo_Critico_do_Pacote_Anticrime.pdf. Acesso em 27 abr. 2021.
47. LUERSEN, Marina Favretto. Recrudescimento penal no projeto de lei anticrime: um caminho inócuo. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), São Paulo/SP, 01 jan. 2020. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/7180/>. Acesso em 19 abr. 2021.
48. MACHADO, Vitor Gonçalves. Análise sobre a crise do sistema penitenciário e os reflexos do fracasso da pena de prisão in Derecho y Cambio Social, Lima-Perú, 2015, p. 1-25. Disponível em http://www.derechoycambiosocial.com/revista033/a_crise_do_sistema_penitenc%C3%A1rio.pdf. Acesso em 25 mai. 2020.
49. MAGALHÃES, Luíza Luz Soares Neuenschwander e YAROCHEWSKY, Issac. Pena máxima de 40 anos do pacote anticrime deve ser vetada pelo presidente. Conjur, São Paulo, 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-dez-20/opiniao-pena-maxima-40-anos-pacote-anticrime-vetada>. Acesso em 14 out. 2020.
50. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Coleção pensamento criminológico; v.11. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006
51. MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. Pacote Anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo: Grupo Gen, Editora Atlas, 2020.
52. NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote Anticrime Comentado. Rio de Janeiro: Editora Forense Grupo Gen, 2020.
53. PRADO, Luiz Régis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. Revista dos Tribunais. São Paulo, Ciências Penais, vol. 0, jan. de 2004, p. 1-12. Disponível em <http://regisprado.com.br/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Teoria%20dos%20fins%20da%20pena.pdf>. Acesso em 18 jun. 2020.
54. RAMOS, Rafaela de Araújo Porto et al. Criminalidade: uma análise sob a óptica social. Jornal Eletrônico - Faculdades Integradas Vianna Júnior, Juiz de Fora/MG, Vol. 12, N. 2, jul.-dez. 2020, p. 213-231. Disponível em <https://www.jornaleletronico-fvj.com.br/jefvj/article/view/758/740>. Acesso em 17 out. 2020.
55. SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia radical. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
56. _____. Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2005.
57. SILVA, Celina Ribeiro Coelho da. Penas alternativas: uma análise a partir da ineficácia das penas privativas de liberdade no Brasil. 2007. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade de Brasília. Brasília, 2007. Disponível em https://www.bdm.unb.br/bitstream/10483/670/3/2007_CelinaRCdaSilva.pdf. Acesso em 16 out. 2020.
58. TEIXEIRA, Alessandra. Políticas penais no Brasil contemporâneo: uma história em três tempos. L'Ordinaire des Amériques [En ligne], 216 | 2014, 11 jul. 2014. Disponível em <http://journals.openedition.org/orde/1068>. Acesso em 19 abr. 2021.
59. _____, Alessandra et al. Carandiru não é coisa do passado: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o Massacre. FGV, São Paulo, 2020. Disponível em <https://direitosp>

- fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/carandiru-nao-e-coisa-do-passado_1.pdf. Acesso em 31 mar. 2021.
60. THOMPSON, Augusto. A Questão Penitenciária. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
61. VELASCO, Clara et al. Brasil tem 338 encarcerados a cada 100 mil habitantes; taxa coloca país na 26ª posição do mundo. G1, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/brasil-tem-338-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-taxa-coloca-pais-na-26a-posicao-do-mundo.ghtml>. Acesso em 25 mai. 2020.
62. ZAFFARONI E. Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan; 2018.
63. ZANOTELLO, Marina. Os impactos da lei 13.964/2019 na execução penal. Revista de Direito Penal e Processo Penal, v. 2, n. 1, jan./jun. 2020. Disponível em <https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitoPenalProcessoPenal/article/view/1634/1469>. Acesso em 29 mar. 2021.

DIREITO À EDUCAÇÃO: UMA ANÁLISE DA PRECARIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA EDUCAÇÃO BÁSICA À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL

Caio Márcio Gutterres Taranto¹
Thalita Corrêa Lopes²

RESUMO

O presente artigo científico estuda a educação enquanto direito fundamental social assegurado pela Constituição Federal de 1988, especificamente no que tange a educação básica efetivada por meio dos serviços públicos e sua ligação com a garantia da igualdade constitucional. Para tanto, busca retratar de que forma esse direito é positivado no Brasil e seguidamente, analisa a sua concretização ao abordar a aplicação dos recursos públicos por meio de políticas públicas. Por fim, apresenta o conflito entre o papel essencial do direito à educação enquanto fomentador da igualdade material e sua prestação de forma precária, com desafios no acesso ao ensino de qualidade e inclusão de determinados grupos, como as pessoas com deficiência, desafios esses ampliados pelo cenário da pandemia da COVID-19. A presente pesquisa utiliza-se do método dedutivo, com finalidade estratégica e objetivo descritivo, tendo informações buscadas em fontes secundárias, que são apresentadas de modo qualitativo e quantitativo.

Palavras-Chave: Direito à Educação Básica. Políticas Públicas. Equidade.

ABSTRACT

This scientific article studies education as a fundamental social right guaranteed by the Federal Constitution of 1988, specifically with regard to basic education carried out through public services and its connection with the guarantee of constitutional equality. Therefore, it seeks to portray how this right is made positive in Brazil and then analyzes its implementation by addressing the application of public resources through public policies. Finally, it presents the conflict between the essential role of the right to education as a promoter of material equality and its provision in a precarious way, with challenges in access to quality education and inclusion of certain groups, such as people with disabilities, challenges that are amplified by the scenario of the COVID-19 pandemic. This research uses the deductive method, with a strategic purpose and descriptive objective, with information sought from secondary sources, which are presented in a qualitative and quantitative way.

Keywords: Right to basic education. Public policies. Equity.

INTRODUÇÃO

O direito à educação figura-se como um direito fundamental social que busca garantir o desenvolvimento pessoal e preparar os indivíduos para contribuírem com a sociedade através do exercício da cidadania, nos termos em que dispõe o artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB de 1988.

Mais especificamente no que tange ao direito à educação básica, se busca o desenvolvimento dos indivíduos como acima exposto, através do ensino infantil, ensino fundamental e ensino médio, consoante artigo 4º

da Lei 9.394 de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases – LDB).

Neste sentido, tendo em vista que a educação busca o desenvolvimento dos indivíduos e a educação básica revela-se como o momento de iniciação e construção de base educacional, tem-se uma fase em que as diferenças precisam ser reconhecidas. Por esta razão a democratização do ensino por meio de políticas públicas que o promovam é indispensável, devendo, no entanto, não ser incentivado com mera igualdade de aplicação, mas indo além e considerando as diferenças (CURY, 2008, *on-line*).

1 Juiz Federal e Professor no Curso de Direito no Centro Universitário Serra dos Órgãos.

2 Bacharel em Direito no Centro Universitário Serra dos Órgãos. Pós Graduanda em Direito, Acesso à Justiça e Defensoria Pública pela FESUDEPERJ. Advogada.

Neste ponto, evidencia-se a igualdade material assegurada constitucionalmente, que supera a mera igualdade formal na qual todos os sujeitos recebem o mesmo tratamento. Trata-se de uma ambiguidade em que o tratamento do Estado deve ser desigual ao passo que as desigualdades assim exijam, a fim de que se alcance por meio deste tratamento desigual uma igualdade fática (ALEXY, 2015, p. 146).

Assim, depreende-se que o direito a educação deve ser proporcionado pelo Estado (compreensão da igualdade em relação aos atos) de modo a estabelecer um mesmo nível educacional a toda população (compreensão de igualdade em relação às consequências).

Tendo em vista os objetivos da educação e a igualdade objetivada constitucionalmente, é relevante a presente pesquisa uma vez que o pleno acesso à educação pode ser capaz de estabelecer bases igualitárias na sociedade. Assim, no aspecto jurídico o estudo de como se dá a aplicação do direito à educação é imperativo por tratar-se de um direito fundamental capaz de proporcionar aos indivíduos acesso a uma pluralidade de outros direitos. Enquanto socialmente, uma educação de qualidade fornecida pelo Estado, ou a falta dela, possui imediato reflexo em desigualdades sociais.

Destarte, tem-se a seguinte questão principal a ser destrinchada pela presente pesquisa: de que maneira o direito à educação é fornecido por meio dos serviços públicos e como a precarização destes serviços pode violar a igualdade material enquanto objetivo a ser alcançado socialmente?

Para responder a questão levantada, este estudo estabelece como objetivo geral identificar a maneira que se dá o acesso ao direito à educação básica de modo que se torne possível interpretar como tal forma de aplicação pode impedir a conquista da igualdade objetivada. De forma específica, objetiva identificar a fundamentalidade do direito à educação, a forma que sua aplicação se dá e a indispensabilidade desse direito para promoção da igualdade assegurada constitucionalmente.

A fim de cumprir tais objetivos, esta

pesquisa possui finalidade básica estratégica e utiliza para sua construção o método dedutivo. Possui objetivo descritivo, com informações e dados buscados em fontes secundárias, sendo esses retratados de maneira qualitativa e quantitativa. O estudo se baseia em conhecimentos já existentes do tema, utilizando-se assim de procedimento bibliográfico documental, por meio de verificação em doutrinas, artigos científicos significativos ao tema, estatísticas, decisões judiciais, documentos e publicações governamentais, normas constitucionais, além da demais legislação pertinente.

Para alcançar uma resposta à questão principal e cumprir com os objetivos estabelecidos, o presente trabalho encontra-se dividido em três seções. Na primeira, contextualiza-se e apresenta-se detalhadamente o direito à educação enquanto direito fundamental social. Na segunda seção, demonstra-se a forma com que a educação é implementada por meio de políticas públicas e aplicação orçamentária. A terceira seção, por sua vez, associa o direito fundamental estudado, bem como a forma com que é aplicado, com a promoção da equidade, para isso analisa-se a conjuntura atual da educação e algumas perspectivas com relação ao período enfrentado pela pandemia da Covid-19.

1 EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL: PRINCIPIOLOGIA

Tendo em vista que o direito à educação é um direito fundamental social, o que se demonstrará mais à frente através da exposição de sua classificação e principiologia, demonstra-se indispensável exposição breve e inicial da formação do Estado de Direito.

O Estado de Direito começou a se consolidar na Europa com ideias remanescentes da Revolução Francesa, como a separação de poderes e a proteção dos direitos individuais. Contudo, veio a se fundamentar de fato no início do século XX através das Constituições com força normativa, que passaram a limitar o legislador e o poder público (BARROSO, 2017, p.281).

Neste mesmo sentido, Bobbio (2004, p.46) considera que o debate acerca da neces-

sidade de aplicação de direitos humanos se iniciou com as ideias jusnaturalistas, tendo posterior difusão nas Constituições que traziam Declarações de Direitos do Homem. Destaca ainda que foi o período após a 2ª Guerra Mundial o responsável pela elevação do debate a nível global.

Assim, a nova formação de Estado surge em um momento de pós positivismo, com intuito de retomar o viés filosófico do direito através de discussões de legitimidade e justiça, o que se fez necessário após um período marcado por atrocidades cometidas com fundamento na legalidade (BARROSO, 2017, p.284).

Com isso, esse novo constitucionalismo retoma os valores afastados do direito durante o positivismo, valores que agora se apresentam como princípios, dentre os quais se destacam o da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade, como construtores da teoria dos direitos fundamentais (BARROSO, 2017, p. 286).

O Estado de direito adquire então caráter de um Estado dos cidadãos, pois supera as visões trazidas pelo absolutismo e despotismo em que a população possuía apenas deveres ou alguns direitos privados. O Estado de direito traz garantias públicas aos indivíduos perante o regime estatal (BOBBIO, 2004, p. 58).

Nesta linha, sublinha-se o papel da Constituição de 1988 como fundadora deste Estado de Direito no Brasil, elaborada como um marco na redemocratização do país após mais de 20 anos de ditadura militar (SARLET, 2012, p. 49).

A atual Lei Maior trouxe significativa inovação ao apresentar um amplo catálogo de direitos fundamentais e principalmente ao garantir proteção diferenciada a esses direitos, conforme se verifica em seu artigo 60, §4º. Ademais, afastou uma discussão a despeito de um possível caráter programático de direitos fundamentais, através da previsão do artigo 5º, §1º que atribui aplicabilidade imediata (SARLET, 2012, p. 51).

Como consequência, observa-se que historicamente o direito à educação somente

passou a ser definido de forma sólida em normas constitucionais pátrias, a partir da Constituição de 1934, período em que também se criou o Ministério da Educação. Com o advento da Constituição de 1988, que busca a construção de um Estado Social e Democrático de Direito, esse direito continuou sendo consolidado dentre o amplo rol de direitos fundamentais, porém com maior força normativa (MALISKA, 2018, p.2042).

O direito à educação, elencado na Carta Magna como um direito fundamental social, é considerado pela doutrina constitucionalista como integrante da segunda dimensão (ou geração) dos direitos fundamentais. Tal classificação ocorre por entender-se que os direitos sociais são garantias de igualdade que surgiram após os direitos de defesa.

Neste sentido, Sarlet (2012, p.30-31) dispõe que os direitos sociais nascem como reivindicação das classes menos favorecidas ante a desigualdade social. São aqueles direitos que não exigem apenas uma liberdade de não intervenção do Estado, mas também uma concretização de liberdades através da prestação de serviços públicos, como é o caso da educação. Assim, esses direitos encontram-se ligados diretamente aos ideais de igualdade material e justiça social.

De igual modo, para Novelino (2016, p.272-273) são considerados como de segunda dimensão os direitos sociais, econômicos e culturais, que ligados à igualdade material exigem uma posição ativa do Estado por meio de aplicação de recursos orçamentários, o que consequentemente é responsável por um menor grau de efetividade desses direitos se comparados aos direitos de defesa.

Apesar das definições expostas, há atualmente uma tendência em se reconhecer uma quarta e quinta dimensão dos direitos fundamentais, indo além das três dimensões clássicas.

Quanto aos direitos de quarta dimensão, são correspondentes à derradeira fase da institucionalização do Estado Social, englobando os direitos à democracia, informação e pluralismo (BONAVIDES, 2013, p.589-590).

Esta geração advém da tendência à

globalização dos direitos fundamentais em contraposição à globalização política neoliberal que sustenta uma hegemonia e aumenta desigualdades. Assim, para que a globalização da teoria de direitos fundamentais seja possível, necessita-se uma institucionalização desses direitos (BONAVIDES, 2013, p. 589).

No entanto, com finalidade de afastar dúvidas acerca da possibilidade de a educação ser considerada um direito de quarta dimensão, expõe-se o entendimento de Sarlet (2012, p. 33), que apesar de considerar o entendimento de novas dimensões de direitos fundamentais como uma evolução da globalização desses, ressalta que ainda encontra-se distante o seu devido reconhecimento e embora sejam pertinentes, estas dimensões de direito fundamental decorrem dos mesmos pilares já reconhecidos, quais sejam a liberdade, igualdade e fraternidade.

Assim, depreende-se que mesmo reconhecidas a quarta e quinta dimensão dos direitos fundamentais, a educação configura-se como direito social em virtude do seu caráter à promoção da igualdade material que se dá por meio de prestações estatais. Não obstante sua ligação direta com os direitos à informação e à democracia, encaixados em uma possível quarta dimensão, poderiam ser considerados resultados da eficácia dos direitos sociais.

Ante o exposto, ao entender o direito à educação como um direito social, se faz necessária a exposição de seu caráter prestacional (positivo), como foco do presente estudo, bem como uma curta exposição do seu cunho negativo.

O caráter negativo dos direitos fundamentais sociais provém dos ideais liberais-burgueses, e consiste no direito de defesa do indivíduo quanto à intervenção do Estado. Visa assim, assegurar a liberdade, sendo um *status* de grande relevância na aplicação dos direitos em questão (MENDES, 2012, p.470).

Porém, reconheceu-se que a liberdade do indivíduo não poderia ser assegurada exclusivamente por meio de uma defesa do Estado, sendo necessária uma liberdade garantida pelo próprio Estado, por meio de criação de condições materiais que tornem possível o

exercício dos direitos assegurados (MENDES, 2012, p. 474).

Assim, para além dos direitos às liberdades, surgem os chamados direitos poderes, como sendo aqueles direitos que dão aos indivíduos o poder de exigir uma obrigação positiva de outrem, no caso o Estado. Cabe destacar que surgimento desses direitos como poderes, gerou certa resistência conservadora causada pela defesa de um ilusório fundamento absoluto de liberdade (BOBBIO, 2004, p.21).

Uma vez despendida as definições acima trazidas sobre o caráter dos direitos fundamentais, expõe-se que especificamente no direito à educação seu caráter positivo evidencia-se com a previsão de que a promoção desse direito é dever do Estado e da família, de modo que decorre desta previsão geral algumas normas de direito subjetivo como a obrigatoriedade de fornecimento de vagas em estabelecimento de ensino gratuito (SARLET, 2012, p. 291-292).

Em contrapartida, há também previsões constitucionais que embora dotadas de plena eficácia e aplicação imediata, referem-se a limitações de intervenções estatais, como é o caso da garantia da autonomia universitária (SARLET, 2012, p. 290).

Deste modo, verifica-se tratar o direito à educação de uma garantia constitucional que assume diferentes *status* a depender da posição e forma com que está previsto. Exclusivamente no que tange ao caráter prestacional, faz-se necessária análise do nível de eficácia destinado aos dispositivos que assim o definem. Para tanto, realiza-se sintética menção ao direito comparado.

Conforme apresenta Alexy (2015, p. 515), a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão no renomado caso *numerus clausus*, reconheceu o direito social de acesso à educação superior como um direito *prima facie*, com característica vinculante que gera um direito subjetivo, o que faz com que esse direito não possa ser esvaziado por completo mesmo em casos de ponderação com outros princípios.

A referida jurisprudência serviu para

embasar a sustentação de que os direitos sociais a uma prestação não são meramente normas programáticas, mas sim um direito que deve ser conferido, embora perpassa pela análise das possibilidades fáticas. O que se deu no caso em questão, pois embora o Tribunal não tenha chegado a um direito definitivo de uma vaga propriamente dita em ensino superior, buscou garantir um processo seletivo que dê chances a todos (ALEXY, 2015, p. 215-216).

Destarte, há uma importante reflexão acerca da subjetividade do direito à educação enquanto direito prestacional. Possíveis alegações de insuficiência de recursos públicos, bem como de incompetência de tribunais em conferir destinação a esses recursos, não podem ser utilizadas para afastar a exigibilidade desse direito (SARLET, 2012, p.292).

Para tanto, observa-se que o constituinte garantiu destinações orçamentárias para efetivação educacional, que outrora serão melhor destrinchadas neste estudo. Assim, o particular deve ter satisfeita a prestação educacional, sobretudo no que tange a educação básica, com fundamento na garantia do mínimo existencial (SARLET, 2012, p.293).

As exposições dos autores supracitados relacionam a eficácia do referido direito de cunho prestacional à chamada questão doutrinária da reserva do possível, que impende destaque haja vista sua notoriedade ao se falar do direito à educação.

Essa reserva não deve ser vista como uma limitação ao exercício dos direitos fundamentais sociais, mas sim como uma ferramenta que colabora com a sua efetivação, mediante uma ponderação sistemática de recursos e direitos. Assim, o Estado não se exime da garantia dos direitos desta natureza, mas os adequa às suas possibilidades (SARLET, 2012, p. 253).

Em busca de solucionar tais questões acerca da reserva do possível e vinculação dos direitos prestacionais, Alexy (*apud* MENDES, 2012, p. 42) apresenta a teoria dos princípios. A referida teoria cria uma espécie de ponderação entre a vinculação e a flexibilização, pois refere-se aos direitos fundamentais como princípios.

Assim, em uma Constituição como a do direito pátrio, que possui tantas previsões sociais, a incidência de considerar os direitos fundamentais como princípios permite falar em uma ponderação de aplicação e faz com que as previsões constitucionais não sejam esvaziadas, porém aplicadas conforme o possível (ALEXY *apud* MENDES, 2012, p.42).

Perpassada as principais características do direito à educação enquanto direito fundamental social, expõe-se então alguns princípios regentes desse direito, os quais se extraem da leitura dos dispositivos constitucionais e legais.

A previsão de um direito à educação como direito de todos, traz a tona o princípio da universalidade ao garantir que todos devem ter o direito não apenas aos conhecimentos técnicos como escrita e cálculo, mas sim ao acesso de um conhecimento lógico e moral inerente a formação natural, haja vista que tratar da educação é tratar do papel que as questões sociais trazem na formação dos indivíduos (MALISKA, 2018, p. 2043).

A partir desta ideia de um direito formador, há de igual modo uma direta ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana que ao mesmo tempo em que busca ser alcançado pelos direitos fundamentais, também deve servir de guia para aplicação de tais direitos. Neste sentido, verifica-se a seguinte exposição:

[...] a noção de um mínimo existencial na seara dos direitos sociais, revela a íntima correlação entre os conceitos de dignidade da pessoa humana e de justiça social, de tal sorte que, se por um lado, a dignidade serve de fundamento e justificação para as exigências essenciais em matéria de justiça social, por outro se percebe que apenas mediante uma ordem institucional guiada por princípios de justiça social o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana poderão alcançar realização prática (SARLET, 2019, p.138).

Ademais, em relação à ligação dos direitos sociais com os ideais de justiça social, há de se falar do princípio da igualdade como

norteador da aplicação da educação.

Porém a igualdade da aplicação desse direito não deve se basear simplesmente em uma distribuição isonômica, mas sim em uma prestação que vise as peculiaridades, pois uma vez considerada a existência de uma desigualdade fática (artigo 3º, III da CRFB/88), o Estado deve preocupar-se com a emancipação e alcance de uma igualdade (MALISKA, 2018, p.2045-2046).

A ideia de se falar em igualdade e ao mesmo tempo em tratamentos diferentes, pode parecer a primeiro momento, contraditória. No entanto, deve-se levar em consideração as ideias de igualdade jurídica e igualdade fática. Enquanto a igualdade jurídica se refere ao tratamento igualitário que deve ser regra na aplicação das normas jurídicas, a igualdade fática vai adiante ao buscar um tratamento desigual aos que necessitam, de modo a alcançar uma consequente igualdade (ALEXY, 2015, p. 417-419).

Os princípios acima expostos, embora não contemplem todos os que se podem extrair do direito educacional, podem ser considerados como basilares em torno dos quais gravitam os demais.

1.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL

Concerne a um direito estabelecido dentre os direitos sociais do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, que se encontra incluído no Título II (dos direitos e garantias fundamentais), Capítulo II (dos direitos sociais) o que estabelece sua proteção em nível de cláusula pétrea, conforme dispõe o artigo 60, §4º, IV, da Carta Magna (BRASIL, 1988, *on-line*).

A proteção acima exposta fundamenta-se não apenas pela simples previsão do direito em tela no título referente aos direitos e garantias fundamentais, mas também ao fato de que embora não seja um direito individual conforme prevê o rol do artigo 60, §4º, IV, está iminentemente ligado a promoção da dignidade humana, sendo essencial ao exercício das liberdades (NOVELINO, 2016, p. 466).

Após a previsão junto aos direitos sociais, o direito à educação é retomado com especificações, nos artigos 205 a 214 da Constituição Federal de 1988.

Quanto aos dispositivos acima elencados, cabe esclarecer que embora versem sobre o direito à educação, nem todos terão o mesmo condão de integrarem a fundamentalidade formal e material deste direito. Para isso, considera-se que os artigos 205 a 208 integram essa essência fundamental, enquanto os demais artigos (209 a 214) possuem caráter organizacional e procedimental. Esses últimos, embora não integrem o caráter de fundamentalidade, terão o mesmo *status* das demais normas constitucionais (SARLET, 2012, p. 289).

A despeito da previsão e normatização constitucional, o direito à educação possui também algumas previsões em legislação ordinária, bem como em tratados internacionais, conforme se expõe brevemente.

No que tange ao artigo 214 da CRFB/88, prevê a elaboração de um Plano Nacional de Educação – PNE e define seus parâmetros. A organização desse plano se dá atualmente pela Lei 13.005, de 25 de junho de 2014, que possui caráter decenal e preocupar-se com a qualidade e nível do ensino oferecido nacionalmente (BRASIL, 2014, *on-line*).

Quanto à regularização do direito em si, esta se dá pela Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases - LDB), que traça objetivos ao desenvolvimento da educação nacional e a forma como deve ser prestada. Merece destaque especificamente a garantia da educação básica, haja vista ser objeto do presente estudo, com aplicação que envolve o Ensino Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio, nos termos do artigo 4º da mencionada Lei (BRASIL, 1996, *on-line*).

Em referência às normas internacionais que preveem o direito à educação, destacam-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 26, como também a Declaração Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, nos artigos 26 e 42 e o Pacto

Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado pelo Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992, em seus artigos 13 e 14.

Entretanto, importante salientar a existência de outras normas originárias, ou internacionais que foram internalizadas no pátrio ordenamento jurídico, de sorte que o elenco acima evidenciado traz apenas as de maior notoriedade.

2 SERVIÇOS PÚBLICOS NA EDUCAÇÃO BÁSICA

Conforme previsão constante no artigo 4º da LDB, a educação básica constitui-se como um dever do Estado. Decorre de tal previsão a do artigo 5º, que estabelece a educação básica como direito público subjetivo a ser promovido pelo poder público, o que permite que a sociedade o exija através dos meios cabíveis (BRASIL, 1996, *on-line*).

Tal ideia de educação como dever, deriva da relação criada pelo Estado de Direito, já destrinchado no início do presente estudo.

Esse modelo coloca primeiramente o indivíduo como sujeito de direitos e depois deveres, enquanto o Estado possui primeiro deveres para com os cidadãos e depois direitos. Assim se estabelece, pois se considera que é o indivíduo quem forma o Estado (BOBBIO, 2004, p.56).

Seguindo a ideia de ser a educação básica um direito e também um dever, Cury (2008, *on-line*) a define como um conceito, como um direito e como uma forma de organizar o modo com que a educação se estabelece nacionalmente.

Em decorrência desse entendimento, destaca-se a política educacional brasileira que se dá nos termos da Constituição Federal e da Lei de Diretrizes e Bases, a qual assegura a gratuidade na educação básica por meio de serviços públicos prestados por instituições de ensino oficiais (COSTIN, 2017, p.239).

Deste modo, cabe ao Estado promover a educação básica gratuita e obrigatória às crianças e adolescentes, sendo esse direito acompanhando de outros direitos que decor-

rem da educação, como transporte, acompanhamento de saúde, alimentação, fornecimento de material didático, dentre outros (COSTIN, 2017, P.239).

Portanto, com base nesse modelo de prestação da educação, esta deve ser fornecida pelo Estado de modo que busque na educação básica o alcance de alguns objetivos. No ensino fundamental a educação deve se dar em preocupação com a capacidade de aprender dos alunos. No ensino médio a preocupação deve ser na permanência e continuação no aprender. Já na educação de jovens e adultos deve haver valorização dos aprendizados e habilidades adquiridos por meios informais (NUNES, 2018, p. 147).

Assim, percebe-se a educação básica como um direito exigível pela sociedade e alcançável por meio de políticas públicas. Considera-se ainda que este modelo de direito à educação básica, que deve ser pública, gratuita e obrigatória, rompeu com um modelo elitista e seletivo que foi disseminado no país ao longo da história (CURY, 2008, *on-line*).

2.1 POLÍTICAS PÚBLICAS E APLICAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Uma vez perpassada a ideia de ser a educação um direito social de responsabilidade do Estado, deve-se abordar a forma com que esse direito concretiza-se, qual seja, através de políticas públicas.

Para Cavalcante Filho (2017, p.37-38), embora considere a definição de políticas públicas uma questão controvertida, destaca os seguintes fundamentos inerentes a elas:

[..]o fato de que a política pública é um programa, isto é, um conjunto coordenado de ações; a adjetivação de que se trata de ações governamentais, ou seja, levadas a cabo, ao menos prioritariamente, pelo Estado; e, por fim, os objetivos, que devem ser socialmente relevantes.

Assim, ao entender a política pública ligada à implementação de objetivos socialmente relevantes, compreende-se também a política pública como um meio de implemen-

tação dos direitos sociais.

Destaca-se ainda a força política que possuem, ou seja, os poderes estatais através do poder discricionário estabelecem o modo e prioridade de criação das políticas públicas (CAVALCANTE FILHO, 2017, p. 38).

No entanto, embora as políticas públicas sejam meios de aplicação dos direitos sociais, nem todas as políticas públicas serão oriundas deles. Neste ponto, cabe evidenciar três fontes das políticas públicas que terão grau de exigibilidade de implementação de acordo com a vinculação da norma constitucional que prevê determinado direito. Tais fontes são elencadas do seguinte modo: i) direitos sociais estabelecidos em normas de aplicabilidade imediata, ou direitos previstos em normas de eficácia mediata já regulamentados; ii) direitos sociais previstos em normas de eficácia mediata; iii) “meros” objetivos, normas programáticas (CAVALCANTE FILHO, 2017, p.39).

Desta maneira, considera-se o direito à educação como fonte de políticas públicas, por se tratar de um direito fundamental de caráter prestacional, que possui aplicação imediata nos moldes do artigo 5º, §1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *on-line*).

Apesar de nem todas as normas constitucionais sistematizadoras do direito à educação deterem esta fundamentalidade, trata-se de direito regulamentado em leis específicas, portanto, de aplicabilidade também imediata, conforme já abordado na seção anterior do presente estudo.

Ante o exposto, cabe análise da educação enquanto política pública, que pode ser vista como um conjunto de ações do Estado que ao assegurar o direito de aprender dos indivíduos, torna-os emancipados, o que traz benefícios pessoais, mas para além disso, possui também relevância social em enfrentar problemas concretos (COSTIN, 2017, p. 233).

É evidente que a educação, assim como as demais políticas públicas, demanda longas negociações técnicas e políticas, com foco em estabelecer o gasto a ser aplicado e qual os demais interesses envolvidos. O que indispensavelmente se compreende é que a

preocupação em fornecer educação não deve ser apenas com a criação de instituições para tanto, mas sim com as condições de acesso e qualidade (COSTIN, 2017, p.234).

No que tange a qualidade do ensino, não se pode idealizar um modelo mecanizado que despreze as individualidades de cada indivíduo. Por esta razão a avaliação constante é importante para o professor, que saberá de que modo cada aluno aprende o que é ensinado, mas sobretudo para o Estado na elaboração e manutenção das políticas aplicadas (COSTIN, 2017, p. 234).

No Brasil, esse controle constante com base em avaliações na educação básica é realizado pelo Sistema de Avaliação da Educação Básica – SAEB, sendo aplicado desde 1990, já tendo passado por diversas mudanças, dentre elas a de 2019 quando incluiu a avaliação, que até então era aplicada no ensino fundamental e médio, também à educação infantil. As avaliações buscam trazer um diagnóstico da educação no Brasil, com médias que compõem o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica – IDEB (MEC, 2020, *on-line*).

Por oportuno, salienta-se que a reformulação do SAEB realizado em 2019 se deu com intuito de adequar-se a Base Comum Curricular Nacional – BCCN, que por sua vez caracteriza-se como um documento de caráter normativo que tenciona estabelecer aprendizagens as quais todos os alunos devem obter durante a educação básica (MEC, 2020, *on-line*).

Além das avaliações acima apresentadas que buscam traçar metas para qualidade do ensino, há também algumas previsões que buscam garantir acesso à educação a alguns grupos sociais específicos. Retoma-se aqui a ideia de igualdade material já abordada neste artigo, em que se permite o tratamento desigual daqueles em posição de desigualdade.

A educação básica, como decorre de sua própria nomenclatura, deve ser vista sob seu aspecto de instituidora de bases e, portanto, trata-se de fase em que o conceito de igualdade se funde ao de equidade. Neste sentido, a educação básica como direito de todos deve

abarcam o direito à diferença (CURY, 2008, *on-line*).

Desta maneira, a LDB buscou prever mecanismos de atendimentos educacionais especiais como os destinados aos jovens e adultos que não tiveram acesso no momento devido, com previsão nos artigos 4º, VII, 37 e 38. Prevê também a educação especial destinada aos portadores de deficiências, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, em seus artigos 4º, III e 58 a 60 (BRASIL, 1996, *on-line*).

Com intuito de obter-se uma educação que alcance os resultados desejados, seja no que tange a qualidade, seja no que tange ao acesso do ensino, instituiu-se o Plano Nacional de Educação – PNE. O plano atualmente possui vigência de 2014 a 2024 e conta com 20 metas a serem alcançadas nesse período. Tais metas podem ser agrupadas em 04 grandes grupos, quais sejam, qualidade da educação básica, redução de desigualdades, valorização dos profissionais de educação e ensino superior (BES, 2018, p.155-156).

Nesta linha, segundo dispõe Costin (2017, p. 258), verifica-se que muito se avançou em políticas públicas na educação brasileira ao longo da história, no entanto para que se alcance as metas desejadas, muito ainda deve ser feito, além de buscar-se um não retrocesso do que foi alcançado.

Deste modo, compreende-se que o ideal seria uma transformação em políticas públicas, que enfatizasse a valorização dos professores, instituisse políticas de assistência com base em dificuldades de aprendizagem, aumentasse progressivamente a jornada escolar, fortalecesse os institutos de pesquisa que promovem avaliações na área, valorizasse a educação na primeira infância com maior investimento de modo a buscar alcançar desigualdades socioeconômicas ao mesmo tempo em que promovesse políticas afirmativas junto aos pais, dando-lhes maiores condições, dentre outros (COSTIN, 2017, p.258-259).

Porém, para possibilitar as supracitadas transformações de políticas públicas e a efetivação das já existentes, deve haver uma devida destinação orçamentária, sem a qual

não é possível qualquer garantia de serviço público eficaz.

Neste sentido, dispõe Melo (2015, p. 73-74) que o orçamento público funciona como elemento das políticas públicas. O dinheiro público possui grande relevância na sociedade atual posto que é fundamental no sucesso de gestões administrativas. Além do mais, o dinheiro público é pressuposto de efetividade da própria Constituição, haja vista que os direitos sociais nela garantidos pressupõem investimentos, como é o caso da universalização educacional.

Com relação ao financiamento da educação básica, desde 1988 com a promulgação da Constituição Federal previu-se destinação de recursos para esta área, consoante artigo 212. Mas foi no ano de 1996 que se criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, que determinava aos Estados e Municípios destinarem 15% das verbas previstas no artigo 212 ao ensino fundamental, com recursos distribuídos de acordo com o número de alunos matriculados nesta fase (MEC, 2020 *on-line*).

Após sua criação, o FUNDEF vigorou até o ano de 2006, quando fora criado o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica – FUNDEB, que em substituição ao Fundo anterior, aumentou o percentual dos fundos destinados exclusivamente de 15% para 20%, porém passou a incluir toda a educação básica como destinatária desses recursos (MEC, 2020, *on-line*).

O FUNDEB criado pela Emenda Constitucional nº 53 de 19 de dezembro 2006, passou a prever que parte dos recursos destinados à educação pelo artigo 212 da CRFB/88, deveriam ser aplicados pelos Estados e Municípios na educação básica, com possibilidade de implementação pela União, até o 14º ano após a promulgação da emenda, o que se daria ao findar de 2020. (MEC, 2020, *on-line*).

No entanto, falar-se em término do FUNDEB no prazo preconizado, seria falar em retrocesso uma vez que o Fundo é o responsável pela distribuição dos recursos de modo a reduzir as desigualdades entre os entes

federativos.

Por tal razão, que em 26 de agosto de 2020 promulgou-se a Emenda Constitucional nº 108, que tornou o FUNDEB permanente. Além de torná-lo permanente, as novas regras do Fundo também preveem o aumento gradativo da complementação realizada pela União, o que uma vez colocado em prática poderá trazer uma distribuição mais otimizada entre Municípios e Estados. (MEC, 2020, *on-line*).

Com a Emenda Constitucional mencionada, foi necessária nova regulamentação do fundo, que se deu pela criação da Lei 14.113 de 25 de dezembro de 2020.

Ainda no que tange ao FUNDEB, sua essencialidade é destacada ao observar-se a situação de austeridade trazida pela Emenda Constitucional nº 95/2016. Conforme dispõe a aludida Emenda Constitucional, o gasto com educação deveria ser estabelecido com base na arrecadação de impostos no ano de 2017, sendo então congelado por vinte anos e após o congelamento reajustado apenas com base na inflação (CARA; PELLANDA, 2018, p.113-114).

Entretanto, consoante disposição do artigo 1º da EC nº 95/2016, que acrescentou o §6º, I, ao artigo 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o congelamento não se aplica à complementação do FUNDEB. Assim, tem-se uma exceção que pode minimizar o retrocesso, possibilitando ainda se falar em efetivação do PNE, embora das metas estabelecidas em tal plano pouco tem se cumprido durante sua vigência (CARA; PELLANDA, 2018, p. 115).

Ademais, com relação a aplicação de orçamento público na educação, frisa-se um remanejamento de orçamento do Ministério da Educação – MEC previsto na Lei 14.077 de 11 de novembro de 2020 (BRASIL, 2020, *on-line*).

Evidencia-se que o referido remanejamento gerou uma preocupação que já seria grande em circunstâncias habituais, mas tornou-se ainda maior tendo em vista sua aprovação no cenário estabelecido em razão da pandemia causada pela doença COVID-19, que levou à suspensão de ensino presencial como

medida de contingenciamento de propagação do vírus. Tema que inclusive será abordado com maior afinco em futuro momento na presente pesquisa.

Por meio de nota pública, a Comissão Externa de Acompanhamento do Ministério da Educação – COMEX/MEC demonstrou contrariedade ao remanejamento de cerca de 1,4 bilhão de reais pela potencialidade em gerar retrocessos em políticas fundamentais e urgentes, ao enfraquecer alguns programas estabelecidos em pastas da educação. Sobre tudo sendo destacado o impacto desse remanejamento no período de pandemia, com relação a programas de apoio a volta às aulas (BRASIL, 2020, *on-line*).

Observa-se, portanto, que apesar da destinação orçamentária exclusiva e previsões legais e constitucionais, a educação ainda enfrenta muitos desafios quando se trata de sua devida efetivação.

2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA QUALIDADE E ACESSO EDUCACIONAL

Em retomada ao conceito destrinchado no início desta seção sobre ser o direito fundamental à educação básica um direito subjetivo, depreende-se o grau de exigibilidade que esse direito, bem como a implementação de políticas públicas referentes a ele, terão judicialmente.

A princípio, expõe-se as considerações de Mendes (2012, p. 120), que considera os direitos fundamentais como geradores de uma vinculação do Judiciário. Por meio de tal vinculação o Judiciário passa a ter que buscar respeito aos direitos fundamentais na aplicação da norma processual, ao mesmo tempo em que também devem promover a aplicação dos direitos nos casos concretos.

Trata-se também de um direito social de caráter substancialmente prestacional. Nesses casos, exige-se uma discussão e ponderação de interesses ao criar políticas que os garantam. Por tal razão, gera-se o questionamento de que o Poder Judiciário não seria capaz de, ao analisar uma demanda relativa a um direito social, observar as implicações orçamentárias que determinada decisão poderia

trazer (MENDES, 2012, p. 465).

Contudo, em defesa da atuação do Judiciário na promoção de direitos fundamentais, sustenta-se que alguns deles como a saúde e a educação possuem papel indispensável na formação da dignidade humana, de modo que devem ter ao menos o seu mínimo existencial garantido, o que permite a apreciação do judiciário caso tal direito reste descumprido (MENDES, 2012, p. 465).

Destaca-se ainda a função contramajoritária exercida pelo Judiciário, que em muitas situações assume o papel de corrigir diretrizes dos outros dois Poderes exercidos por representantes do povo. Neste sentido, surge a necessidade do Judiciário em resolver as questões de forma técnico-jurídica, independentemente de possíveis opiniões populares movidas pela paixão que se encontrem em dissonância à Constituição, uma vez que possui independência jurídica (VICTOR, 2011, p. 21).

Ademais, outro ponto importante na intervenção judiciária em questões políticas está no fato de que os magistrados não possuem liberdade de agir meramente com base em motivações pessoais, devem na verdade fundamentar seus atos decisórios em preceitos constitucionais e legais (VICTOR, 2011, p. 23).

Os argumentos acima trazidos a respeito do papel do Judiciário em estabelecer o alcance da dignidade humana através dos direitos sociais demonstram-se de grande relevância. Isso porque a dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico vislumbra-se como norma jurídica e ainda como um valor superior e fundamental, pela força instituída pelo artigo 1º, III da Carta Magna (SARLET, 2019, p. 82-83).

Com isso, percebe-se a possibilidade de intervenção do Judiciário na garantia dos direitos fundamentais sociais, ao menos na busca pelo alcance de um mínimo existencial. Nesta linha de raciocínio, indaga-se especialmente sobre a exigibilidade das políticas públicas, uma vez que fomentam os direitos sociais.

A referida vinculação do Judiciário

em buscar efetivação dos direitos sociais adquiriu potencial com a Constituição de 1988, que ao contrário de sua sucessora que proibia expressamente a judicialização de questões políticas, consagrou diversos direitos sociais e possibilidades de exigibilidade de efetivação pela população e pelo Ministério Público enquanto defensor da ordem jurídica (VICTOR, 2011, p. 20).

As políticas públicas podem ser objeto de apreciação judicial, pois embora haja discricionariedade na implementação destas, não é possível se falar em um arbítrio absoluto dentro de um Estado Democrático de Direito. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal – STF tem entendido ser cabível o controle de políticas públicas pela via judicial quando se estiver diante do cumprimento de direitos fundamentais (MELO, 2015 p. 207-208).

Precisamente neste sentido, cabe a exposição de entendimento do Supremo de que enquanto direito de prestação positiva do Estado, a educação infantil não pode depender de ampla discricionariedade baseada em oportunidade e conveniência, principalmente por se tratar de norma constitucional de grande força normativa, de modo que se permite a intervenção judiciária na concretização de políticas públicas (BRASIL, STF, RE 410715 AgR, Relator Min Celso de Mello, 2006, p. 14).

No mesmo sentido, verificam-se diversos precedentes ao longo dos anos, dentre os quais cita-se a título de exemplo, recente decisão em que reconheceu-se a omissão do município de Manaus ante a necessidade de construção de novas escolas em razão do crescimento populacional, sendo possível a implementação de políticas públicas pelo Judiciário sem falar-se em violação de poderes (BRASIL, STF, ARE 1230668 AgR Relator Min. Roberto Barroso, 2020, p. 4-7).

Destarte, de acordo com os casos acima citados acerca da qualidade e acesso da educação, evidencia-se ser pacífico na Suprema Corte que a intervenção do poder judiciário é possível ao se tratar de políticas públicas educacionais.

Uma vez entendida a possibilida-

de de exigibilidade judicial, tem-se por fim a reflexão acerca dos instrumentos processuais utilizados para tanto.

No que concerne ao tipo de demanda, revela-se possível a demanda individual, pois como já destrinchado, a educação básica consiste em um direito subjetivo. Entretanto, em que pese a funcionalidade da demanda individual em casos concretos, o ideal para movimentação do Judiciário diretamente na adoção de políticas públicas são as ações coletivas. Estas possuem a capacidade de assegurar a chamada macrojustiça, por terem reflexos coletivos (VICTOR, 2011, p. 123).

Além disso, a demanda coletiva possui como benefícios a economia processual por evitar uma série de demandas repetitivas individuais, a segurança jurídica ao evitar decisões contraditórias e garante uma isonomia vez que a decisão poderá ter efeito *erga omnes* e não exclusivo ao indivíduo que postulou a ação (VICTOR, 2011, p. 120).

3 A PRECARIZAÇÃO EDUCACIONAL COMO VIOLADORA DA IGUALDADE MATERIAL

Com base nas exposições trazidas na seção anterior, indispensável reconhecer que a educação nacional passou por diversas mudanças, sobretudo nos últimos anos em que contou com novos projetos em busca de avanço.

Porém, não obstante as políticas públicas até então implementadas com previsões orçamentárias e possibilidade de exigibilidade judicial, a educação, assim como outros direitos sociais, ainda encontra entraves para sua plena aplicação, conforme demonstram dados que serão apresentados mais à frente.

Estas dificuldades que geram uma precarização da educação impedem o importante papel deste direito que é a promoção da igualdade. Mas para compreender a necessidade da promoção da igualdade, sobretudo a igualdade material, primeiro expõe-se a existência da desigualdade.

Para Rousseau (2017, p. 68), a compreensão da desigualdade pressupõe o entendimento para além da vida civil. Segundo afir-

ma, na vida animal selvagem em que se existe simplicidade e uniformidade, é praticamente nula a ideia de desigualdade. Com esta comparação, depreende-se que o ser humano em seu estado de natureza também estaria alheio a desigualdade que nasce com a complexidade da vida civil, trata-se de uma desigualdade instituída e não uma desigualdade natural.

Assim, a desigualdade teria iniciado no momento em que a humanidade deu seus primeiros passos para a civilização e domesticação, quando começaram a adotar o sedentarismo em detrimento do nomadismo e formar as primeiras vivências em comunidade. Nesta vida em comunidade começou-se a perceber as diferenças naturais que os seres tinham para com os outros em aparência e habilidade, que fez nascer a vaidade, desprezo, vergonha e inveja (ROUSSEAU, 2017, p. 77).

Entretanto, esse início ainda se referia a uma desigualdade muito mais natural. A quebra da igualdade teria nascido com a instituição da propriedade privada em uma época que não havia outra forma de representação de riqueza. Deste modo, aqueles que dominaram a ponto de cobrir solos inteiros as terras que eram de subsistência comum, proibiram os pobres, que nada tinham perdido apenas deixado de dominar, de conquistar riquezas. Neste ponto, nasce a relação de servidão em que os mais pobres tiveram de garantir seu sustento nos mais ricos (ROUSSEAU, 2017, p. 84).

Foi com a relação acima que surgiram diversos conflitos, oportunidade em que o mesmo grupo que já dominava a sociedade foi o grupo que buscou estabelecer uma justiça comum, um Estado, para proteção da propriedade e dos mais fracos. Assim estabeleceu-se pelas próprias classes que se interessavam nos abusos, um sistema que legitimou a propriedade como privilégio de alguns poucos e consequentemente a desigualdade (ROUSSEAU, 2017, p. 87).

Neste mesmo sentido, Freire (2020, p. 60) expõe que o ser humano sem deter o saber, acabou por ser excluído da tomada de decisões. A grande luta vem sendo para que os até então oprimidos em nome da própria liberdade possam ter voz e não mais apenas serem

representados por um grupo que apenas repassa prontamente as tarefas a serem cumpridas.

Esse afastamento de determinadas classes sociais no poder de participação, que se deu até a instituição do Estado Democrático de Direito, foi um dos fatores responsáveis pela grande desigualdade existente.

No Brasil, essa desigualdade é inclusive reconhecida pela Constituição Federal que estabelece em seu artigo 3º, III, a erradicação de pobreza e redução de desigualdades sociais e regionais como um dos objetivos fundamentais do país. Neste sentido, reconhecida a desigualdade deve-se então analisar a igualdade assegurada constitucionalmente pelo artigo 5º (BRASIL, 1988, *on-line*).

A igualdade como direito que inicialmente vislumbrava apenas um tratamento isonômico a todos, adquire uma nova percepção a partir dos direitos sociais, uma concepção material. A igualdade material por assim dizer, almeja não apenas um tratamento igual a todo indivíduo na aplicação da lei, mas estabelece uma fórmula que passa a ser clássica, a ideia de tratar de modo desigual aos que se encontram em situação de desigualdade (NOVELINO, 2016, p. 326).

Além disso, o direito à igualdade sob sua ótica material adquire ainda uma função que neste estudo precede de maior importância: a igualdade material usada para se alcançar uma igualdade de fato, que busca por meio de políticas públicas reduzir as desigualdades existentes (NOVELINO, 2016, p. 326).

Exatamente no sentido de buscar a redução de desigualdade, Teixeira (2002, p. 35) coloca a educação como a responsável pela instituição de pontos de partidas igualitários:

Nascemos desiguais e nascemos ignorantes, isto é, escravos. A educação faz-nos livres pelo conhecimento e pelo saber e iguais pela capacidade de desenvolver ao máximo os nossos poderes inatos. A justiça social, por excelência, da democracia consiste nessa conquista da igualdade de oportunidades pela educação. Democracia é, literalmente, educação.

Assim, verifica-se que a educação pode ser utilizada como um meio para se alcançar igualdade material ao instituir as mesmas bases aos indivíduos, com fim de equidade. Mas ao mesmo tempo também deve ser aplicada de forma desigual aos desiguais, ou seja, com maior apoio e assistência do Estado na educação pública oferecida aos grupos historicamente desfavorecidos e colocados em posição de inferioridade na sociedade.

3.1 O PAPEL DO DIREITO À EDUCAÇÃO NA GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para compreensão de como a educação precária impede o alcance da igualdade, é preciso compreender o papel que essa pode desempenhar em garantir aos indivíduos o mínimo existencial, quando ofertada efetivamente.

Para tanto, cabe análise do que é a educação.

Segundo Piaget (2015, p. 52), a educação é uma condição do desenvolvimento do indivíduo, é um meio social indispensável à formação do raciocínio e emancipação dos seres humanos.

Assim, a educação vai além de um simples direito sob a ótica individualista, que consiste apenas em aprendizados técnicos. A educação é um meio que permite pleno desenvolvimento ao indivíduo e o prepara para a vida social (PIAGET, 2015, p. 53).

Embora não caiba ao presente estudo destrinchar métodos de aplicação da educação, impende destacar brevemente o método considerado ideal para que a educação seja mais do que algo mecanizado e se preocupe com a formação das pessoas.

Trata-se do método ativo que consiste em permitir que o próprio educando construa de seu interior os instrumentos para compreender o que lhe é passado e não o mero recebimento de uma ideia pronta, como acaba sendo visto tradicionalmente nas escolas. Isso porque o método tradicional aplicado como uma disciplina imposta que faz com que o educando muitas vezes repita as informações sem as compreendê-las, pode levar a criação

de um conformismo que ofusca a personalidade moral (PIAGET, 2015, p. 110).

No mesmo sentido, Freire (2020, p. 125) expõe que pouco no modelo educacional se procura incentivar o método ativo. Para ele o conhecimento aplicado superficialmente apenas com “palavras ocas”, cria uma consciência ingênua nos indivíduos, quando os meios ativos poderiam gerar um pensamento crítico.

Para o autor, o desenvolvimento crítico é indispensável para o indivíduo e para a vida social, pois é esse pensamento crítico que possibilita uma ampla visão social e política que faz um indivíduo emancipado, conforme observa-se:

Não há nada que mais contradiga e comprometa a emersão popular do que uma educação que não jogue o educando às experiências do debate e da análise dos problemas e que não lhe propicie condições de verdadeira participação (FREIRE, 2020, p. 123).

Neste entendimento de que a educação pode ser instrumento de formação de pensamentos críticos, Teixeira (2002, p. 35) vislumbra a educação como a base para que exista o mais complexo e libertador sistema político, a democracia.

A democracia como um sistema de igualdade, fraternidade e liberdade pressupõe respectivamente uma paridade de oportunidades, senso de identidade e uma autodireção, características essas que são ensinadas pela educação. Assim, a educação na democracia é aquela que ensina os indivíduos a tornarem-se seres livres (TEIXEIRA, 2002, p. 34).

Destarte, uma vez compreendida a educação como caminho para participação do indivíduo em sociedade de forma ativa e democrática é que se percebe o seu papel na promoção da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, princípio já apresentado outrora neste estudo, aplica-se como um limitador do poder do Estado, mas também como um motivador de proteção estatal. Assim, esse princípio deve estar dentre as metas do Estado Democrático de Di-

reito promovendo uma vida digna para todos (SARLET, 2019, p. 89).

Tal princípio almeja então estabelecer um mínimo para uma existência digna do povo, ou seja, não apenas um mínimo para existir a qualquer custo, mas um mínimo para que se tenha uma vida saudável (SARLET, 2019, p. 137).

Destarte, como já exposta a possibilidade que o direito a educação possui em promover uma vida mais participativa ao garantir ao indivíduo capacidade de exercer demais direitos, verifica-se ligação direta com a garantia desse mínimo, pois uma sociedade que anseia a dignidade da pessoa humana não pode forçar seus indivíduos a viver em condições escassas de exclusão social e pobreza. (SARLET, 2019, p. 142).

3.2 IMPOSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO IGUALITÁRIA POR POLÍTICAS PÚBLICAS ESCASSAS

Uma vez evidenciada a importância da educação para desenvolvimento digno e igualitário, há de se destacar os dados que demonstram a atual situação da educação nacional.

Com esse fim, expõe-se a conjuntura do Plano Nacional de Educação que possui vigência de 2014 a 2024 e define 20 metas de melhorias em diferentes pontos da educação, tanto na educação básica quanto na de nível superior. Especificamente com relação ao presente estudo, destaca-se dentre as 20 metas, as 9 se referem ao direito à educação básica e as 2 que buscam redução de desigualdades (BES, 2018, p. 156-158).

Apesar de essencial, o referido plano encontra dificuldades em seu cumprimento. De acordo com os resultados do 2º ciclo do plano apresentados em 2018, apenas uma das metas restou alcançada, qual seja a que se refere ao nível de formação dos professores de ensino superior. Ou seja, nenhuma das metas referentes a educação básica conseguiram ser atingidas (BES, 2018, p. 168).

Em mesmo sentido, os resultados apresentados em 2020 referentes ao 3º ciclo do plano demonstraram que as metas com

relação à educação básica e redução de desigualdade, seguem sem alcance do objetivado (INEP, 2020, p. 11-16).

Destaca-se ainda que os resultados de parte das metas não cumpridas apresentam grandes desigualdades regionais e sociais nos números obtidos. Inclusive, mediante análise tendencial acredita-se que parte das metas não será cumprida até o final da vigência do plano, que se dará em 2024 (INEP, 2020, p. 8-10).

Dentre tais metas que ainda estão longe do seu cumprimento, salienta-se que o baixo nível de aprendizado segue como um grande desafio, bem como a busca por o aumento nos índices de educação de jovens e adultos, essa última aliada a uma dívida histórica de longo período de supressão no alcance ao direito à educação por determinados grupos sociais, que ainda apresenta-se distante de ser superada (INEP, 2020, p. 9-10).

Para além destas exposições que demonstram uma educação atrasada em suas metas, há situações em que não somente deixou-se de alcançar o resultado ideal até o momento, como enfrentaram novas tensões sociais e tentativas de retrocesso por parte do próprio Poder Público.

É o que aconteceu no caso da educação especial, cujo acesso à educação básica para crianças e adolescentes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação deve ser universalizado e oferecido preferencialmente em rede regular de ensino, segundo previsão da quarta meta do PNE (BRASIL, 2014, *on-line*).

Entretanto, contrariamente a esta previsão que busca uma educação inclusiva, o Poder Executivo Federal buscou instituir através do Decreto nº 10.502/2020 uma Política Nacional de Educação Especial que afastasse a preferência de inclusão da pessoa com deficiência em sala de aula regular.

Logo após sua promulgação, o decreto teve sua eficácia suspensa por decisão liminar do STF na ADI 6590 (Relator Min. Dias Toffoli, 2020, p. 2-3), que levou em consideração potencial inconstitucionalidade tanto formal, pois o decreto possuía caráter normativo por buscar instituir uma nova política

educacional, quanto material, pois era contrário ao artigo 208, III da CRFB/88 que determina a preferência de atendimento escolar em rede regular aos portadores de deficiência, de modo que a inclusão desses alunos poderia ser enfraquecida por políticas públicas baseadas no decreto. Atualmente, com a mudança de chefia do Poder Executivo Federal em 2023, o referido decreto foi imediatamente revogado através de um novo, o Decreto nº 11.370, promulgado em 1º de janeiro de 2023.

Não obstante a revogação do decreto, indispensável destacar que sua publicação representou uma tentativa do próprio Estado em legitimar um retrocesso às garantias da pessoa com deficiência. Revelou-se, portanto, um risco para a educação inclusiva, através de tensões sociais criadas até mesmo por autoridades do Poder Executivo. Outro episódio recente na história nacional que marcou uma das tensões criada por autoridades, se deu em caso polêmico ocorrido no ano de 2021, com envolvimento do então ministro da educação, Milton Ribeiro, que chegou a afirmar que crianças com deficiência, quando inseridas em sala de aula de ensino regular poderiam vir a atrapalhar a aprendizagem (ALVES *in* G1, 2021, *on-line*).

Entretanto, com base em estudos internacionais evidencia-se que tal justificativa não se sustenta. Destaca-se que uma série de pesquisas realizadas por décadas analisaram alunos por todo o mundo através de perspectivas diferentes e concluíram que alunos com deficiência inseridos no ambiente escolar regulamentar tendem a ter desempenho muito melhor do que os portadores de deficiência inseridos em modalidades de ensino segregadas (HEHIR *et al.*, 2016, p. 14-16).

Do mesmo modo, estudos também realizados a níveis internacionais revelaram que alunos sem deficiência inseridos em salas de aula inclusivas não sofrem impactos negativos no aprendizado e ainda podem ser socialmente beneficiados. Tal benefício social se dá através da Hipótese do Contato (*Contact Hypothesis*), termo usado para se referir a experiência de contato entre pertencentes a diferentes grupos, que levam a redução dos

preconceitos (ALLPORT *apud* HEHIR *et al.*, 2016, p.12).

A redução de preconceito acima exposta pode se desenvolver dentro do ambiente escolar, conforme expõe-se:

Salas de aula inclusivas fornecem muitas das condições necessárias para a redução da discriminação sob a Hipótese do Contato, entre elas: 1) membros dos grupos em condições de igualdade; 2) cooperação na busca de objetivos comuns; 3) estímulo do desenvolvimento de relações pessoais íntimas; e 4) apoio institucional (ALLPORT *apud* HEHIR *et al.*, 2016, p. 12).

Assim, verifica-se que a tentativa de criação de uma nova política em educação especial caso houvesse sido aplicada poderia ter contribuído com aumento da desigualdade e dificuldade ao pleno acesso educacional, com prejuízos que seriam suportados pelas crianças e adolescentes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação e até mesmo pelos alunos não portadores de necessidades especiais.

Diante do atraso em diversos ramos educacionais como acima exposto, há como resultado uma desproporcionalidade nas oportunidades que acabam por ser alcançadas pelos os alunos que dependem da educação pública e os que detêm acesso a educação privada.

Verifica-se que os dados disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2018, p.101), demonstraram um número de ingresso no ensino superior muito maior entre os alunos da rede privada, no ano de 2017. Chegou-se a constatação de que dos alunos das redes públicas, apenas 35,9% ingressaram no nível superior, já dentre os alunos da rede privada, o número aumentou mais que o dobro, atingindo 79,2%.

Esses dados demonstram como a precarização do ensino público contribui para a desigualdade social, ao se observar através do disponibilizado pelo IBGE (2018, p.93), que segundo *Education at a glance 2018: OECD indicators*, o Brasil possui uma alta taxa de retorno salarial e empregabilidade para parte da população que possui ensino superior comple-

to, levando uma pessoa com diploma superior ganhar até 2,5 vezes mais do que alguém com diploma de ensino médio.

Ante a realidade exposta, vislumbra-se um cenário que ainda impede a formação igualitária dos sujeitos, quer pela própria educação que ainda não é fornecida na amplitude e qualidade objetivadas, quer pela diferença social que é aumentada entre aqueles que podem custear uma educação privada de qualidade e os que dependem exclusivamente dos serviços públicos na educação.

3.3 O AUMENTO DO DESAFIO ANTE A PANDEMIA DA COVID19

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde declarou o surto de SARS-CoV-2, causador da doença COVID 19, como uma pandemia, em razão dos números de casos confirmados e sua rápida difusão pelo mundo (OPAS, 2020, *on-line*).

Com isso, após decretação do estado de calamidade pública no Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020, foram adotadas medidas de contingenciamento ao COVID-19, como as de isolamento social que afetaram diversos setores, dentre eles a educação.

Ante o referido cenário, adotou-se de modo emergencial o ensino a distância na educação básica, que até então só se via presente em algumas modalidades de ensino superior. A adoção desse modelo é prevista pela LDB em seus artigos 32, § 4º e 36, §11, de maneira suplementar e em situações emergenciais (BARRETO; ROCHA, 2020, p. 5-6).

As normas educacionais excepcionais adotadas neste período foram regulamentadas pela Lei nº 14.040 de 18 de agosto de 2020, com diretrizes apontadas pelo Conselho Nacional de Educação – CNE.

As referidas diretrizes constaram da resolução CNE/CP nº 2 de 10 de dezembro de 2020 e estabeleciam como deveria funcionar o período letivo, a carga horária, os objetivos de aprendizagem, o planejamento escolar, as atividades não presenciais autorizadas enquanto durasse o período de emergência sanitária e as avaliações. Estabeleciam ainda a possibilida-

de de retorno gradual das atividades presenciais, que deveriam ocorrer em consonância às normas sanitárias locais. Por esta razão, até o retorno ao modelo presencial, o ensino contou com grande período de modelo totalmente remoto e outro em modelo híbrido, o que dependia das normas sanitárias que se encontravam vigente em cada município e estado.

Destarte, tendo em vista a inesperada mudança nos modelos educacionais passaram em todo o país, adquiriu-se um novo ponto de análise da situação de desigualdade educacional.

Segundo Casagrande (*apud* BARRETO; ROCHA, 2020, p.9), destacou-se no modelo de ensino remoto o uso de tecnologias, em que era tudo muito novo e demandava uma acelerada adaptação. Para ele, este momento fomentaria as desigualdades sociais, uma vez que as escolas privadas encontrariam com maior facilidade soluções que demandavam recursos financeiros, enquanto as escolas públicas não possuíam tal facilidade.

Ademais, somadas a desigualdade entre ensino público e privado, tinha-se ainda as condições pessoais de cada aluno. O meio social em que o indivíduo estava inserido, mais do que nunca trouxe interferência na aprendizagem, uma vez que o ambiente de ensino passou a ser sua própria residência e não mais a instituição escolar (AVELINO; MENDES, 2020, p. 3).

Os alunos que conviviam em lares desestruturados, com presença de violência constante, escassez de recursos mínimos e falta de preparação pedagógica dos pais, evidentemente apresentaram maiores dificuldades do que os alunos que possuíam maior bagagem com relação à cultura, estrutura tecnológica e substancial adequada, bem como pais com ensino superior completo (AVELINO; MENDES, 2020, p. 3).

As reflexões acima sobre aumento da desigualdade revelaram-se assertivas ao analisar resultados fáticos observados durante o período de pandemia.

Em novembro de 2020, constatou-se que 46,3 milhões de pessoas entre 6 e 29 anos no Brasil estavam matriculados em escolas ou

universidades. Desses, 70,6% não havia tido aula presencial mesmo após meses de ensino remoto e 11,7% (5,3 milhões) dos alunos em ensino remoto sequer tiveram atividades a serem realizadas como alternativa ao ensino presencial (IBGE, 2020, p. 50-51).

Tais números revelam preocupação ainda maior quando analisados os contextos regionais e sociais dos alunos que não tiveram aulas presenciais e nem acesso às atividades.

Na região Norte do país, houve o maior número de pessoas sem aula presencial e sem atividades, que chegou a 25,3%, enquanto no Sul, região com o menor percentual de pessoas nesta situação, alcançou-se 3,8%. Já no que concerne às questões sociais, observou-se que das crianças e jovens inseridos em domicílios com renda per capita de até um salário mínimo e meio, 16,6% não tiveram atividades escolares, enquanto nos domicílios com renda per capita acima de quatro salários mínimos, essa porcentagem foi de 3,9% (IBGE, 2020, p. 51-53).

Destacam-se ainda dados que revelam a forma com que a escassez de recursos e falta de estrutura afetou os alunos. Daqueles inseridos na porcentagem de alunos que receberam atividades, uma parcela de 1,8% não as realizou em nenhum dia. Para tanto, 204 mil pessoas justificaram a não realização por falta de acesso e qualidade, 169 mil a falta de possibilidade de concentração e 154 mil a indisponibilidade de aparelhos eletrônicos para a realização (IBGE, 2020, p. 54).

Para além do aumento da desigualdade no acesso educacional que tende a gerar um ensino mais elitizado, conforme demonstrado acima, impende ter claro outro fator alarmante.

Por ser a educação um direito fundamental social, destaca-se que em momentos de crises os direitos desta espécie demonstram-se ainda mais necessários, mesmo que seja este o momento em que o Estado mais sofra impactos em seu orçamento. Remete-se então à ideia de reserva do possível e necessidade de garantia do mínimo existencial pelo Estado, conforme já exposto na primeira seção deste estudo (ALEXY, 2015, p. 513).

Neste sentido, o período também foi marcado pela preocupação de que com os alunos fisicamente distantes das escolas o mínimo existencial fosse violado já que alguns direitos básicos são promovidos por meio das instituições de ensino, como é o caso da alimentação, por exemplo, consoante já relatado em seção anterior ao explicitar a obrigação do fornecimento de educação gratuita.

Com finalidade de garantir o acesso da alimentação aos estudantes de escola pública, a Lei 14.040 de 18 de agosto de 2020 buscou inicialmente definir em seu artigo 8º algumas alterações no repasse das verbas para execução do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE e autorizava durante a suspensão de aulas presenciais em virtude da pandemia o repasse direto aos pais e responsáveis dos gêneros alimentícios ou até mesmo dos próprios recursos para utilização na compra de alimentos, sendo esta última medida vetada pelo Poder Executivo (BRASIL, 2020, *on-line*).

As razões do veto apresentaram o assunto como repetição do já tratado pela Lei 13.987 de 7 de abril de 2020, apesar de a referida lei ter se limitado a autorizar o repasse dos gêneros alimentícios aos responsáveis (BRASIL, 2020, *on-line*).

Verifica-se que esse veto revelou-se infundado, tendo em vista que a nova norma além de autorizar o repasse dos gêneros alimentícios aos responsáveis buscava autorizar também o repasse dos próprios recursos para compra. Assim, figurou-se como medida que impediu meios que seriam mais eficazes na garantia de fornecimento de alimentação de jovens e adolescentes que careciam da assistência pública e encontravam-se distantes das escolas.

Permite-se então a observação de como a conjuntura gerada pela citada pandemia evidenciou a carência de direitos sociais efetivos e até mesmo ampliou tal carência, de modo que futuramente restará muito a se percorrer em busca do alcance à igualdade prevista na Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou analisar a aplicação do direito à educação básica no Brasil e a importância que o nível de qualidade educacional detém na promoção da igualdade.

Para tanto, inicialmente verificou-se que a educação revela-se como um direito fundamental social que deve ser fornecido pelo Estado, tendo como base princípios constitucionais, como o da igualdade e dignidade da pessoa humana, tendo em vista que constitui o mínimo existencial que deve ser garantido à população.

Uma vez entendido como um direito fundamental social, a segunda seção buscou debruçar-se sobre como ele é fornecido, ou seja, foram demonstradas quais as principais políticas públicas e previsões orçamentárias atuais. Ainda na segunda seção, estudou-se a exigibilidade da efetivação das políticas na educação, ponto em que se verificou que o Estado não possui discricionariedade absoluta sobre tais políticas, podendo haver intervenção do Judiciário.

A terceira seção, por sua vez, parte das ideias estabelecidas nas seções anteriores para compreensão de que a educação de qualidade funciona como instrumento de justiça social e como essa qualidade não vem sendo atingida, o que se verifica em dados educacionais apresentados. Destaca-se ainda o aumento do desafio provocado pela pandemia de Covid-19, enfrentada desde março de 2020, que poderá gerar um ensino ainda mais elitizado, além de outros reflexos que somente em momento futuro poderão ser percebidos.

Ante o exposto, revela-se que o direito à educação, mesmo após um longo período histórico para que fosse de fato solidificado no direito brasileiro, ainda encontra-se precário quando o assunto são os resultados dos níveis educacionais. Essa precarização faz com que aqueles que possuem acesso a um ensino privado saiam na frente daqueles que dependem de políticas públicas escassas, o que viola os ideais de igualdade material tendo em vista que não são proporcionados os mesmos pontos de partida aos indivíduos.

O assunto apresenta-se então de gran-

- Constitucionais Transitórias; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 ago. 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc108.htm. Acesso em 19 out. 2020.
14. _____. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 mar. 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em 30 maio 2021.
 15. _____. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 05 out. 2020.
 16. _____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 nov. 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 5 out. 2020.
 17. _____. **Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020**. Institui a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 1 out. 2020. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.502-de-30-de-setembro-de-2020-280529948>. Acesso em 5 set. 2021.
 18. _____. **Decreto nº 11.310, de 1º de janeiro de 2023**. Revoga o Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020, que institui a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 jan. 2023. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2023-2026/2023/decreto/D11370.htm#:~:text=D11370&text=Revoga%20o%20Decreto%20n%C2%BA%2010.502,Aprendizado%20ao%20Longo%20da%20Vida. Acesso em 10 mar. 2023.
 19. _____. INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Relatório do 3º ciclo de monitoramento das metas do Plano Nacional de Educação – 2020: sumário executivo**. Brasília, 2020. Disponível em http://portal.inep.gov.br/informacao-da-publicacao/-/asset_publisher/6JYIsGMAMkWI/document/id/6974122. Acesso em 18 abr. 2021.
 20. _____. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em 5 out. 2020.
 21. _____. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jun. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/113005.htm. Acesso em 5 abr. 2021.
 22. _____. **Lei nº 13.987, de 7 de abril de 2020**. Altera a Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009, para autorizar, em caráter excepcional, durante o período de suspensão das aulas em razão de situação de emergência ou calamidade pública, a distribuição de gêneros alimentícios adquiridos com recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (Pnae) aos pais ou responsáveis dos estudantes das escolas públicas de educação básica. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 abr. 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/113987.htm. Acesso em 31 maio 2020.
 23. _____. **Lei nº 14.040, de 18 de agosto de 2020**. Estabelece normas educacionais excepcionais a serem adotadas durante o estado de calamidade pública reconheci-

- do pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020; e altera a Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 ago. 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14040.htm. Acesso em 31 maio 2021.
24. _____. **Lei nº 14.077, de 11 de novembro de 2020**. Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor de diversos órgãos do Poder Executivo, crédito suplementar no valor de R\$ 6.118.751.868,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 nov. 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14077.htm. Acesso em 5 abr. 2021.
25. _____. **Lei nº 14.113 de 25 de dezembro de 2020**. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), de que trata o art. 212-A da Constituição Federal; revoga dispositivos da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 dez. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14113.htm. Acesso em 05 abr. 2021.
26. _____. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. **Resolução CNE/CP nº 2, de 10 de dezembro de 2020**. Institui Diretrizes Nacionais orientadoras para a implementação dos dispositivos da Lei nº 14.040, de 18 de agosto de 2020, que estabelece normas educacionais excepcionais a serem adotadas pelos sistemas de ensino, instituições e redes escolares, públicas, privadas, comunitárias e confessionais, durante o estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Brasília: Ministério da Educação, 10 dez. 2020. Disponível em http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=167141-rcp002-20&category_slug=dezembro-2020-pdf&Itemid=30192. Acesso em 29 maio 2020.
27. _____. Ministério da Educação. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. FUNDEB. **Histórico**. Brasília, DF, 2020. Disponível em <https://www.fnde.gov.br/index.php/financiamento/fundeb/sobre-o-plano-ou-programa/historico>. Acesso em 19 out. 2020.
28. _____. Ministério da Educação. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. FUNDEB. **Promulgada a PEC que torna o Fundeb permanente**. Brasília, DF, 2020. Disponível em <https://www.fnde.gov.br/index.php/acao-a-informacao/institucional/area-de-imprensa/noticias/item/13785-promulgada-a-pec-que-torna-o-fundeb-permanente>. Acesso em 19 out. 2020.
29. _____. Ministério da Educação. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. FUNDEB. **Sobre o Fundeb**. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/index.php/financiamento/fundeb/sobre-o-plano-ou-programa/sobre-o-fundeb>. Acesso em 19 out. 2020.
30. _____. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Sistema de Avaliação de Educação Básica**. Brasília, DF, 2020. Disponível em <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/avaliacao-e-exames-educacionais/saeb>. Acesso em 19 out. 2020.
31. _____. Ministério da Educação. Secretaria da Educação Básica. **Base nacional comum curricular**. Brasília, DF, 2020. Disponível em <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/>. Acesso em 19 out. 2020.
32. _____. Presidência da República. **Mensagem nº 460, de 18 de agosto de 2020**. Brasília, DF, 19 ago. 2020. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2020/lei-14040-18-agosto-2020-790546-veto-161319-pl.html>. Acesso em 30 maio 2021.
33. _____. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na ADI 6590**. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Interpelado: Presidente da República. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 12 fev. 2021. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?-classeNumeroIncidente=%22ADI%206590%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAd

- [vanced=true](#). Acesso em 05 set. 2021.
34. _____. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 410715**. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 03 fev. 2006. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95128/false>. Acesso em 09 nov. 2020.
 35. _____. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1230668**. Agravante: Município de Manaus. Agravado: Ministério Público do Estado de Amazonas. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 06 jul. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427780/false>. Acesso em 09 nov. 2020.
 36. CARA, Daniel; PELLANDA, Andressa. Avanços e retrocessos na Educação Básica: da Constituição de 1988 à Emenda Constitucional 95. In: ROSSI, Pedro; DWECK, Esther; OLIVEIRA, Ana Luíza Matos (orgs.). **Economia para poucos: impactos sociais da austeridade e alternativas para o Brasil**. São Paulo: Autonomia Literária, 2018, pp. 98-126. Disponível em <http://pedrorossi.org/wp-content/uploads/2019/09/Economia-para-Poucos.pdf>. Acesso em 19 out. 2020.
 37. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. A Constituição de 1988 como matriz de políticas públicas: direitos, deveres e objetivos no campo dos direitos sociais. In: MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo (orgs.). **Políticas Públicas no Brasil: uma abordagem institucional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp.33-48.
 38. COSTIN, Claudia. Educação como Política Pública. In: MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo (orgs.). **Políticas Públicas no Brasil: uma abordagem institucional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 233-260.
 39. CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação básica como direito. **Cadernos de Pesquisa**, v. 38, n. 134, São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 2008. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100=15742008000200002-&lang-pt. Acesso em 19 out. 2020.
 40. FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
 41. FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 46ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.
 42. HEHIR, Thomas, *et al.* Os Benefícios da Educação Inclusiva para Estudantes com e sem Deficiência. **Instituto Alana**, São Paulo: Cambridge: Abt Associates, 2016. Acesso em <https://alana.org.br/wp-content/uploads/2019/10/os-beneficios-da-educacao-inclusiva.pdf>. Acesso em 6 set. 2021.
 43. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese dos Indicadores sociais: Uma análise das condições de vida da população brasileira**. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>. Acesso em 18 abr. 2021.
 44. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: PNAD COVID-19, novembro/2020**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101778.pdf>. Acesso em 30 maio 2021.
 45. MALISKA, Marcos Augusto. Da educação, da cultura e do desporto. In: CANOTILHO, J.J. Gomes, *et. al.* (coordenadores). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
 46. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
 47. NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodvm, 2016.
 48. NUNES, Alex Ribeiro. A legislação educacional contemporânea: a LDB. In: LIMA, Caroline Costa Nunes, *et. al* (orgs.). **Políticas Públicas e educação**. Porto Alegre: SAGAH, 2018, pp. 141-154. [recurso eletrônico]
 49. ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acesso em 16 set. 2021.
 50. OPAS – Organização Pan-Americana da Saúde. **OMS afirma que COVID-19 ago-**

- ra é caracterizada como pandemia. Brasília, 11 mar. 2020. Disponível em <https://www.paho.org/pt/news/11-3-2020-who-characterizes-covid-19-pandemic>. Acesso em 30 maio 2021.
51. PIAGET, Jean. **Para onde vai a educação?** [Trad. de: Ivette Braga]. 22^a ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2015.
 52. ROUSSEAU, Jean Jacques. **A origem das desigualdades entre os homens.** [Trad. de: Eduardo Brandão]. 1^a ed. São Paulo: Peguin Classics, Companhia das Letras, 2017.
 53. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11^a ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
 54. _____, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10^a ed. ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.
 55. TEIXEIRA, Anísio. Autonomia para a educação. In: ROCHA, João Augusto de Lima (org.). **Anísio em movimento. Biblioteca digital do Senado Federal.** Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1060>. Acesso em 19 abr. 2021.
 56. VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil:** características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo. São Paulo: Saraiva, 2011.

AS POSSÍVEIS PUNIÇÕES POR DESCUMPRIMENTO DO ACORDO DE PARIS E NORMAS AMBIENTAIS: UM ESTUDO SOBRE AS QUEIMADAS NA AMAZÔNIA

William Tayt-Son da Silva¹
Débora Lubrano de Mendonça²

RESUMO

As queimadas na Floresta Amazônica ocorridas no ano de 2019 chamaram a atenção do mundo pelo aumento do desmatamento (área de destruição de 43.753 km²), tendência que foi confirmada nos anos seguintes (2020 e 2021). O Brasil foi acusado por descumprir o Acordo de Paris, um tratado internacional que tem por objetivo reduzir as emissões de gás do efeito estufa, e outras normas ambientais existentes na legislação infraconstitucional. O presente estudo visa apresentar os acordos internacionais, descrever o sistema de normas existente no Brasil, verificar a ocorrência de fiscalizações da área amazônica. Por fim, o trabalho busca identificar as possíveis sanções internacionais ao Estado brasileiro pela devastação de área verde. O método utilizado para confecção desta pesquisa é o dedutivo e descritivo, serão utilizados para o seu desenvolvimento, a doutrina, matérias jornalísticas, artigos científicos, legislação pertinente, portarias, resoluções, relatórios e documentos governamentais, tratando-se de pesquisa bibliográfica-documental.

Palavras-Chave: Amazônia. Sanções Internacionais. Tratados e normas ambientais.

INTRODUÇÃO

A Floresta Amazônica, considerada a maior floresta tropical do mundo, com uma área 5.500.000 km², faz a cobertura de parte do noroeste do Brasil, e de regiões de outros países, sendo famosa por sua biodiversidade (AZEVEDO, 2019, *on-line*).

Em agosto de 2019, a mídia ao redor do mundo (G1, 2019, *on-line*), noticiou o aumento significativo do número de queimadas na Amazônia. As perdas são enormes, prejudicando as plantas, os animais e os microrganismos que contribuem para produção de alimentos e remédios. Esta biodiversidade também é importante para regulação do clima no Brasil e para o combate ao aquecimento global, já que absorvem uma grande quantidade de gás carbônico (CO₂) (ILHÉU, 2019, *on-line*; WWF, 2019, *on-line*).

No ano de 2019, as queimadas na Amazônia cresceram em 82% (oitenta e dois por cento) comparado ao mesmo período do ano de 2018, sendo este, o maior índice desde 2010. Os dados são do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE, 2019, *on-line*), que identificou 78.383 focos de incêndio. A área total da Amazônia destruída por incêndios, é de 43.753 km², durante o ano de 2019,

no mesmo período, em 2018, foram queimados 17.553 km², o que representa de forma gradual um aumento de quase 150% em 2019. Os números assustam e causam extrema preocupação para a sociedade brasileira e demais países do globo, já que o Brasil é recordista mundial em relação aos desmatamentos intencionais de florestas (INPE, 2019, *on-line*).

O executivo federal negou a gravidade das queimadas da floresta amazônica ao: i) tentar desacreditar os dados estatísticos sobre destruição da mata, desmerecendo o conhecimento técnico e científico dos emissores das informações; ii) Paralisar a cobrança de multas pelo Ibama; iii) congelar o Fundo Amazônia sob falsos argumentos; iv) Reduzir a liberdade nas operações de órgãos de fiscalização e licenciamento, como Ibama e ICM-Bio; v) trocar o comando de órgãos ambientais, quando funcionários públicos denunciam a dificuldades atravessadas nesta gestão governamental; vi) enviar de propostas ao Congresso com intuito de legalizar a grilagem em terras indígenas ou flexibilizar legislação ambiental; vii) reduzir verbas orçamentárias, bem como, não utilização das verbas destinadas a execução de fiscalização e as políticas ambientais (OBSERVATORIO DO CLIMA,

1 SILVA, William Tayt-Son da. Bacharel em Direito pelo Unifeso.

2 MENDONÇA, Débora Lubrano de. Docente do Curso de Direito do Unifeso, Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela UCAM, advogada consultiva.

2020, *on-line*).

Em 2020, o ministro do Meio Ambiente polemizou ao defender “passar ‘a boiada’ e ‘mudar’ regras enquanto atenção da mídia está voltada para a Covid-19” em reunião ministerial, gravada e divulgada na mídia (G1, 2020, *on-line*). Ou seja, foi proposto utilizar um momento de uma crise sanitária sem precedes para flexibilizar a legislação ambiental vigente sem grandes alardes.

Em abril de 2021, ativistas e artistas denunciaram as ações contra a Amazônia e solicitaram a exoneração do ministro do Meio Ambiente do cargo que acumulava investigações sobre um suposto enriquecimento ilícito (sob acusação de tráfico de influência e advocacia administrativa) e envolvimento em esquemas de facilitação ao contrabando de madeira ao exterior (ROCHA, 2021, *on-line*).

Apesar de ações contrárias a políticas de preservação do meio ambiente, o Brasil realizou discurso na Cúpula Internacional do Clima e prometeu antecipar em 10 (dez) anos, as metas do Acordo de Paris, bem como aparelhar os órgãos de fiscalização, dobrando o orçamento público nesta área. Um dia após o discurso, a presidência da república aprovou o orçamento anual, reduzindo a verba em 24%, em relação ao ano anterior, que representa um corte no montante de R\$ 2 bilhões para o Ministério do Meio Ambiente e agências que supervisiona (REUTERS, 2021, *on-line*). Este corte afeta principalmente a promessa de fortalecer o número de ações fiscalizatórias na Amazônia.

Desde 2019, diversos países têm se posicionado contrários ao desmatamento da região Amazônica, na tentativa de pressionar o Brasil quanto a necessidade de cessar as queimadas irregulares. A pressão internacional não surtiu os efeitos desejados, assim, alguns destes países têm realizado sanções comerciais aos produtos brasileiros.

A presente pesquisa visa apresentar os acordos internacionais em âmbito internacional e descrever o sistema de normas existente no Brasil, tendo por objetivo principal, identificar as possíveis sanções internacionais ao Estado brasileiro pela devastação de área

verde.

1 TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE A AMAZONIA

O fogo normalmente é utilizado para limpar o terreno depois do desmatamento, visando o uso do solo e o preparo de terra para grandes plantações (como a de trigo, soja, arroz, algodão e frutas), entretanto, é comum que se alastre, ocasionando incêndios em locais diversos do pretendido (NEPSTAD *et al.*, 1999 *apud* SILVERIO *et al.*, 2019, p.1). Outra prática é a degradação de grandes perímetros para abertura de campos de pastagem, para criação de gado de corte.

Também ocorrem queimadas praticadas de forma dolosa, fenômenos naturais como a seca (comum no período de junho a novembro, ocasionando a diminuição das chuvas), podem piorar a situação (já que facilitam o aumento das chamas) e dar início a um incêndio de grandes proporções. Desta forma, grande quantidade de focos de incêndio, são detectados pelos satélites do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) todos os anos (SILVERIO *et al.*, 2019, p.1).

O Brasil foi bastante criticado por não controlar a quantidade de queimadas na Amazônia, ou seja, pelo descumprimento do dever de cuidado com meio ambiente. As críticas são crescentes, por ser conhecida mundialmente como “o pulmão do mundo”, o desmatamento causa preocupações de âmbito internacional.

O Brasil é signatário de Tratados Internacionais relacionados a preservação do meio ambiente, sendo internalizados ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio de decretos. É necessário aprofundar o conhecimento nos tratados internacionais de proteção ao meio ambiente, nos quais o Brasil é signatário e que possuem metas para os próximos anos.

1.1 TRATADO DE COOPERAÇÃO AMAZONICA (TCA)

O primeiro tratado a ser estudado é o Tratado de Cooperação Amazônica (TCA), assinado em 3 de julho de 1978 por Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela, tendo como objetivo

o crescimento da Bacia Amazônica para um desenvolvimento sustentável e equilíbrio ambiental. Neste tratado não são previstas obrigações e coerções, sendo este uma espécie de procedimento e uma base de princípios, tendo importância para o direito ambiental por dispor direitos e obrigações dos signatários e para suprir a falta de costumes internacionais com o meio ambiente (FREIRE *et al.*, 2006, p. 14-15).

O TCA possui, em seus artigos, temas como a cooperação entre as partes e cita a responsabilidade dos países sobre Amazônia, entretanto, não adotam obrigações específicas para cada país. O artigo 1º indica que as partes signatárias devem se esforçar para prover um desenvolvimento harmônico nos territórios da Amazônia, visando melhores resultados na conservação do meio ambiente. Já o artigo 25 informa a necessidade de manter a troca de informações, bem como, a colaboração entre os países e os órgãos de cooperação latino-americanos, com o objetivo de proteção da Amazônia.

O artigo 11 ainda indica que o TCA tem por propósito apresentar o emprego dos recursos humanos e naturais de seus territórios originários, no sentido de prover a realização de estudos e a adoção de medidas conjuntas entre seus signatários. Entretanto, não há mecanismos de cobrança em situações de descumprimento do Tratado ou caso sejam verificados que os países signatários tenham atitudes contrárias aos objetivos estipulados no acordo.

A Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA) é uma associação internacional que possui o intuito de implementar medidas de desenvolvimento sustentável da Região Amazônica. A organização estabelece metas e projetos entre os signatários, busca pelo financiamento entre os países membros e agências internacionais. Tem por objetivo a criação de oportunidades econômicas para a região, desenvolvendo novos métodos de administrar os recursos naturais e o meio ambiente (FREIRE *et al.*, 2006, p. 14-18).

1.2 CONVENÇÃO-QUADRO DA ONU SOBRE MUDANÇAS CLIMATICAS

Em 1990, o Painel intergovernamental sobre mudanças climáticas (IPCC), criado pela então Organização Meteorológica Mundial e PNUMA, emitiu seu primeiro relatório de avaliação, no qual afirmava a ocorrência do efeito estufa. Tal estudo direcionou os países a realizarem um novo tratado.

Em 9 de maio de 1992, foi criada a Convenção-Quadro da ONU sobre Mudança do Clima. Assinada durante a Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), no Rio de Janeiro - Brasil, em 4 de junho de 1992. A Convenção entrou em vigor no ano de 1994, tendo 186 países signatários (incluindo os da Comunidade Europeia). Possui por objetivo harmonizar e reduzir as concentrações atmosféricas dos gases de efeito estufa.

A Convenção-Quadro visa medidas efetivas para a redução nas emissões dos gases de efeito estufa, dos quais o dióxido de carbono (CO₂), o metano (CH₄) e o óxido nitroso (N₂O). A concentração de gases de efeito estufa é de menos de 0,001% da atmosfera, que é composta de oxigênio (21%) e nitrogênio (78%), importantes para manter o calor no planeta. Biato (2005, p.8) afirma que as elevadas taxas de emissão de carbono gerariam um aquecimento da ordem de 1,5 a 4,5 graus centígrados nos próximos 100 (cem) anos. O aquecimento global acarretaria em alterações significativas nos ciclos de chuva e vento, como também um aumento no nível do mar.

A principal finalidade da Convenção é pressionar os países membros a reduzir as emissões, principalmente as grandes potências econômicas, por possuírem grandes complexos industriais e, por consequência, poluírem em maior escala. No entanto, a Convenção não calculou de forma rigorosa os níveis de emissões a serem alcançados, mas recomendou que esses níveis deveriam ser alcançados em um período de tempo que deixasse os ecossistemas se acostumarem naturalmente às mudanças climáticas, de maneira para não decorrer ameaça à produção de alimentos e ao desenvolvimento econômico sustentável

(BIATO, 2005, p.7-8).

Em abril de 2021, o governo americano organizou uma cúpula de líderes sobre o clima com o principal objetivo de debater sobre assuntos relacionados ao combate às mudanças climáticas e aumentar os compromissos firmados no Acordo de Paris. Nessa reunião, Joe Biden convidou 40 (quarenta) chefes de Estado e de Governo, incluindo o presidente brasileiro, além de representantes da ONU (G1, 2021, *on-line*).

Durante o discurso do Brasil, o presidente prometeu aplicar medidas que reduzam as emissões de gases e pediu justa renumeração por serviços ambientais, acabar com desmatamento até 2030 onde reduzirá 50% de emissões e a neutralidade climática reduzida de 2060 para 2050, como tinha prometido no acordo de Paris. Além disso, prometeu fortalecimento dos órgãos ambientais, duplicando recursos para ações de fiscalização e pedido de ajuda financeira de países e empresas para o combate ao desmatamento.

Contudo, as promessas do presidente brasileiro foram criticadas por políticos e, principalmente, por especialistas, uma vez que Bolsonaro assume posição antagônica ao reduzir o poder de órgãos fiscalizadores (impossibilitando a aplicação de multas e demais punições por crimes ambientais) e permitir projetos de mineração em terras indígenas (BBC, 2021, *on-line*).

Em novembro de 2021, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas, COP26, em Glasgow, na Escócia com a participação de vários chefes de estado, porém sem a participação do presidente brasileiro. O país foi representado pelo ministro do Meio Ambiente, que apresentou uma nova meta de redução de emissões de gases do efeito estufa (MODELLI, 2021, *on-line*).

No discurso o Ministro anunciou uma nova meta climática com o objetivo de reduzir as emissões de carbono já para 2030, visando alcançar a neutralidade de carbono até 2050. Entretanto, uma das críticas realizadas ao discurso, foi que o referido ministro apresentou apenas as porcentagens a serem alcançadas e não os valores reais de redução nas emissões dos gases

(MODELLI, 2021, *on-line*).

1.3 ACORDO DE PARIS

O Acordo de Paris, substituto ao protocolo de Kyoto³, é um tratado no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (UNFCCC). Foi negociado durante a 21ª Conferência da UNFCCC e aprovado em 12 de dezembro de 2015. Em vigor desde 4 de novembro de 2016, foi confirmado por 197 países. Possui planos de redução de emissão de CO₂, a partir do ano de 2020.

Inicialmente, os Estados Unidos não confirmaram o acordo, visto seu panorama político à época. Em 2016, o presidente Donald Trump alegava possuir entendimento distinto do seu antecessor quanto as questões climáticas, como também argumentava que as medidas necessárias a redução de gases (relacionados ao efeito estufa) acarretaria em redução de postos de trabalho⁴ (VITAL, 2018, p. 6-7). Os objetivos do acordo estão enumerados no artigo 2º, nomeado “O Reforço da Implementação”, conforme é possível verificar, a seguir:

- a) Manter o aumento da temperatura média global abaixo dos 2°C acima dos níveis pré-industriais e buscar esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5°C acima dos níveis pré-industriais, reduzindo os riscos e impactos das mudanças climáticas;
- b) através dos impactos negativos, buscar um clima normal com um desenvolvimento de baixa emissão de gases de efeito estufa, para que não ameace a produção de alimentos;
- c) promover fluxos financeiros consistentes, com um caminho de baixas emissões de gases de efeito estufa e de desenvolvimento resiliente ao clima (ONU, 2015,

3 O Protocolo de Kyoto é um acordo internacional entre 55 países, redigido e assinado em Kyoto (Japão) no ano de 1997. O acordo internacional tem por objeto reduzir a emissão de gases causadores do efeito estufa, para tanto, criou diretrizes para amenizar o impacto dos problemas ambientais (dentre eles o aquecimento global). Segundo o documento, as nações se comprometeram a reduzir a emissão de gases (CO₂ principalmente) em 5,2% (em relação aos dados de 1990).

4 Em 19 de fevereiro de 2021, os Estados Unidos retornaram oficialmente ao Acordo de Paris. O retorno aconteceu um mês após a posse do novo presidente, Joe Biden.

p. 26-27).

O tratado solicita um esforço coletivo, compreendendo que as mudanças climáticas caracterizam uma ameaça para a humanidade e para o planeta, ou seja, todos os países devem buscar uma solução internacional eficaz, com o objetivo de agilizar a redução das emissões globais de gases. Entendendo que as mudanças climáticas são a grande preocupação mundial, devem promover ações mais abrangentes, principalmente no que diz respeito aos direitos humanos, direito à saúde, direitos dos povos indígenas e comunidades.

O acordo também traz importantes atribuições aos países desenvolvidos, que devem auxiliar os países menos desenvolvidos, no que tange aos efeitos desfavoráveis da mudança do clima, compreendendo suporte quanto à necessidade financeira e tecnológica (VITAL, 2018, p. 6-8).

Cada país, por meio da Contribuição Nacionalmente Determinada (NDC, na sigla em inglês), apresentou sua colaboração na redução de emissões dos gases de efeito estufa, no que estaria dentro das possibilidades de cada governo, com base em seus cenários social e econômico. No Brasil, o senado federal aprovou a assinatura do acordo no dia 22 de abril de 2016 e foi aprovado pela presidência, em 12 de setembro no mesmo ano. Por fim, foi promulgado em junho de 2017.

O Brasil apresentou suas metas (NDC) à UNFCCC em 27 de setembro de 2015, afirmando que a aplicação de políticas e meios em prol das mudanças climáticas são essenciais para populações, ecossistema, infraestrutura e da manutenção de serviços ambientais. A NDC brasileira é de tamanho considerável, abrangendo a preocupação com as mudanças climáticas, como também atenção aos indígenas, quilombolas e se compromete com a redução de gases (CO₂, metano, óxido nitroso, perfluorcarbonetos e hidrofluorcarbonetos).

O NDC Brasileira é apoiada em seis normas, a saber: i) Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei 12.187, de 29 de dezembro de 2009); ii) Código Florestal (Lei 12.651, de 25 de maio de 2012); iii) Sistema

Nacional de Unidades de Conservação (Lei 9.985, de 18 de julho de 2000); iv) Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010); v) Plano Setorial de Mitigação e de Adaptação às Mudanças Climáticas para a Consolidação de uma Economia de Baixa Emissão de Carbono na Agricultura; vi) Plano Setorial de Mitigação e de Adaptação às Mudanças Climáticas para a Consolidação de uma Economia de Baixa Emissão de Carbono (Plano ABC), presente no Decreto 7.390, de 9 de dezembro de 2010.

O Brasil então assumiu o compromisso de reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 37% (em comparação ao nível de emissão de 2005) até o ano de 2025. A meta geral (soma de todas as nações) é reduzir as emissões de gases poluentes em 43% em 2030 (VITAL, 2018, p. 9-12). Alguns pontos são importantes para que o Brasil consiga atingir as metas: i) No ramo florestal e da mudança do uso da terra, a existência de código florestal nos três âmbitos de governo (federal, estadual e municipal); ii) Normas jurídicas e políticas públicas mais eficientes a fim de alcançar o desmatamento ilegal zero até 2030; iii) Equilibrar as emissões de gases do efeito estufa naturais da supressão legal da vegetação até 2030; iv) Recuperar e reflorestar milhões de hectares de florestas até 2030 (BRASIL, 2016, *on-line*).

Na contramão do previsto no Acordo de Paris, verifica-se que o Brasil tem reduzido suas áreas de preservação obrigatória. O Código Florestal de 1965 previa a manutenção de Reservas Legais e Áreas de Preservação Permanente (APP) na ordem de 50 milhões de hectares. O novo Código Florestal (2012) reduziu a obrigação para um total de 22 milhões de hectares, destes 10 milhões podem ser realizados pelo mecanismo de compensação. Assim, há a responsabilidade preservação de apenas 12 milhões dos 50 milhões previstos no diploma anterior (SOARES FILHO, 2014 *apud* VITAL, 2018, p.13-14).

Além disso, no momento da realização do Cadastro Ambiental Rural (CAR) e dos Programas de Regularização Ambiental (PRA) foi implementado a recuperação da ve-

getação nativa dos 12 milhões hectares previstos no NDC. Contudo, burocracias e questões políticas acarretam uma demora excessiva ao processo de regularização das obrigações previstas, além de anistiar muitos produtores (VITAL, 2018, p.14).

É importante notar que o Presidente do Brasil Jair Bolsonaro previa, em seu plano de governo, a intenção de sair do Acordo de Paris, seguindo os passos de Donald Trump, presidente dos EUA (no período de jan. 2017 - jan. 2021). O presidente brasileiro chegou a afirmar que os “objetivos [do acordo] afetam a soberania e a produtividade nacional”, no mesmo momento, informou que o Brasil poderia não cumprir as metas até 2030. O presidente da França, Emmanuel Macron, sinalizou que a saída do Brasil do tratado poderia acarretar em problemas econômicos, tendo em vista a possibilidade de fragilizar as relações comerciais importantes para o país (ANGELO, 2018, *on-line*).

2 SISNAMA – SISTEMA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (LEI Nº 6938/81)

O Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) criado em 1973 pela Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA), é formado por conjuntos de órgãos e instituições do poder público (União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e Fundações instituídas pelo Poder Público) encarregadas pela proteção do meio ambiente. Constitui-se assim, uma estrutura é política-administrativa, conforme disposto no art. 6º da lei nº 6.938/1981.

A estrutura de seus órgãos são: I) Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) tem poder de decisão, aplicação de normas e tem sua formação baseado em critérios geopolíticos, critérios institucionais e sociopolíticos; II) Ministério do Meio Ambiente tem como objetivo estruturar e verificar a política nacional fixada para o meio ambiente; III) Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA) possui como objetivo principal a proteção, conservação e uso sustentável dos recursos naturais.

A Constituição de 1988 recebeu a Lei

nº 6.938/1981, inclusive o federalismo cooperativo adotado pelo estado brasileiro, deveriam se responsabilizar sobre questões ambientais. O art. 23, da Constituição Federal esclarece que é competência da União, dos Estados, dos Distritos Federais e dos Municípios, preservar o meio ambiente, de acordo com o inciso VI, e preservar as florestas como indica o inciso VII (MILARÉ, 2013, p. 638-640; 643-644).

A Lei nº 6938 de 31 de agosto de 1981, tem como fundamento a conservação do meio ambiente e o crescimento da economia, tornou-se a primeira norma legal federal em defesa ambiental e importante para atividade econômica como esclarece no seu artigo 2º. Alguns dispositivos da Lei nº 6.938/88 são essenciais para o direito ambiental como, por exemplo, a Avaliação Ambiental Estratégica e Zoneamento Econômico Ecológico, que tem como propósito a verificação e análise de consequências ambientais resultantes de atividades que são prejudiciais do meio ambiente (ANTUNES, 2017, p.13).

Assim sendo, a finalidade da Política Nacional do Meio Ambiente está caracterizada em três pilares: preservação, melhoramento e recuperação do meio ambiente. Preservar é permanecer no estado natural dos recursos naturais, evitando a interferência dos seres humanos. Melhorar é implementar aperfeiçoamentos com o intuito de aumentar a qualidade ambiental, garantir a manutenção de espécies animais, vegetais e dos outros recursos ambientais, por meio da ação humana. Recuperar tem o objetivo retornar uma área destruída para as características ambientais anteriores. Este último é a ação mais difícil, em alguns casos é impossível dada a destruição do ecossistema (MENDES, 2016, *on-line*).

A Lei nº 6938, de 31 de agosto de 1981, em seu art. 4º, informa que a Política Nacional do Meio Ambiente possui como objetivos: I) a harmonia do desenvolvimento econômico-social com o cuidado da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico; II) áreas prioritárias da ação do governo referente a qualidade e ao equilíbrio ecológico é do interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos municípios.

Os meios da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), estão no art. 9º da lei nº 6.938/81. São procedimento utilizados pela administração pública para o cumprimento dos objetivos da política nacional, através de Resoluções do CONAMA. Trazem consigo padrões de qualidade, zoneamento ambiental, avaliação de impacto ambiental, estudo e relatório de impacto ambiental, licenciamento ambiental e a auditoria ambiental (MENDES, 2016, *on-line*).

2.1 RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

A legislação infraconstitucional brasileira, em seu diploma civil (artigo 927, CC/2002) traz a obrigação de reparação: “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”. A citada previsão converge com o previsto na Política Nacional do Meio Ambiente.

O art. 14, § 1º da lei 6.938/81 é claro, ao afirmar que o poluidor é obrigado a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União (MPU) e dos Estados (MPes) possuem a legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. Nesse caso, a norma aprova a responsabilidade pelo risco da atividade desenvolvida, logo, a reparação do dano ambiental é justa quando a atividade praticada pelo poluidor implicar risco ao meio ambiente. O citado artigo possui dupla intenção, a primeira é fomentar o investimento em segurança do trabalho ou ainda em tecnologia (a fim de evitar acidentes ambientais) e a outra é, ocorrendo o dano, que este não permaneça impune.

A perspectiva de responsabilização possui um cálculo, realizado previamente ao pedido de licença, no qual, o agente verifica se é válido e lucrativo assumir determinado risco para a prática determinada atividade potencialmente poluente. Outro ponto relevante é a necessidade de averiguação com relação a liberação de determinada atividade (autoriza-

ção por parte do Estado), segundo a legislação vigente não é permitido autorizar lesão ou agressão ao meio ambiente. O Estado também pode ser responsabilizado quando autoriza atividade potencialmente poluente e não cumpre o dever de fiscalização (SOLA *et al.*, 2006, p. 13-15).

2.2 FISCALIZAÇÃO

A fiscalização ambiental tem uma função essencial para proteção do meio ambiente, porque através delas que danos ambientais são evitados e reprimidos, entretanto, a realidade verificada é a dificuldade na execução destas atividades. Para entender melhor como funciona, é importante observar a Lei nº 10.410/02, que enumera as responsabilidades atribuídas a atividade fiscalizatória:

- (i) regulação, controle, fiscalização, licenciamento e auditoria ambiental;
- (ii) monitoramento ambiental;
- (iii) gestão, proteção e controle da qualidade ambiental;
- (iv) ordenamento dos recursos florestais e pesqueiros;
- (v) conservação dos ecossistemas e das espécies neles inseridas, incluindo seu manejo e proteção; e
- (vi) estímulo e difusão de tecnologias, informação e educação ambientais, conforme o artigo 4º (ANTUNES, 2017, p.141)

A fiscalização realizada pelo IBAMA é controlada pelas normas do Regulamento Interno da Fiscalização (RIF), a existência de sanções é importante para o exercício de fiscalização ambiental e essencial para o Estado Democrático de Direito, contudo, a maior parte dos Estados e dos Municípios não tem regulamentos internos de fiscalização, realizando assim uma aplicação da legislação de forma aleatória e, muitas vezes, até arbitrária (ANTUNES, 2017, p.142-145).

O Ibama pode ser acionado pelo Ministério Público, pela justiça ou por meio de realização de denúncias, na ocorrência de infrações ambientais independentemente do grau de impacto ambiental. A repercussão disso é que, dada a lógica da descentralização, a instituição utiliza sua capacidade instalada em ações que deveriam ser tratadas pelos demais entes federativos e deixa de praticar aquilo que

é de sua competência primária. Este problema afeta o pleno exercício institucional e faz com que os entes federativos não invistam em suas instituições em nível estadual ou municipal.

De outro modo, caso não ocorra a punição de infrações ambientais, forma-se um entendimento social de baixa eficácia da administração pública em proteger o meio ambiente, o que pode induzir a mais infrações. O ideal seria que todos os entes federativos estivessem preparados para atender as demandas sociais de seus respectivos territórios (SCHMITT; SCARDUA, 2015, *on-line*).

Atualmente, as ações principais de fiscalização ambiental do Ibama permanecem combatendo o desmatamento ilegal da Amazônia. Existem outras áreas que são objeto de autarquia federal, como combate aos ilícitos contra pesca, fauna, acesso ao patrimônio genéticos, ilícitos transnacionais e os relacionados ao licenciamento ambiental.

O poder de polícia é realizado por ações de fiscalização, ações preventivas, monitoramento, de inspeção de advertência, punições e corretivas. Assim sendo, a fiscalização ambiental se caracteriza pela aplicação de autos de infração e/ou sanções, por parte da autoridade (que detêm o poder coercitivo), pelo não cumprimento de regras ou de legislação infraconstitucional (SCHMITT; SCARDUA, 2015, *on-line*).

2.3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ART. 225 – DIREITO AO MEIO AMBIENTE

O artigo 225, da Constituição Federal de 1988 garante *status* constitucional ao direito de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantido a preservação do bem comum e da coletividade para as presentes e futuras gerações. No seu § 1º menciona as medidas de preservação e fiscalização atribuídas ao Poder Público, no intuito de impedir práticas que põem em risco áreas ecológicas, evitar a extinção de espécies ou ainda, criminalizar a crueldade contra animais. Ainda determina que atividades potencialmente poluentes e/ou que extraem recursos minerais, sejam obrigadas a recuperar o meio ambiente

prejudicado como explica o §2º do citado artigo (VALLIATT, 2004, *on-line*).

Importante também é a aplicação de punições por danos ao meio ambiente de acordo com artigo 225 no § 3º, da Constituição Federal, sendo garantido a punição nas três esferas (civil, penal e administrativa). O citado dispositivo ainda impõe o dever de reparar, de acordo com as proporções do dano causado, ou seja, a condenação deve ser calculada mediante os prejuízos ao meio ambiente (ANTUNES, 2017, p. 497; GONÇALVES, 1988, p. 176).

3 DESMATAMENTO E QUEIMADAS

O desmatamento da região amazônica não é uma novidade no Brasil, entre 1990 e 2010, foram derrubados 55 milhões de hectares de floresta, somente na Amazônia foram derrubados, 780 mil km² de vegetação nativa foram destruídos, uma área maior do que duas vezes o território da Alemanha (IMAZON, 2020, *on-line*).

Entre agosto de 2019 e julho de 2020, de acordo com os dados do Prodes, foi verificado um aumento de 9,5% no desmatamento do bioma, o maior desde o ano de 2008, equivalente a 1,58 milhão de campos de futebol. Dentre os estados que mais desmataram a Amazônia o Pará ocupa a primeira posição, sendo seguido por Mato Grosso, Amazonas e Rondônia (GREENPEACE, 2020, *on-line*).

No período entre agosto de 2019 e julho de 2020 (período de 12 meses), mais de 9,2 mil quilômetros quadrados de florestas derrubadas, ou seja, uma área equivalente a seis vezes o tamanho do município de São Paulo (ESCOBAR, 2020, *on-line*). Este número superou o período anterior (entre agosto de 2018 e julho de 2019), que havia registrado 10.129 km² de área degradada. A situação representa um aumento de 9,5%, de acordo com o satélite Prodes⁵.

Dessa forma, o ano de 2020 foi encerrado com o maior número de queimadas desde

5 O INPE realiza o acompanhamento das queimadas no Brasil. A maior taxa foi registrada no ano de 1995, momento que 29.059 km² de floresta foram devastados. Desde então ocorreram algumas quedas nos números de queimadas, alcançado o patamar mínimo de 4,571km², no ano de 2012. Segundo dados fornecidos pelo Prodes, o estado do Pará foi responsável por desmatar 47% do total desta área, seguidos pelos estados de Mato Grosso, Amazonas e Rondônia (PONTES, 2021, *on-line*).

2010, de acordo com os dados publicados pelo INPE (Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais). Verificaram-se 222.798 focos de incêndio, 12% a mais que os 197.632 registrados em 2019. Destaque foi para o Pantanal, com 22.119 focos, 120% a mais do que em 2019, foi maior número entre os biomas, como a Amazônia por exemplo, que teve grandes números também (MADEIRO, 2021, *on-line*).

Em janeiro e fevereiro de 2021, ocorreu uma redução momentânea nas queimadas, fato que pode estar relacionada à época do ano, no qual há maior ocorrência de chuvas na localidade. No mês de março, os números voltaram a crescer, o INPE indicou 367,61 km² de desmatamento, um grande aumento comparado ao ano de 2020, no qual 326,49 km² foram destruídos (WATANABRE, 2021, *on-line*).

O monitoramento do desmatamento da Amazônia, é função do INPE, vinculado ao Ministério da Ciência e Tecnologia desde 1988. Através de imagens de satélites (que possuem 95% de precisão), é possível detectar as queimadas e desmatamento nas florestas da Amazônia. São dois sistemas, conhecidos como ‘Deter’ e o ‘Prodes’, que através dos dados de alertas de desmatamento diários de florestas são reunidos pelo INPE e enviados ao Ministério da Defesa, que analisa as áreas com maior levantamento de alertas (MODELLI, 2020, *on-line*).

O INPE então conta com dois satélites para monitorar e calcular as áreas de desmatamento, o primeiro deles é o Programa de Monitoramento da Floresta Amazônica Brasileira por Satélite (Prodes), criado em 1988 com objetivo de realizar uma contagem anual de perdas de floresta amazônica, ele usa imagens de três satélites, o Landsat-8 (da Nasa), o Sentinel-2 (da União Europeia) e o Cbers-4 (do INPE, em parceria com a China).

Já o sistema de Detecção de Desmatamento em Tempo Real (Deter), criado em 2004, está a bordo do satélite Cbers-4. O Deter acompanha em tempo real o desmatamento e a destruição nas florestas da Amazônia, relatando diariamente alertas que mostram áreas desmatadas e áreas de destruição para fins de exploração de madeira, mineração e queimadas. Os dois sistemas usam

imagens de satélites internacionais que observam a terra (MODELLI, 2020, *on-line*).

Entre as principais causas de desmatamento da Amazônia, está relacionado a: i) falta de punição a crimes ambientais, ii) relaxamento de políticas ambientais; iii) atividades potencialmente poluentes, como pecuária e agricultura; iv) extração de madeiras; v) mineração; vi) invasão de grileiros em terras públicas e; vii) realização de obras para infraestrutura (LEGNAIOLI, 2019, *on-line*).

A pecuária e agricultura são os maiores causadores do desmatamento, apesar da importância para economia, já que sua produção é destinada ao consumo humano, seja ele nacional e/ou para exportação (FRANCISCO, 2020, *on-line*). Segundo dados de Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possui mais de 214 milhões de bovinos, o que significa mais de um animal por cidadão do país (aprox. 212 milhões). Sendo assim, a pecuária ocupa 80% da área desmatada da região (TOOGE, 2020, *on-line*).

O fogo é utilizado para a abertura de pastagem, que começa a derrubar a mata através de tratores e correntes, passando pela secagem e pelas chamas, sendo finalizado pelo plantio de capim para alimentar os animais (MAGALHÃES *et al.*, 2019, *on-line*). Outro problema está relacionado a compactação do solo gerada pelo deslocamento dos rebanhos, o que dificulta a entrada da água e aumenta o escoamento superficial e gera assim erosões. Além disso, estes animais liberam gás metano, o que acaba contribui para o aquecimento global (FRANCISCO, 2020, *on-line*).

Em abril de 2021, o governo do Pará apresentou o projeto ‘Selo Verde’⁶ como um meio para buscar uma solução para identificar produtores que sujam a cadeia do gado na região por não respeitarem a lei. Sendo assim, o produtor rural e compradores poderão rastrear os dados da cadeia para saber a origem dos animais, ou seja, através

6 Para o uso dessa plataforma, não é necessário realizar cadastrado, a pessoa interessada coloca o número do Cadastro Ambiental Rural (CAR) do produtor de quem irá comprar o gado e terá todas as informações sobre os impactos socioambientais daquela fazenda (GASPARINI, 2021, *on-line*).

do Selo Verde, é possível saber se um produtor está revendendo gado de propriedades que praticam desmatamento ilegal (GASPARINI, 2021, *on-line*).

Já no âmbito da agricultura, o Brasil é uma das maiores exportadoras do mundo, de diversos *commodities* como, por exemplo, a cana-de-açúcar, milho, café, arroz e a soja (OLIVEIRA, 2021, *on-line*). O agronegócio é o conjunto que envolve essas atividades, os cinco grandes exportadores, em 2020, foram: i) a soja⁷ (US\$ 35,24 bilhões e 35%), ii) carnes (US\$ 17,16 bilhões e 17%), iii) produtos florestais (US\$ 11,41 bilhões e 11,3%), iv) complexo sucroalcooleiro (US\$ 9,99 bilhões e 9,9%) e v) cereais, farinhas e preparações (US\$ 6,89 bilhões e 6,8%). A soja é o principal produto do agronegócio para exportação com US\$ 35,24 bilhões, o que representa a exportação de 101,04 milhões de toneladas, o setor correspondeu a 81,1% do valor embarcado pelo agronegócio (NASCIMENTO, 2021, *on-line*).

Em 2006⁸, entrou em vigor a Moratória da Soja realizada pela Associação Brasileira das Indústrias de Óleos Vegetais (ABIOVE) e a Associação Nacional dos Exportadores de Cereais (ANEC) com a participação da sociedade civil e do governo. O acordo presume a proibição de comercialização e financiamento da soja produzida em áreas desmatada na Amazônia de forma ilegal. Ela vem sendo renovada desde então e tem o principal obje-

tivo de preservar a floresta amazônica e o desenvolvimento econômico através de práticas sustentáveis (TALARICO, 2020, *on-line*).

A maioria das florestas da Amazônia são terras públicas, mais de 60% da área total, ou seja, pertence a União e dos estados. Como é comum a falta de fiscalização, acabam sendo invadidas por grileiros, que expulsam ou até mesmo assassinando as populações locais, roubam madeira, queimam as florestas, forjam ocupação para pecuária e falsificam documentos de posse e, depois, ganham milhões com a venda dessas áreas. São verdadeiras quadrilhas que expulsam empresários que querem investir de forma honesta nessas terras (MANSUR, 2020, *on-line*).

Acabar com a grilagem é um grande desafio e, para isso, existem alguns métodos. O primeiro passo é não anistiar, mas sim punir os responsáveis pelos crimes ambientais. Para isso é necessário a atuação e uso de força tarefa Amazônia, do Ministério Público Federal. Sua atuação (desde 2018) registrou, pelo menos, R\$ 580 milhões em prejuízos documentados e mais de 80 pessoas indiciadas por crimes ambientais (MANSUR, 2020, *on-line*).

Projetos de leis relacionados a questão fundiária podem incentivar o roubo de terras públicas, constituindo um verdadeiro estímulo para invasões no território. As alterações propostas no Projeto de Lei nº 2.633/2020 e no Projeto de Lei nº 510/2021 podem incentivar a grilagem, pois possuem brechas que podem permitir a titulação de terras públicas invadidas (GLOBO RURAL, 2021, *on-line*).

Outro aspecto é a extração de madeira ilegal, umas das atividades mais graves, pois extermina fauna e flora, criando ‘clarões’ dentro da floresta. No mês de dezembro de 2020, a Polícia Federal realizou uma operação histórica chamada de *Handroanthus GLO*, com objetivo de investigar madeireiros. Com o apoio do Ministério Público, conseguiram apreender mais de 131 mil m³ de madeira em tora, na divisa dos estados de Pará e do Amazonas, equivalente a 6.243 caminhões lotados de carga. A investigação começou a partir de uma balsa retida com documentos irregular no Rio Marmuru, em novembro de 2020, que possuía cer-

7 Em média 79% da soja do mundo se dirige a produção de ração animal, principalmente para gados, pois é rica em proteínas o que fortalece os animais (WWF BRASIL, 2020, *on-line*).

8 Nos anos anteriores (2004 e 2005) a floresta tropical havia sido destruída em um recorde histórico, decorrente do aumento da demanda por terras para cultivo de soja e criação de gado. Sendo assim, para o combate e diminuição do desmatamento, foi criada a Moratória da Soja, coordenado pelo Grupo de Trabalho da Soja (GTS), que reúne membros do setor privado e da sociedade civil como a Greenpeace, WWF Brasil, TNC, Imaflo, Ipam e Earth Innovation, além do Banco do Brasil (TALARICO, 2020, *on-line*). As empresas signatárias se comprometeram a não comprar soja de agricultores responsáveis pelo desmatamento da floresta, que usam trabalho escravo ou ameaçam terras indígenas. Os resultados do acordo foram bastante positivos, mas não impediram a continuidade dos desmatamentos.

ca de 2.700 m³ em madeiras nativas do bioma amazônico (BRASIL, 2020, *on-line*).

A polícia federal conseguiu reter mais de 10 balsas e quatro empurradores que trafegaram pelo mesmo rio, com mais de 7.300 m³. Sendo assim, o total apreendido foi de 141 mil m³ de madeira em tora e 608 m³ de madeira serrada entre o Pará e o Amazonas. O valor médio do metro cúbico é de R\$ 388,10, previsto um total de R\$ 55 milhões em madeiras apreendidas (BRASIL, 2020, *on-line*).

A Polícia Federal monitorava a região amazônica por imagens de satélites conseguindo, desse modo, identificar as áreas exploradas, como locais de embarque e desembarque das cargas e também sobrevoos para indicar as coordenadas geográficas exatas das madeiras extraídas (BRASIL, 2020, *on-line*).

Ainda nesse contexto, a Polícia Federal afirma que o material apreendido é produto de desmatamento ilegal, entretanto, o ministro do meio ambiente à época, interveio em prol da liberação da carga. O ministro realizou reunião com os empresários para apresentação de documentos, visando a liberação da carga, entretanto, a Polícia Federal manteve as madeiras apreendidas, para estudar com mais detalhes esses documentos. Mais tarde, foi verificado que os documentos se demonstraram incompletos, gerando assim desconfiança, por parte da polícia federal, no que tange ao cometimento de graves crimes ambientais (G1, 2021, *on-line*).

Em abril de 2021, o superintendente da Polícia Federal do Amazonas, Alexandre Saraiva (informação verbal⁹, 2021, *on-line*) enviou uma notícia-crime para o STF, denunciando o então ministro do meio ambiente. No documento, o delegado aponta indícios de crimes como organização criminosa, crimes no

âmbito da advocacia administrativa e tentativa de prejudicar a investigação. Poucos dias depois do envio ao STF, Saraiva foi afastado.

É necessário lembrar que o Ministro do Meio Ambiente estava pedindo ajuda financeira a diversos países para o combate ao desmatamento da Amazônia. Entretanto, Saraiva afirma que o principal problema brasileiro é falta de foco e não questões financeiras. O secretário executivo do Observatório do Clima, Márcio Astrini concorda e informa que o Brasil possui dinheiro para combater o desmatamento. Existem R\$ 3 bilhões de reais depositados no Fundo Amazônia para ser utilizado e proteger as florestas brasileiras, combatendo crimes ambientais, mas o governo não faz uso da verba destinada a este fim específico (SARAIVA; ASTRINI, 2021, *on-line*).

Em maio de 2021, a Polícia Federal realizou uma operação com o objetivo de investigar o ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, empresários do ramo madeireiro e servidores públicos, incluindo o presidente do Ibama, Eduardo Bim, como suspeitos de exportação ilegal de madeiras para os Estados Unidos e Europa (G1, 2021, *on-line*).

A embaixada americana informou ao delegado da Polícia Federal, Franco Perazzoni, sobre três carregamentos de madeira brasileira apreendidos por falta de documentação obrigatória, que conseguiram ser enviadas para os Estados Unidos, com destino aos portos de Nova Orleans e Seattle. Essas cargas continuam o equivalente a 74 toneladas de madeira de espécies nativas da Amazônia (G1, 2021, *on-line*).

Para conter estes episódios de exportação de madeira ilegal é necessário investimento do governo brasileiro em fiscalização (mão de obra, equipamentos e tecnologia). Também é importante mencionar que brigadistas e aeronaves dos órgãos federais, são essenciais para o combate das queimadas no bioma do Centro-oeste. O Ministério do Meio Ambiente publicou, em 2020, a paralisação de atividades de mais de 1.346 brigadistas e 4 helicópteros usados no combate das queimadas pelo Ibama ao redor do país. Sendo assim, equipamentos, maquinário e operações de combate aos incên-

9 Em entrevista concedida ao canal (da plataforma youtube) *Mynews*, o delegado afirma que o trabalho da polícia foi questionado sem nenhum elemento, a investigação estava em curso desde novembro de 2020, momento no qual foi apreendida a balsa com madeira no Pará. Ainda afirma que controlar o desmatamento ilegal necessita aprimorar processos administrativos de autorização, pois na liberação da atividade e das cargas de madeira ocorrem muitos pontos de corrupção e fraude (SARAIVA, 2021, *on-line*).

dios são fundamentais para a redução de queimadas nas florestas (DIAS *apud* SHALDERS; ALVIM, 2020, *on-line*).

3.1 AS POSSÍVEIS SANÇÕES E PUNIÇÕES INTERNACIONAIS AO ESTADO BRASILEIRO

No âmbito do direito internacional, em regra, o uso de força é proibido para punir, entretanto, em alguns casos específicos, é permitido o uso de outros tipos de recursos para pressionar um Estado a adotar determinada conduta. Esses instrumentos podem ser medidas econômicas, o que pode causar incômodos políticos ou dependendo da gravidade da questão, até rompimento das relações diplomáticas.

Já a utilização de uso da força física ou não aparece como opção na carta da ONU, é mais uma questão de garantia do monopólio da violência à comunidade internacional para proteção de um estado, sendo assim, o uso de força é permitido pela Carta da ONU, somente quando se tratar de medida coletiva.

Existem mecanismos usados pelos Estados e Organizações Internacionais conhecido como contramedidas, que tem como intuito induzir sujeitos do direito internacional à assumirem alguns comportamentos que podem levar a atitudes lícitas ou não. A retorsão e represália são dois instrumentos criados com este intuito, outra expressão, mais conhecida, é a sanção internacional (VARELLA, 2017, p. 508).

A retorsão é conhecida com uma medida de reação não armada contra um ato de Estado, embora seja desagradável, é um meio de revidar de maneira idêntica, podendo ocorrer: o rompimento de relações diplomáticas; expulsão de nacionais daquele Estado que residam ou estão temporariamente; bloqueio de bens desses nacionais; expulsão de nacionais ou a não concessão de vistos. Entretanto, meios econômicos costumam ser mais utilizados, como: a suspensão de relações comerciais, aumento de impostos de importação sobre produtos; redução de investimentos, suspensão de ajuda econômica. Essas medidas têm como objetivo pressionar o Estado a reali-

zar mudanças em suas atitudes.

Já as represálias são mecanismos de pressão contra um estado também, com a finalidade de constranger, pelo uso da força, no intuito de voltar a praticar comportamentos em conformidade com a lei. A reação pode ser armada ou não, porém, para que seja considerada lícita, deve possuir proporcionalidade com a prática que se quer combater. Os requisitos de represália são: “a) Ser dirigida ao Estado responsável pelo ato ilícito; b) Ser proporcional ao dano sofrido e suficiente para conduzir; c) Ser aplicada após a tentativa de negociação com a outra parte” (VARELLA, 2017, p. 509).

Sendo assim, o método mais aceito para solução de uma controvérsia, é a forma mais pacífica possível. Entretanto, uma nação pode utilizar meios coercivos, sem ir ao ataque armado. Exemplos do passado, demonstram que a utilização deste tipo de instrumento era praticada, com frequência, por estados ‘mais poderosos’ perante países ‘mais fracos’ economicamente (ACCIOLY, 2002, p. 463 *apud* MOTTA; MACHADO, 2016, *on-line*). Importante salientar que a utilização de meios coercivos necessita ser submetida ao Conselho de Segurança na ONU, visto que se trata de assuntos relacionados a ameaça ou ruptura da paz internacional. De acordo com o art. 41 da Carta da ONU:

O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões e poderá convidar os membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie e o rompimento das relações diplomáticas.

Posto isso, as contramedidas mais comuns são: a suspensão do direito do voto na Assembleia Geral; solicitação aos membros para ‘desfazer’ relações diplomáticas com Estado punido; embargo à exportação; bloqueio de trocas comerciais; bloqueio marítimos ou

até mesmo aéreos ao envio de mercadorias, permitido somente medicamentos e de bens para fins humanitários (VARELLA, 2017, p. 511).

Para entender melhor, é importante analisar algumas sanções que possuem diversos tipos de aplicação. Conhecida como sanção diplomática, é determinada por meios políticos e diplomáticos, ela acontece quando não é aprovada uma atitude de um determinado estado acarretando em remoção de laços diplomáticos, cancelamentos de visitas governamentais e fechamento de embaixadas. Outra sanção que pode ser aplicada é a desportiva, que tem como objetivo atacar a moral da população do estado afetado. Por exemplo, quando uma equipe esportiva de um país é proibida de participar de eventos esportivos internacionais (SOUZA, 2017, *on-line*).

Já as sanções econômicas, limitam as relações comerciais de outros países com o estado punido. Esse instrumento de sanção pode acontecer na forma de embargo econômico, ou seja, controle de comércio e comercialização, que podem ser: “i) a proibição de importação ou exportação de determinadas mercadorias; ii) a proibição de investimentos no país punido; iii) proibição de prestação de determinados serviços; iv) congelamento de contas bancárias ou outros instrumentos financeiros, como títulos e empréstimos” (SOUZA, 2017, *on-line*). No caso de sanções comerciais, caracterizada no mesmo conjunto de sanções econômicas, porém, ela não funciona como bloqueio das relações de comércio, e sim como aumento de tarifas sobre importação, limitação do volume das importações ou uma ordem de obstáculos administrativos ao comércio. Estes tipos de sanções são aplicados desde o início do século XIX, em 1806, nas guerras napoleônicas.

No que tange ao cenário de queimadas da Amazônia, vários países do mundo sinalizaram possíveis sanções ao estado brasileiro. O Presidente da França Emmanuel Macron anunciou, em junho de 2020, que as negociações com Mercosul, assinada em 2019, estão interrompidas por questões ambientais, como a não realização de metas relacionadas ao Acordo de Paris sobre mudanças climáti-

cas, o combate ao desmatamento e a redução de gases do efeito estufa. Sendo assim, o governo brasileiro tem sido bastante criticado pelos franceses (G1, 2020, *on-line*).

Em junho de 2020 também foi aprovado uma ação contra o Acordo de Livre comércio da União Europeia com Mercosul, aplicado por deputados holandeses, em virtude de problemas relacionados a Amazônia. Esther Ouwehand, líder do Partido dos Animais, que moveu a ação, afirma que é uma vitória para Amazônia e para a agricultura. O partido alega que:

Não há acordos no tratado UE-Mercosul que protejam a Amazônia ou previnam o desmatamento ilegal; os padrões agrícolas nos países do Mercosul são inferiores aos europeus e que o bloco europeu não tem meios de fazer cumprir esses padrões; o tratado pode conduzir a um aumento significativo da concorrência desleal dos agricultores europeus; teriam ocorrido numerosas fraudes envolvendo carne brasileira destinada à exportação para a Europa (G1, 2020, *on-line*).

O jornal francês “Les Echos” afirmou que não sabe exatamente quais serão as próximas ações do governo holandês. É necessário ressaltar que na União Europeia, questões relacionadas a parte econômica do acordo, deverão ser aprovadas pelo Parlamento Europeu, mas devem ser validados pelo poder legislativo de cada país. A parte econômica só entra em vigor, quando obtiver aprovação pelo Parlamento Europeu e pelos países do Mercosul (G1, 2020, *on-line*).

No dia 22 de setembro de 2020, o governo brasileiro divulgou uma nota afirmando que os problemas ambientais podem piorar se o acordo entre Mercosul e a União Europeia não entrar em vigor. Neste contexto, o governo anunciou que se o acordo não prosseguisse, restará caracterizado o desincentivo aos esforços do Brasil para melhorar a legislação ambiental. O acordo do livre comércio entre Mercosul e União Europeia, anunciado em 2019, reúne cerca de 750 milhões de consumidores (GOMES; MAZUI, 2020, *on-line*).

Alguns países, que compõem a UE,

argumentam que a política ambiental do governo Bolsonaro é um grande problema para a ratificação do acordo. A França confirmou que se opõe ao acordo. O governo brasileiro disse que os países precisam conhecer a realidade do país e que o relatório francês apresenta um argumento não baseado em critérios técnicos. A França alega que a parceria acarretará em uma colisão ambiental (GOMES; MAZUI, 2020, *on-line*).

Ainda na nota, os ministérios das Relações Exteriores e da Agricultura afirmam que a tese defendida no relatório francês, se fundamenta na ideia de que, o acordo levará a ampliação das exportações de carne bovina dos países do Mercosul para a Europa, na qual se resultaria em um aumento do desmatamento e das emissões de gases de efeito estufa. Para os ministérios, o governo brasileiro tem capacidade de aumentar a produção de carne, soja e milho juntamente com a diminuição do desmatamento e dá como exemplo, o período de 2004 a 2012.

Em outubro de 2020 foi aprovado o relatório pelo Parlamento Europeu, no qual afirma que o Acordo de Livre Comércio União Europeia e Mercosul não pode ser aprovado nos moldes atuais e reforça a importância do compromisso dos países com o Acordo de Paris para sua validação. Um trecho apresentado por deputados, demonstrava preocupação com cenário da política ambiental do governo brasileiro. Os parlamentos da Áustria e da Holanda já afirmaram a não autorização do acordo na sua forma atual, enquanto a Bélgica, a Irlanda e Luxemburgo não decidiram. Já a França se impõe e apresenta condições para conseguir realizar as negociações (O GLOBO, 2020, *on-line*).

Os problemas não só se agravam perante blocos econômicos ou nações, no final do semestre de 2020 grandes firmas de investimento europeias, informaram a Reuters, a intenção de cancelar os acordos vigentes relacionados a produtos de carne bovina, comerciantes de grãos e até de títulos do Governo no Brasil, se não apresentarem uma solução para diminuir o desmatamento na Amazônia.

Grandes investidores como Nordea,

um dos maiores bancos do norte da Europa com sede na Finlândia e a *Legal & General Investment Management* (LGIM) do reino unido, com mais de US \$ 2 trilhões em ativos, ameaçam parar de investir no Brasil para proteger a Amazônia. O presidente brasileiro, Jair Bolsonaro, ignorou a pressão diplomática sobre a questão e sua assessoria de imprensa não comentou sobre as preocupações dos investidores.

Uma carta foi assinada por 230 investidores institucionais, pedindo ações urgentes para o combate das queimadas na Amazônia. Sendo assim, 7 (sete) grandes firmas de investimento, como a *Storebrand*, *AP7*, *KLP*, *DNB Asset Management*, *Robeco*, *Nordea Asset Management* e *LGIM*, ameaçaram a parar de investir se não houver desenvolvimento no combate aos incêndios das florestas. Essas empresas possuem mais de US \$ 5 bilhões em investimentos vinculados ao Brasil, incluindo *traders* globais de grãos (SPRING, 2020, *on-line*).

Outras grandes firmas de investimento, apresentam preocupações referentes aos frigoríficos brasileiros, analisaram as condições para obter carne bovina de áreas devastadas da Amazônia. A LGIM está pressionando as empresas brasileiras do ramo. Gestão de ativos do Nordea, considerado como um dos maiores bancos do Norte da Europa suspendeu compras de dívidas brasileiras no ano passado, após as queimadas nas florestas, colocando seus 100 milhões de euros em títulos do governo brasileiro em quarentena. Da Costa-Bulthuis, da Robeco, que controla 3 (três) bilhões de euros em ações brasileiras e 5 (cinco) bilhões de euros em dívidas e outros ativos, afirmou que a empresa pode reduzir sua exposição ao Brasil se as queimadas piorarem (SPRING, 2020, *on-line*).

Ainda em setembro de 2020, aconteceu uma assembleia na Organização das Nações Unidas (ONU), com a participação de grandes líderes mundiais, abordando diversos assuntos de repercussão mundial, como por exemplo o Covid-19 e as queimadas no Brasil. O presidente brasileiro Jair Bolsonaro discursou afirmando que o Brasil é vítima de cam-

panha de desinformação sobre a Amazônia e o Pantanal (CALGARO *et al.*, 2020, *on-line*).

O discurso do presidente brasileiro foi bastante polêmico, no que se refere as queimadas, chegou a afirmar que “a floresta amazônica é úmida e que só pega fogo nas bordas”. É importante frisar que a floresta permanece úmida em algumas regiões, mas com o desmatamento e a abertura de ‘entradas’ levaram à perda de algumas partes originais, ou seja, a floresta está mais vulnerável a grandes incêndios.

Outro assunto que o presidente trouxe em seu discurso, foi afirmar que índios e caboclos são responsáveis pelas queimadas. Entretanto, uma nota técnica do IPAM, mostrou que somente 7% dos incêndios, no ano de 2019, aconteceram em terras indígenas¹⁰. Ainda informa que 42% das queimadas da Amazônia ocorrem em terras públicas não destinadas, ou seja, decorrentes de atividades como grilagem (CALGARO *et al.*, 2020, *on-line*).

Vale destacar ainda, que o presidente brasileiro afirmou que o Brasil tem a melhor legislação em questões relacionados ao meio ambiente no mundo inteiro e que respeita a preservação na natureza. Alegou que a riqueza da Amazônia acarreta em motivos para inúmeras críticas na área ambiental (CALGARO *et al.*, 2020, *on-line*). O discurso realizado pelo presidente brasileiro promoveu reações de entidades e de ambientalistas. Em nota, o Observatório do Clima, classificou o discurso como delirante e preocupa investidores internacionais. Destaca ainda que, ao negar a crise ambiental, Bolsonaro pode motivar o desinvestimento e o cancelamento de acordos comerciais (que seriam muito importantes para recuperação da economia, no momento pós pandemia) (G1, 2020, *on-line*).

A Greenpeace também divulgou uma nota criticando o presidente brasileiro, dizendo que envergonha o povo e isola o Brasil do mundo. Ressalta ainda, que o país já foi líder mundial no combate ao desmatamento, mas

¹⁰ Os indígenas e os caboclos fazem roçado numa área equivalente de 20x20 metros, um fogo que não se expande, em geral, áreas voltadas a produzir sua própria subsistência.

desde que o governo (2019-2022) assumiu, segue no caminho negativo. A WWF Brasil, em nota, afirma que Bolsonaro fez várias acusações sem base científica, ao indicar que os incêndios são provocados pelos índios e os caboclos (G1, 2020, *on-line*).

Em abril de 2021, investidores voltaram a pressionar o presidente brasileiro para apresentar uma política eficaz para o combate ao desmatamento da Amazônia. Esses grupos de investidores somam US\$ 7 trilhões com 51 participantes e contou com o apoio de representantes dos bancos Santander e Itaú. Em junho de 2020, esses investidores já haviam enviado uma carta para o governo brasileiro, na qual cobravam uma redução do desmatamento ilegal das florestas brasileira, sob ameaça de retirar seus recursos do Brasil. Ainda se preocupam com Código florestal e pedem fortalecimento e das agências responsáveis pela política ambiental, além da prevenção de incêndios (BRAGA, 2021, *on-line*).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento da presente pesquisa possibilitou entender como as queimadas da Amazônia ocorrem, os principais motivos e interesses que motivam o desmatamento. Como principais responsáveis, os interesses econômicos do agronegócio, se multiplicam em ações para limpar as terras ou expandi-la para suas atividades, ou ainda, a exploração de madeiras ilegais.

Os incêndios, que geralmente ocorrem de modo ilícito, se espalham facilmente causando destruições das florestas, espécies e levando a extinção de animais. Além disso, as queimadas liberam uma grande quantidade de CO₂ para atmosfera trazendo desequilíbrio do efeito estufa ocasionando mudanças climáticas.

O Acordo de Paris é um importante instrumento para garantir a elaboração de planos de redução nas emissões de CO₂, que por meio da cooperação dos países membros, consigam alcançar as metas estabelecidas no acordo.

A presente pesquisa verificou também que a legislação ambiental brasileira,

como a lei nº 6938, o Código Florestal e o artigo 225 da Constituição Federal são leis completas, que trazem em seu corpo normas preventivas e de fiscalização, que buscam reduzir as destruições das florestas. Ocorre que estas não são cumpridas em seu inteiro teor.

Agregado a isso, o corte de verbas e investimentos em órgãos governamentais diminui sensivelmente a possibilidade de fiscalização em uma área tão extensa como a Amazônia. A ausência de preocupação com meio ambiente, por parte política brasileira, é evidente ao verificar que o Brasil possui recursos como o fundo Amazônia e não o utiliza para o combate ao desmatamento. Tal postura permite o afrouxamento das ações fiscalizatórias, facilitando então as queimadas ilegais, a exploração de madeira e as invasões de terras.

Observando a atual situação do Brasil, outros países do globo pressionam o governo brasileiro para apresentarem medidas efetivas no intuito de melhorar os dados sobre desmatamento da Amazônia, caso contrário, informa a aplicação de sanções comerciais ao Brasil. Apesar disso, existem discussões sobre eficácia dessas sanções internacionais, por se tratarem de ações individualizadas, não apresentam resultados maiores. Entretanto, quando de fato aplicadas podem contribuir para grande redução do PIB brasileiro, já que a exportação de produtos agropecuários representa grande parte da economia brasileira.

Então é muito importante essa pressão de países estrangeiros sob o governo brasileiro, para que consigam, através de cúpulas do clima e reuniões da ONU, resolver por meio de diálogos e debates, métodos para redução do desmatamento. Sendo relevante apontar que as sanções comerciais individualizadas (de cada agente externo) afetam a economia do país, mas também reverberam em toda população brasileira.

Ressalta-se ainda, a necessária discussão sobre o desenvolvimento de modelos de negócio sustentáveis, com a reutilização de recursos ambientais. Além do aumento de recursos para investir na fiscalização, não só onde ocorre o desmatamento, mas em frigoríficos que compram gados de áreas ilegais,

assim como, áreas de produção de soja.

O meio ambiente, em especial a floresta Amazônica, possui importância para a sobrevivência humana, por isso, é importante preservá-la assim, como também, outros biomas brasileiros. A legislação ambiental precisa ser mais respeitada e aplicada corretamente, somente assim, poderemos reduzir o desmatamento e salvar o que resta de vegetação nativa, reduzindo os índices de emissão de CO2 que permitam salvar o planeta das mudanças climáticas e garantir uma qualidade de vida melhor a humanidade.

REFERÊNCIAS

1. AGENCIA FAPESP. Satélites mostram invasão de ‘rio de fumaça’ de queimadas sobre São Paulo. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 22 ago. 2019. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2019/08/satelites-mostram-invasao-de-rio-de-fumaca-de-queimadas-sobre-sao-paulo.shtml>. Acesso em 29 out. 2019.
2. ALENCAR, Ane; MOUTINHO, Paulo; ARRUDA, Vera Arruda; BALZANI, Camila; RIBEIRO, João. **Amazônia em Chamas: Onde está o fogo**. Nota Técnica do Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia – IPAM. Manaus, set. 2019. Disponível em <https://ipam.org.br/wp-content/uploads/2019/09/NT-Fogo-Amazo%C3%A7%C3%A2nia-Fundia%CC%81ria-2019.pdf>. Acesso em 29 abr. 2021
3. ANGELO, Maurício. **Aumento de 268% no desmatamento, saída do acordo de paris, mineração e grandes obras: A Amazônia no governo Bolsonaro**. INESC, Brasília, 19 out. 2018. Disponível em <http://amazonia.inesc.org.br/destaque/desmatamento-saida-do-acordo-de-paris-a-amazonia-no-governo-bolsonaro/>. Acesso em 29 abr. 2021
4. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo, Atlas, 2017.
5. AZEVEDO, Ana Lucia. Entenda porque a Amazônia mobiliza o mundo. **O Globo**, São Paulo, 25 Ago. 2019. Disponível em <https://oglobo.globo.com/sociedade/en>

- tenda-por-que-amazonia-mobiliza-mundo-23902424. Acesso em 29 abr. 2021
6. BARBOSA, Marcela. Inferno na floresta: o que sabemos sobre os incêndios na Amazônia. **Exame**, São Paulo, 22 ago. 2019. Disponível em <https://exame.abril.com.br/brasil/inferno-na-floresta-o-que-sabemos-sobre-os-incendios-na-amazonia/>. Acesso em 29 out. 2019.
 7. BIATO, Márcia Fortuna. Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. **Senado Notícias**. V42, n166, p233. Jun. de 2005. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/166/ril_v42_n166_p233.pdf. Acesso em 29 out. 2019.
 8. BLOOMBERG BRASIL. Gestora FAMA alerta para impacto econômico de crise na Amazônia. **InfoMoney**, São Paulo, 28 ago. 2019. Disponível em <https://www.infomoney.com.br/mercados/gestora-fama-alerta-para-impacto-economico-de-crise-na-amazonia/>. Acesso em 29 out. 2019.
 9. BRAGA, Juliana. Investidores estrangeiros voltam a cobrar Bolsonaro por desmatamento na Amazônia. **Canal Mynews**, São Paulo, 21 abril 2021. Disponível em <https://canalmynews.com.br/mais/investidores-estrangeiros-voltam-a-cobrar-bolsonaro-por-desmatamento-na-amazonia/>. Acesso em 02 maio 2021.
 10. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 09 nov. 2019.
 11. BRASIL. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais)**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em 25 mai. 2020.
 12. BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-6938-31-agosto-1981-366135-normaa-actualizada-pl.pdf>. Acesso em 25 mai. 2020.
 13. BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em 25 mai. 2020
 14. BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 ago. 1981, 9.393, de 19 dez. 1996, e 11.428, de 22 dez. 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 set. 1965, e 7.754, de 14 abril 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 ago. 2001; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm. Acesso em 09 out. 2020.
 15. BRASIL. **Decreto nº 85.050, de 18 de agosto de 1980**. Promulga o Tratado de Cooperação Amazônica, concluído entre os Governos República da Bolívia, da República Federativa do Brasil, da República da Colômbia, da República do Equador, da República Cooperativa da Guiana, da República do Peru, da República do Suriname e da República da Venezuela. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1980/D85050.html Acesso em 25 mai. 2020.
 16. BRASIL. **Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017**. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm Acesso em: 25 mai. 2020.
 17. BRASIL. **Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998**. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm

- htm Acesso em 25 mai. 2020.
18. BRASIL. Governo Federal. **Operação Verde Brasil 2 ultrapassou R\$ 520 milhões em aplicação de multas**. Brasília – DF, 2020. Disponível em <https://www.gov.br/pt-br/noticias/meio-ambiente-e-clima/2020/08/operacao-verde-brasil-2-ultrapassou-r-520-milhoes-em-aplicacao-de-multas>. Acesso em 31 ago. 2020.
 19. BRASIL. Governo Federal. **Polícia Federal faz apreensão histórica de madeira**. Brasília - DF, 22 dez. 2020. Disponível em <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/12/policia-federal-faz-apreensao-historica-de-madeira>. Acesso em 24 abri. 2021.
 20. CALGARO, Fernanda; GOMES, Pedro Henrique; MAZUI, Guilherme. Bolsonaro diz na ONU que Brasil é ‘vítima’ de ‘brutal campanha de desinformação’ sobre Amazônia e Pantanal. **G1**. São Paulo – SP, 22 set. 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/09/22/em-video-gravado-bolsonaro-faz-discurso-na-abertura-da-assembleia-da-onu.ghtml>. Acesso em 22set. 2020.
 21. CONSELHO EMPRESARIAL BRASILEIRO PARA DESENVOLVIMENTO SUSTENTAVEL (CEBDS). **O Acordo de Paris e o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro, 27 jun. 2019. Disponível em <https://cebds.org/destaque-home/o-acordo-de-paris-e-o-desenvolvimento-sustentavel/#.XbhImZpKjIV>. Acesso em 29 out. 2019.
 22. FRANCISCO, Wagner Cerqueira e; Agropecuária e os problemas ambientais. **Uol**, São Paulo, 2021. Disponível em <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/a-agropecuaria-os-problemas-ambientais.htm>. Acesso em 22 maio 2021.
 23. FREIRE, Cristiniana; TORQUATO, Carla; COSTA, José. **Juridificação Internacional: Análise do Tratado de Cooperação Amazônica em Face dos Desafios Ambientais Internacionais**. XV CONPEDI. Manaus, 2006. Disponibilizado em Publica Direito. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_ambiental_cristiniana_cavalcanti_freire_e_outros.pdf. Acesso em 29 out. 2019.
 24. GASPARINI, Nicole. “Selo verde” permite identificar produtores que sujam a cadeia do gado no Pará. **Globo**. São Paulo, 03 mai 2021. Disponível em <https://umsoplaneta.globo.com/energia/noticia/2021/05/03/selo-verde-permite-identificar-produtores-que-sujam-a-cadeia-do-gado-no-para.ghtml>. Acesso em 25 de maio 2021
 25. GAYER, Eduardo. Amazônia: Parlamento do Reino Unido analisa petição que pede sanções ao Brasil. **Estadão Sustentabilidade**. São Paulo, 07 out. 2019. Disponível em: <https://sustentabilidade.estadao.com.br/noticias/geral,parlamento-do-reino-unido-analisa-peticao-que-pe-de-sancoes-ao-brasil-por-cao-da-amazonia,70003041033>. Acesso em: 29 out. 2019.
 26. GREENPEACE. **Desmatamento na Amazônia é o maior desde 2008, segundo dados do PRODES**. São Paulo, 30 nov. 2020. Disponível em <https://www.greenpeace.org/brasil/blog/desmatamento-na-amazonia-e-o-maior-desde-2008-segundo-dados-do-prodes/>. Acesso em 19 maio 2021.
 27. GIRARDI, Giovana. Focos de queimadas na Amazônia caem 19% em setembro, mas dobram no Cerrado. **Estadão**. São Paulo, 29 out. 2019. Disponível em <https://sustentabilidade.estadao.com.br/noticias/geral,focos-de-queimada-na-amazonia-caem-19-em-setembro-mas-dobram-no-cerrado,70003032917>. Acesso em 29 jul. 2020.
 28. GOMES, Pedro Henrique; MAZUI, Guilherme. Problemas ambientais podem se ‘agravar’ se acordo Mercosul-UE não entrar em vigor, diz governo. **G1 Política**, Brasília – DF, 22 set. 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/09/22/problemas-ambientais-podem-se-agravar-se-acordo-mercosul-ue-nao-entrar-em-vigor-diz-governo.ghtml>. Acesso em 22 set. 2020.

29. G1. **Imprensa estrangeira repercute incêndios na Amazônia.** São Paulo, 22 ago. 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/08/22/jornais-estrangeiros-noticiam-fogo-na-amazonia.ghtml>. Acesso em 29 out. 2019.
30. G1. **Amazônia terá R\$ 90 milhões do G7 para queimadas, diz presidente francês.** São Paulo, 26. ago. 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/08/26/amazonia-tera-r-90-milhoes-do-g7-para-queimadas-diz-presidente-frances.ghtml>. Acesso em 29 jul. 2020.
31. G1. **Macron reforça agenda ambiental e diz que negociações com Mercosul estão interrompidas.** São Paulo, 29 jun. 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/06/29/macron-reforca-agenda-ambiental-e-diz-que-negociacoes-com-mercosul-estao-interrompidas.ghtml>. Acesso em 29 jul. 2020.
32. G1. **Parlamento da Holanda aprova moção contra acordo Mercosul-UE por preocupação com Amazônia e concorrência agrícola. São Paulo, 04 jun. 2020.** Disponível em <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2020/06/04/parlamento-da-holanda-aprova-mocao-contra-acordo-mercosul-ue-por-preocupacao-com-amazonia-e-concorrenca-agricola.ghtml>. Acesso em 04 jun. 2020.
33. G1. **‘Delirante’, ‘negacionista’ e ‘infundado’: entidades criticam o discurso de Bolsonaro na ONU.** São Paulo, 22 set. 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2020/09/22/delirante-negacionista-e-infundado-entidades-criticam-o-discurso-de-bolsonaro-na-onu.ghtml>. Acesso em 22 set. 2020.
34. G1. **Agronegócio e ONGs ambientais apresentam ações para reduzir o desmatamento na Amazônia Legal.** São Paulo, 16 set. 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2020/09/16/agronegocio-e-ongs-ambientais-apresentam-acoes-para-reduzir-o-desmatamento-na-amazonia-legal.ghtml>. Acesso em 16 set. 2020.
35. G1. **Ministério do Meio Ambiente e PF divergem sobre maior carga de madeira já apreendida no país.** São Paulo, 07 abr. 2021. Disponível em <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/04/07/ministerio-do-meio-ambiente-e-pf-divergem-sobre-maior-carga-de-madeira-ja-apreendida-no-pais.ghtml>. Acesso em 24 abri 2021.
36. G1. **Embaixada americana informa à PF apreensão de novos lotes de madeira exportada ilegalmente.** São Paulo, 21 maio 2021. Disponível em <https://g1.globo.com/jornalnacional/noticia/2021/05/21/embaixada-americana-informa-a-pf-apreensao-de-novos-lotes-de-madeira-exportada-ilegalmente.ghtml>. Acesso em 24 mai 2021.
37. G1. **Ministro do Meio Ambiente defende passar ‘a boiada’ e ‘mudar’ regras enquanto atenção da mídia está voltada para a Covid-19.** Brasília, 22 mai. 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/22/ministro-do-meio-ambiente-defende-passar-a-boiada-e-mudar-regramento-e-simplificar-normas.ghtml>. Acesso em 16 set. 2020.
38. ILHÉU, Taís. As leis que protegem (e outras que ameaçam) a preservação da Amazônia. **Guia do Estudante**, São Paulo, 29 ago. 2019. Disponível em <https://guiadoestudante.abril.com.br/estudo/as-leis-que-protegem-e-outras-que-ameacam-a-preservacao-da-amazonia/>. Acesso em 29 jul. 2020.
39. LEGNAIOLI, Stella. Desmatamento da Amazônia: causas e como combatê-lo. **Ecycle**. São Paulo, 18 abril 2021. Disponível em <https://www.ecycle.com.br/component/content/article/37-tecnologia-a-favor/6743-desmatamento-da-amazonia.html>. Acesso em 25 maio 2021.
40. MACHADO, Míriam; MOTA, Amatto. **A dificuldade em dar executividades as sanções no Direito Internacional Público.** Jus, Salvador, maio. 2016. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/52773/a-dificuldade-em-dar-executividade-as-sancoes-no-direito-internacional-publico>.

- Acesso em 29 abril 2021.
41. MADEIRO, Carlos. Brasil fecha 2020 com o maior número de focos de queimadas em uma **década**. **Notícias UOL**, São Paulo, 01 jan. 2021. Disponível em https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas_noticias/redacao/2021/01/01/brasil-fecha-2020-com-o-maior-numero-de-focos-de-queimadas-em-uma-decada.htm Acesso em 02 maio 2021.
 42. MAGALHÃES, Ana; CAMARGOS, Daniel; JUNQUEIRA, Diego. Os interesses econômicos por trás da destruição da Amazônia. **Repórter Brasil**, São Paulo, 24 ago. 2019. Disponível em <https://reporterbrasil.org.br/2019/08/os-interesses-economicos-por-tras-da-destruicao-da-amazonia/> . Acesso em 23 maio 2021.
 43. MENDES, Nathalia. Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) - Lei nº 6938/81. **JusBrasil**, Salvador, 2016. Disponível em <https://nathymendes.jusbrasil.com.br/noticias/321528492/politica-nacional-do-meio-ambiente-pnma-lei-n-6938-81>. Acesso em: 20 out. 2020.
 44. MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo, editora revista dos tribunais, 2013.
 45. MODELLI, Lais. Entenda como funcionam satélites que monitoram desmatamento na Amazônia; país tem volume de dados ‘absurdo’, dizem especialistas. **G1**, São Paulo, 24 ago. 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2020/08/24/como-funcionam-os-satelites-que-monitoram-desmatamento-na-amazonia-pais-tem-volume-de-dados-absurdo-segundo-especialistas.ghtml>. Acesso em 18 maio 2021.
 46. MODELLI, Lais. Meta de redução de carbono do Brasil na COP26 ‘empata’ com meta de 2015 e reforça ‘pedalada climática’, apontam especialistas. **G1**, São Paulo, 01 nov. 2021. Disponível em <https://g1.globo.com/natureza/cop-26/2021/noticia/2021/11/01/meta-de-reducao-de-carbono-apresentada-pelo-brasil-na-cop26-empata-com-meta-ja-proposta-em-2015-alertam-especialistas.ghtml>. Acesso em 19 nov. 2021.
 47. MODELLI, Lais. COP26: ministro do meio ambiente anuncia nova meta climática, com redução de 50% das emissões até 2030. **G1**, São Paulo, 01 nov. 2021. Disponível em <https://g1.globo.com/natureza/cop-26/2021/noticia/2021/11/01/cop26-ministro-do-meio-ambiente-fala-em-nova-meta-climatica-com-reducao-de-50percent-das-emissoes-ate-2030.ghtml>. Acesso em 19 nov. 2021.
 48. NASCIMENTO, Luciano. Balança comercial do agronegócio soma US\$ 100,81 bilhões em 2020. **Agência Brasil**, Brasília, 13 jan. 2021. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-01/balanca-comercial-do-agronegocio-soma-us-10081-bilhoes-em-2020>. Acesso em 24 maio 2021.
 49. OBSERVATÓRIO DO CLIMA. **Entenda as queimadas da Amazônia em seis gráficos**. São Paulo, 03 set. 2019. Disponível em <https://www.oc.eco.br/entenda-queimadas-da-amazonia-em-seis-graficos/> Acesso em 29 out. 2019
 50. OBSERVATÓRIO DO CLIMA. **Plano de Bolsonaro funciona e desmatamento tem nova alta**. São Paulo, 30 nov. 2020. Disponível em <https://www.oc.eco.br/plano-de-bolsonaro-funciona-e-desmatamento-tem-nova-alta/> Acesso em 29 mai. 2021
 51. OLIVEIRA, André Soares. **A Liderança dos Países Desenvolvidos no Acordo de Paris: reflexões sobre a estratégia do Naming and Shaming dentro do Balanço-Global**. Sequência nº 81, Florianópolis, Jan./Apr. 2019. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/seq/n81/2177-7055-seq-81-155.pdf> . Acesso em 07 out. 2020.
 52. O GLOBO. **Parlamento europeu diz que acordo UE-Mercosul ‘não pode ser ratificado como está’ e cita questão ambiental**. Rio de Janeiro, 07 out. 2020. Disponível em: <https://outline.com/eAwU6A> . Acesso em: 07 out. 2020.
 53. OLIVEIRA, Lais. Você sabe quais são os 10 principais produtos agrícolas no Brasil? **Dia Rural**, Araguari, 07 jan. 2021. Disponível em <https://diarural.com.br/voce-sabe-quais-sao-os-10-principais-produtos-agricolas-no-brasil/>. Acesso em 25 maio 2021.
 54. REUTERS. Bolsonaro corta gastos com meio ambiente um dia após promessa em

- Cúpula do Clima. **CNN Brasil**, São Paulo, 23 abril. 2021. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2021/04/23/bolsonaro-corta-gastos-com-meio-ambiente-um-dia-apos-promessa-em-cupula-do-clima>. Acesso em 01 mai. 2021.
55. ROCHA, Marcelo. Salles é alvo de devassa do MP paulista após salto de R\$ 7,4 milhões em patrimônio. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 29 maio 2021. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2021/05/investigado-no-governo-bolsonaro-salles-tambem-e-alvo-de-devassa-na-justica-paulista.shtml> Acesso em 30 mai. 2021.
56. SCHMITT, Jair; SCARDUA, Fernando Paiva. A descentralização das competências ambientais e a fiscalização do desmatamento na Amazônia. **Revista de Administração Pública**, vol. 49, núm. 5, set-out. 2015, pp. 1121-1142. Disponível em <https://www.redalyc.org/pdf/2410/241042209003.pdf>. Acesso em 07 out. 2019
57. SCHREIBER, Mariana. Pressionado, Bolsonaro promete na Cúpula do Clima dobrar recursos para repressão ao desmatamento. **BBC News Brasil**, São Paulo, 22 abril 2021. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56848474>. Acesso em 24 abril. 2021.
58. SHALDERS, André; ALVIM, Mariana. Após reações, Meio Ambiente recua e manterá operações na Amazônia e Pantanal. **BBC News Brasil**, Brasília e São Paulo, 28 ago. 2021. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53954636>. Acesso em 28 ago. 2020.
59. SILVERIO, Divino; SILVA, Sonaira; ALENCAR, Ane; MOUTINHO, Paulo. Instituto De Pesquisa Ambiental Da Amazônia (IPAM). **Nota Técnica de Agosto de 2019**. Disponível em https://ipam.org.br/wp-content/uploads/2019/08/NT-Fogo-Amazo%CC%82nia-2019-1_2.pdf. Acesso em 07 out. 2019
60. SILVÉRIO, Divino; SILVA, Sonaira; ALENCAR, Ane; MOUTINHO, Paulo. **Amazônia em Chamas**. Nota Técnica do IPAM. Manaus, ago. 2019. Disponível em https://ipam.org.br/wp-content/uploads/2019/08/NT-Fogo-Amazo%CC%82nia-2019-1_2.pdf Acesso em 29 out. 2019.
61. SIMÕES, Eduardo. Desmatamento na Amazônia cai 70% em janeiro em relação ao mesmo mês de 2020. **Notícias UOL**, São Paulo, 10 fev. 2021. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas-noticias/redacao/2021/02/12/desmatamento-da-amazonia-em-janeiro-2021.htm>. Acesso em 02 maio 2021.
62. SENRA, Ricardo. Pressão política do G7 impõe ‘risco real’ de implosão do acordo entre Mercosul e UE. **Economia UOL**, São Paulo, 23 ago. 2019. Disponível em <https://economia.uol.com.br/noticias/bbc/2019/08/23/pressao-politica-do-g7-impoe-risco-real-de-implosao-do-acordo-entre-mercosul-e-ue.htm> Acesso em 29 jul. 2020.
63. SOLA, Fernanda; COSTA, Luís Carlos; SILVA, Solange Teles da; COSTA, José Augusto Fontoura. **Responsabilidade Civil Ambiental nos Países Integrantes do Tratado de Cooperação Amazônica**. XV Congresso Nacional – Manaus, 15 a 18 de novembro de 2006. Publica Direito, 2006. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_ambiental_fernanda_sola_e_outros.pdf. Acesso em 29 jul. 2020.
64. SOUZA, Isabela. Sanções internacionais: como funcionam? **Polítize**, Florianópolis, 03 maio 2017. Disponível em <https://www.politize.com.br/sancoes-internacionais-como-funcionam/>. Acesso em 29 abril. 2021.
65. SPRING, Jake. Exclusivo: investidores europeus ameaçam desinvestimento no Brasil por desmatamento. **Reuters**. Disponível em <https://www.reuters.com/article/us-brazil-environment-divestment-exclusi-idUSKBN23Q1MU>. Acesso em 19 jun. 2020.
66. PONTES, Nádia. Desmatamento anual na Amazônia cresce 9,5% e bate novo recorde. **DW**. São Paulo, 30 nov. 2020. Disponível em <https://www.dw.com/pt-br/desmatamento-anual-na-amaz%C3%B4nia-cresce-95-e-bate-novo-recorde/a-55779949#:~:text=Desde%20que%20foi%20iniciado%2C%20em,47%25%20do%20desmate%20do%20bioma>. Acesso em 19 mai. 2021.
67. TALARICO, Isabela. Moratória da Soja: estudo confirma sucesso do acordo na

- redução do desmatamento na Amazônia. *Ecycle*, São Paulo, 18 dez. 2021. Disponível em <https://www.ecycle.com.br/moratoria-da-soja/#:~:text=Os%20resultados%20do%20acordo%20t%C3%AAm,os%20n%C3%BAmeros%20registrados%20em%202006>. Acesso em 24 mai. 2021.
68. TOLENTINO, Lucas. **Governo diferenciara desmatamento legal do ilegal**. Ministério do Meio Ambiente. 29 out. 2019. Disponível em <https://www.mma.gov.br/informma/item/15112-governo-diferenciar%C3%A1-desmatamento-legal-do-ilegal.html>. Acesso em 29 jul. 2020.
69. TORTORELO, Luciana. “O problema nunca foi dinheiro, o problema é foco”, diz delegado da PF afastado. *Canal My News*, São Paulo, 21 abr. 2021. Disponível em <https://canalmynews.com.br/politica/o-problema-nunca-foi-dinheiro-o-problema-e-foco-diz-delegado-da-pf-afastado/>. Acesso em 24 abr. 2021.
70. TOOGE, Rikardy. O que criadores de gado e frigoríficos fazem para evitar o desmatamento na Amazônia. *G1*, São Paulo, 25 out. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2020/10/25/o-que-criadores-de-gado-e-frigorificos-fazem-para-evitar-o-desmatamento-na-amazonia.ghtml>. Acesso em: 25 maio 2021.
71. TUCHLINSKI, Camila. Relatório revela que 70% do desmatamento na Amazônia ocorre para criação de gado. *Estadão de S. Paulo*, São Paulo, 05 jun. 2021. Disponível em <https://emails.estadao.com.br/noticias/comportamento,relatorio-revela-que-70-do-desmatamento-na-amazonia-ocorre-para-criacao-de-gado,70003325786>. Acesso em 25 maio 2021.
72. VALLIATTI, Fernando Albino. **Visão Constitucional do Direito Ambiental**. Direito Net, Sorocaba, 21 out. 2004. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1777/Visao-constitucional-do-Direito-Ambiental>. Acesso em 29 jul. 2020.
73. VARELLA, Marcelo. **Direito Internacional Público**. Saraiva: Rio de Janeiro, 7ª edição, 2017, 536 p.
74. VITAL Marcos H. F. **Aquecimento global: Acordos Internacionais, emissões de co2 e o surgimento dos mercados de carbono no mundo**. BNDES, Rio de Janeiro, set. 2018. Disponível em https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/16043/2/PRArt214085_Aquecimento%20global_compl_P.pdf. Acesso em 29 jul. 2020.
75. WATANABRE, Phillippe. Desmatamento da Amazônia em março é o maior dos últimos seis anos. *Amazonas Atual*. 09 de abril de 2021. Disponível em <https://amazonasatual.com.br/desmatamento-da-amazonia-em-marco-e-o-maior-dos-ultimos-seis-anos/>. Acesso em 02 mai. 2021.
- 76.
- 77.
78. WWF BRASIL. *World Wide Fund for Nature* («Fundo Mundial para a Natureza») Brasil. **Um em cada três focos de queimadas na Amazônia tem relação com o desmatamento**. Brasília – DF (sede), 06 set. 2019. Disponível em <https://www.wwf.org.br/?72843/amazonia-um-em-tres-queimadas-tem-relacao-com-desmatamento>. Acesso em 07 out. 2019.
79. WWF BRASIL. *World Wide Fund for Nature* («Fundo Mundial para a Natureza») Brasil. **Soja**. Brasília – DF (sede), 2021. Disponível em https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/reducao_de_impactos2/agricultura/agr_soja/. Acesso em 24 mai. 2021.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O PLEA BARGAIN: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DOS INSTITUTOS E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO

Evellin Pereira de Jesus¹
Carlos Eduardo Cunha Martins Silva²

RESUMO

O presente artigo foi pautado em uma metodologia de pesquisa teórica, tendo como foco a entrada em vigor do Pacote Anticrime (Lei Federal nº 13.964/2019), que introduziu no Sistema Penal brasileiro o Acordo de Não Persecução Penal, mecanismo processual da Justiça Consensual, criada com base em outro instituto denominado Plea Bargain, cuja origem remonta a países pautados pelo sistema de Common Law, principalmente os Estados Unidos da América. Tendo isso em mente, bem como o fato de o Brasil ser um país vinculado à tradição do sistema Civil Law, o presente trabalho visa realizar uma análise comparativa desses dois institutos, a fim de verificar suas distinções e semelhanças, considerando os sistemas jurídicos em que foram concebidos, bem como as críticas feitas a ambos os modelos. Ao final deste ensaio, será possível verificar se, diante de tal influência, a “ANPP” é compatível com o sistema penal-constitucional brasileiro em seus princípios e garantias. Importa, pois, analisar se a aplicação deste mecanismo, cujo principal objetivo é promover a economia e a celeridade processual, não corresponde a uma excessiva atenuação de princípios, como a presunção de não culpabilidade e o dever de iniciativa pública do processo penal, valorizando a aplicação discricionária e instrumentalizada do Direito Penal em detrimento da Justiça e do Devido Processo Legal.

Palavras-Chave: Pacote Anticrime. Direito Comparado. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

The present article was based on a theoretical research methodology, focusing on the entry into force of the Anti-Crime Package (Federal Law No. 13.964/2019), which introduced the Criminal Non-Prosecution Agreement to the Brazilian Criminal System, a procedural mechanism of Consensual Justice, created based on another institute called Plea Bargain, whose origin goes back to countries guided by the Common Law system, mainly the United States of America. Bearing this in mind, as well as the fact that Brazil is a country binded to the tradition of the Civil Law system, the present paper aims to carry out a comparative analysis of these two institutes, in order to verify their distinctions and similarities, considering the legal systems in which they were conceived, as well as the criticisms made to both models. At the end of this essay, it will be possible to verify whether, considering such influence, the “ANPP” is compatible with the Brazilian criminal-constitutional system considering its principles and guarantees. It is therefore necessary to analyze whether the application of this mechanism, whose main objective is to promote economy and procedural speed, does not correspond to an excessive mitigation of principles, such as the presumption of non-culpability and the obligation of public initiative of the criminal process, valuing a discretionary and instrumentalized application of Criminal Law in detriment of Justice and Due Process of Law.

Keywords: Anti-Crime Package. Comparative Law. Constitutional Principles.

1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Serra dos Órgãos. Especialista em Direito Civil e Empresarial pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais de São Paulo. Residente jurídica na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

2 Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Especialista em Criminologia, Direito e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Professor Assistente de Direito Processual Penal e Estágio Supervisionado II, Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica e Chefe do Departamento de Direito do Instituto de Ciências Humanas e Sociais de Volta Redonda da Universidade Federal Fluminense. Professor Responsável Mestre de Legislação Penal Extravagante do curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda. Ex-professor de Prática Jurídica Penal do curso de Direito do Centro Universitário Serra dos Órgãos. Docente nas especializações em Ciências Penais da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e em Advocacia Criminal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

INTRODUÇÃO

Este artigo realiza uma abordagem metodológica baseada em uma pesquisa teórica, utilizando-se de recursos bibliográficos e de uma análise documental, tendo como fontes outros artigos científicos, discussões jurisprudenciais, excertos doutrinários, com ênfase no estudo da legislação pátria e estrangeira pertinente à matéria pesquisada.

O início de 2020 representou um tempo de mudanças para a sistemática penal e processual penal brasileira, pois correspondeu à entrada em vigor da Lei Federal nº 13.964/2019, também conhecida como “Lei Anticrime”, ou ainda, “Pacote Anticrime”, cuja premissa principal seria “aumentar a eficácia no combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção, além de reduzir pontos de estrangulamento do sistema de justiça criminal” (BRASIL, 2019, *on-line*). A nova lei, além de promover alterações a institutos já existentes, tratou ainda de implementar novos mecanismos processuais, tal como o objeto central do presente ensaio, o Acordo de Não Persecução Penal.

Entendido como um mecanismo de justiça consensual, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), acrescido ao Código de Processo Penal por meio do artigo 28-A, desde a sua entrada em vigor, mostrou-se um tanto polêmico no que concerne a uma adequação à sistemática penal brasileira.

Isso ocorre, principalmente, por se tratar de um instituto claramente inspirado no mecanismo de justiça consensual americano, responsável pela resolução de cerca de 97% das condenações produzidas pela justiça penal estadunidense em âmbito federal, o *Plea Bargain*. Contudo, a despeito das várias semelhanças, há diversos aspectos divergentes que circundam esses mecanismos, sobretudo em razão das distinções estruturais entre os sistemas de justiça brasileiro e estadunidense.

Nesse sentido, esse ensaio buscou responder se, considerando o que é o *Plea Bargain* e a sua aplicação dentro do sistema de justiça estadunidense, bem como, a partir disso, de que forma o legislador brasileiro es-

truturou o Acordo de Não Persecução Penal dentro do Diploma Processual Penal, quais os pontos convergentes e divergentes entre estes institutos e quais as implicações disto para a adequação do ANPP à ordem constitucional brasileira.

Essa premissa se mostra relevante não somente para fins acadêmicos, tendo em vista que este ensaio buscou desenvolver uma análise pormenorizada de cada um dos institutos, sobretudo, em razão dos aspectos sociais que se inserem nessa temática. Logo, é pertinente avaliar se este novo mecanismo processual mostra-se coerente com a sistemática constitucional pátria, de modo que sua aplicação não corresponda a uma violação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A fim de alcançar tal intento, este ensaio foi dividido em três seções, conforme as finalidades específicas do presente trabalho.

A primeira cuidou de introduzir o conceito de justiça consensual e as teorias que a norteiam, além de apresentar o conceito e a aplicabilidade do *Plea Bargain*, no contexto do sistema judicial americano e quais os reflexos deste no sistema de justiça criminal brasileiro.

Já a segunda buscou tratar o ANPP de forma mais específica, delineando o modo como este foi estruturado dentro do Código de Processo Penal e quais as discussões a respeito de sua aplicação na realidade jurídica brasileira.

Por fim, coube à terceira seção apresentar o diálogo comparativo entre os institutos e, considerando tal análise, desenvolver um breve estudo sobre a adequação do ANPP à ordem constitucional brasileira.

1 JUSTIÇA CONSENSUAL, O *PLEA BARGAIN* E SEUS DESDOBRAMENTOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO

É de suma importância, antes que seja possível ampliar a exposição sobre os institutos objetos desse ensaio, explicitar um pouco a respeito de sua natureza jurídica e o contexto, tanto formal como material, no qual

eles estão inseridos. Ou seja, faz-se necessário introduzir o conceito de “justiça consensual”, analisada mais especificamente visando sua aplicação nos sistemas de justiça criminal.

Primeiramente, em que pese as análises a respeito dos modelos de política criminal existentes, pode-se pontuar que estes se dividem em duas grandes tendências doutrinárias: o “garantismo penal” e o “eficientismo penal”. Oriundos da reforma do pensamento penal do século XVIII, é correto afirmar que ambos os modelos decorrem da compreensão racionalista do poder punitivo, fomentada à época (VIEIRA, 2006, p. 31).

O garantismo, associado à concepção de política criminal europeia, traduz-se, em linhas gerais, em uma orientação principiológica da prática penal, que visa assegurar garantias e direitos fundamentais, tendo como contexto de incidência, a concepção de direito penal (estatal) mínimo, “cujo aporte teórico tem sido chamado de Nova Prevenção, que significa uma prevenção não penal da criminalidade”. (ZACKSESKI; DUARTE, 2012, p. 2-4).

Por outro lado, há também o modelo “eficientista”, mais próximo da política criminal norte-americana, o qual se dedica à objetivação da prática penal concreta, a fim de proporcionar maior eficiência econômica ao processo judicial. Quanto a este conceito, salienta VIEIRA (2006, p. 32):

Como ressalta Silva Sánchez (2004, p. 2), citando Mercado Pacheco, a eficiência como atributo do Direito é fruto da corrente *law and economics* que propõe “a utilização de técnicas como a análise custo/benefício na elaboração das políticas jurídicas e na justificação das decisões judiciais, a abertura decidida do discurso jurídico ao tema das consequências econômico-sociais do Direito, ou a consideração de eficiência econômica como valor jurídico.

É desta tendência que, predominantemente, deriva a lógica da negociação judicial, haja vista que, a justiça restaurativa, assunto distinto do que se busca analisar no presente trabalho, pode ser entendida como

uma vertente da justiça negocial, porém que demonstra proeminência da mentalidade garantista.

Isto porque, a despeito de promover certa mitigação das vias processuais tradicionais, fomentando a economicidade jurídica, pauta-se na proteção e no protagonismo dos direitos da vítima, pela responsabilização do infrator, promovendo ainda o diálogo entre os envolvidos (ofensor, ofendido, familiares e comunidade), sem grandes interferências estatísticas quanto ao resultado do consenso (GODOY *et al.*, 2020, p. 4-5), sendo, portanto, não divorciada do efficientismo, mas evidentemente mais próxima do garantismo.

Assim, tendo em vista o que se objetiva demonstrar no presente artigo, é essencial que se promova a distinção entre o conceito de justiça negocial propriamente dita e justiça consensual, quando aplicadas ao direito processual penal, a fim de que seja possível determinar o contexto em que se inserem os institutos que aqui se pretende estudar.

Deste modo, cabe a seguinte explicação:

A transposição das ideias de acordo e consenso para o direito processual penal deu origem ao que se denomina, comumente, de *justiça consensual penal* ou *justiça negociada*. Tais expressões, em regra, são tomadas como sinônimos pela doutrina. No entanto, há quem faça distinção conforme estejam ou não presentes atos de negociação efetiva entre os sujeitos participantes. François Tulken e Michel van de Kerchove, por exemplo, associam o termo *justiça consensual* a um ‘modelo que concede um lugar mais ou menos importante ao consentimento dos interessados, seja sob a forma positiva de uma aceitação ou sob a forma negativa de uma ausência de recusa’. [...] Por seu turno, a *justiça negociada* designaria, mais propriamente, aquelas situações em que o imputado tem um verdadeiro ‘poder de discussão’ acerca das propostas que lhe são feitas, interferindo no seu conteúdo. É uma forma de participação que confere maior autonomia e permite ir além das alternativas de aceitação ou recusa. Em termos comparativos, a *justiça consensual* se assemelharia a um contrato de adesão,

enquanto a *justiça negociada*, a um contrato sinalagmático (LEITE; GOMES, 2009, p. 20).

Assim, pode-se delinear que, dividida entre as opiniões daqueles que fazem duras críticas à mitigação de princípios, como a obrigatoriedade da ação penal e o devido processo legal, bem como daqueles que defendem com veemência a necessidade de sua aplicação, sob o pretexto de “desafogamento” do Poder Judiciário, sobretudo em âmbito penal, a justiça consensual pode ser definida como um conjunto de mecanismos que visa a propositura de acordos ao acusado, geralmente elaborados pela parte que possui legitimidade para ajuizar a ação penal, com o intuito de promover o exercício da atividade jurisdicional mais forma econômica, célere e efetiva (GORDILHO, 2009, p. 66).

Ainda que possuam facetas distintas, é notório que a instituição de mecanismos de consenso judicial, especialmente aplicado à esfera penal, vem se popularizando ao redor do mundo. Países como Espanha e Alemanha, mostram-se mais familiarizados com tais instrumentos, haja vista possuírem experiências mais antigas com o consenso, enquanto, outros países, como a França, apenas recentemente passaram a aderir às práticas negociais (LEITE; GOMES, 2009, p. 15).

A aplicação da justiça consensual teve suas bases definitivamente fincadas no ordenamento jurídico brasileiro, quando da entrada em vigor da Lei Federal nº 9.099/95, a qual institui os Juizados Especiais Criminais, e com eles os institutos da Composição de Danos Civis, Transação Penal e da Suspensão Condicional do Processo (RAMOS; BACK, 2019, p. 197), à vista dos modelos português e italiano (LEITE; GOMES, 2009, p. 15).

Ambos os mecanismos, trazem uma proposta de supressão da ação penal propriamente dita, sobreposta por um acordo elaborado pelo Ministério Público ou pelo Querrelante, destinado ao acusado, o qual, em se restando verificado o preenchimento prévio dos requisitos legais, deverá cumprir medidas de restrição de direitos ou realizar uma presta-

ção pecuniária durante um período de prova. Tem-se, portanto, que sendo tais condições devidamente cumpridas durante o período estabelecido, o acusado terá sua punibilidade declarada extinta (RAMOS; BACK, 2019, p. 197).

Não obstante, observa-se que na contemporaneidade, o exemplo mais eloquente de justiça consensual aplicada ao processo penal, e o primeiro dos objetos de estudo a serem analisados no presente ensaio, é o *Plea Bargain*, derivado da prática jurídica estadunidense sendo responsável pela resolução de expressivos 95% dos casos penais daquele país (RIBEIRO, 2020, *on-line*).

O sistema de justiça americano tem suas bases no modelo legislativo de origem anglo-saxã, denominado *Common Law*, no qual se dá maior relevância ao direito consuetudinário e aos precedentes judiciais (*cases law*), nos quais, para Gordilho (2009, p. 58-59), a aplicação da Lei como excepcional, limitando-se apenas aos casos por ela previstos, vedando-se ainda, a interpretação por analogia.

Atrelado a isso, está uma característica essencial à atividade jurídica americana, que é a autonomia legislativa dos estados-membros da federação estadunidense. Nesse sistema, cada ente federado tem a prerrogativa de, seja por meio das Constituições Estaduais ou por meio de leis ordinárias (*statutes laws*), determinar quais condutas serão criminalmente tipificadas e quais normas regerão o direito processual penal, nos limites de sua jurisdição.

Ressalte-se que tal autonomia é limitada às previsões, ainda que enxutas, da Constituição Federal estadunidense, principalmente, no que diz respeito à observação indispensável dos direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à liberdade, à propriedade e ainda, ao devido processo legal (*due process of law*).

Em se tratando do devido processo legal, antes que se prossiga a análise do instituto que em suma significa a mitigação deste direito, faz-se imperioso apresentar uma visão, ainda que panorâmica, de como se dá, via de regra, o julgamento das ações penais pelo que seria o equivalente ao procedimento co-

num no âmbito do sistema de justiça criminal americano, o qual, em que pese as correspondências com o sistema de justiça brasileiro, guarda características próprias.

No sistema de justiça criminal americano, após a investigação policial, considerando a primazia do princípio da oportunidade e da conveniência do interesse público (GORDILHO, 2008, p. 62-63) e estando certo de que há provas suficientes para o oferecimento da denúncia, o promotor (*District Attorney* ou *Public Prosecutor*), o qual possui grande protagonismo neste sistema, sendo capaz, inclusive, de decidir sobre quais provas serão utilizadas no processo, elaborará a petição acusatória (*complaint*). Contudo, isso ainda não corresponde à instauração do processo criminal.

Para tanto, de acordo com o que determina a legislação de cada unidade federativa, é necessário que se promova a apresentação dos argumentos acusatórios perante um *Grand Jury*, formados por cerca de 25 jurados leigos ou ainda, perante um juiz. Nesta fase preliminar é possível a realização da oitiva de testemunhas, bem como a determinação de providências investigatórias, de modo que, ao fim, tanto pela deliberação dos jurados leigos, como pela decisão do juiz, caso não ocorra a anulação do processo, a acusação formal será aceita, nos termos apresentados pelo promotor (*indictment*), ou modificada, mediante a apresentação de uma nova acusação pelo *Grand Jury* (*presentment*).

Nas hipóteses em que não há a supressão da persecução penal pela elaboração do *Plea Bargain*, segue-se o procedimento descrito a seguir, após a elaboração da acusação formal (GORDILHO, 2008, p. 64):

Definido o procedimento, com a aceitação da acusação pelo Grande Júri (*indictment*), ou com a apresentação de nova acusação pelo Grande Júri (*presentment*) ou ainda com acusação feita diretamente perante o juiz (*information*), o juiz designa a data do julgamento que tem início com a formação do *petty juri*, em regra formado por 12 leigos (*laymen*), os jurados (*jurors*) e seu porta-voz (*foreman*), cuja competência é julgar as questões de fato e apresentar um veredicto em

favor da inocência (*not guilty*) ou da culpabilidade (*guilty*) do réu.

Nesta fase predomina a oralidade e a informalidade dos procedimentos, aliada a sofisticadas regras sobre a administração das provas (*The Law of Evidence*), onde a requerimento inicial (*complaint*) exige apenas o relato dos fatos, a indicação da autoria e o pedido do remédio.

Escolhido o júri, o julgamento se inicia com as alegações iniciais (*arraignment the trial judge*) da promotoria e da defesa, que consiste na leitura formal do libelo acusatório, seguido de um relato estéril dos fatos e da indicação lacônica das provas a serem apresentadas pelo Estado e pela defesa, sem qualquer argumentação ou inferência das provas.

Os autos do inquérito policial, bem como as provas obtidas na fase anterior não são levadas em consideração, assim como o réu (*defendant*) não está obrigado a prestar depoimento, em virtude da garantia contra a autoincriminação (*privilege against self-incrimination*), sem que isso possa ser interpretado contra a sua defesa.

Por fim, no que tange ao julgamento pelo júri popular, o chamado *grand jury trial*, é importante destacar que, a despeito de sua competência, composição e até a necessidade de unanimidade ou não em seus veredictos constituírem questões que variam de acordo com a unidade federativa, esta ainda constitui a forma mais comum de julgamento, quando ocorre a persecução penal nos Estados Unidos. Sobretudo porque, além de ser um modelo procedimental, constitui ainda um direito subjetivo do acusado (MARCUS, 1997, p. 130-131) previsto na Constituição Federal americana, mais precisamente na célebre Quinta Emenda (*Fifth Amendment*)³, pode esta ser considerada

3 Amendment V: "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation."

a materialização do que se considera, na perspectiva jurídica estadunidense, o *due process of law*.

Apesar disso, conforme explicam os especialistas Jay Schweikert e Timothy Sandefur em entrevista ao *The Federalist Society* (2018, *on-line*)⁴, em meados de 1870, ante a incapacidade do sistema de justiça criminal americano para processar todas as demandas penais trazidas pelo Estado pela via mais extensa e demandante de julgamento, qual seja o julgamento pelo júri, deu-se, portanto, a constituição do *Plea Bargaining*⁵.

A prática se popularizou de tal forma que, atualmente, tem-se que 97% das condenações produzidas pela justiça criminal estadunidense, em âmbito federal, são obtidas por meio dos acordos de barganha e não pelos *jury trials*, como determina o texto constitucional americano (SCHWEIKERT; SANDEFUR, 2018, *on-line*). Este protagonismo da Justiça Consensual culminou em um fenômeno denominado “*disapering trials*”, ou seja, o “desaparecimento dos julgamentos”.

Quanto ao procedimento em si, segundo afirmam Schweikert e Sandefur (2018), o acordo de barganha (*plea bargain*), poderá ocorrer quando um indivíduo, acusado de um ou mais crimes, opta por lançar mão de uma série de direitos constitucionais, mais especificamente, aqueles previstos na já mencionada Quinta Emenda à Constituição Federal estadunidense, em troca da descontinuidade da ação penal, a qual poderia cominar no sentenciamento do acusado a uma pena mais grave do que aquela estipulada no acordo.

Seguidamente, o acusado terá a “oportunidade” de se declarar culpado (*pleading guilty*) por um crime menos gravoso do que aquele(s) pelo(s) qual(is) foi inicialmente

acusado (*charged*) e, por conseguinte, cumprirá pena, que pode ser privativa de liberdade (ou não) pelo tipo penal acordado. Há hipóteses de promoção do acordo sem que seja necessário a confissão de culpa pelo réu (*nolo contendere*), contudo, diferente da primeira, esta modalidade não produz efeitos sobre eventual imputação de responsabilidade civil pelos danos provocados pelo crime (CAMPOS, 2012, p. 4).

Ressalte-se que tal prática não é prevista na Constituição estadunidense, mas, considerando que tal país se baseia no Sistema da *Common Law*, não se encontra problemas para a sua aplicação, desde que seja regulada pela legislação dos estados-membros (CORNELL LAW SCHOOL, 2021, *on-line*).

Em que pese a supressão do procedimento tradicional de julgamento e todas as críticas e polêmicas que margeiam a aplicação extensiva do *Plea Bargaining* como forma de resolver as demandas penais estadunidense, as quais serão melhor exploradas na terceira seção deste artigo, a Suprema Corte dos Estados Unidos já reconheceu, no julgamento *Santobello v. New York, 1971*, o quão essencial é a manutenção de tal prática para o efetivo funcionamento do sistema de justiça penal americano.

Desta forma, faz-se relevante a análise do referido mecanismo de justiça consensual, haja vista que, tal como destaca Barbosa Moreira (*apud* MUNIZ NETO; CASTRO, 2017, p. 40):

A ‘hegemonia político-econômica’ dos Estados Unidos influencia praticamente todos os países e as mais diversas áreas, incluindo o Direito, motivo pelo qual se explica o fenômeno da expansão dos instrumentos de barganha, inclusive, ao direito brasileiro.

Tendo, portanto, o *Plea Bargain* como principal parâmetro, em que pese ter obtido legitimidade e força normativa somente com a entrada em vigor da Lei Federal nº 13.964/2019, o ANPP foi originalmente instituído e regulamentado no direito brasileiro pela Resolução nº 181, publicada em 07 de agosto de 2017, pelo Conselho Nacional do

4 Informação oral em língua inglesa de livre tradução; entrevista publicada no dia 24 de outubro de 2018, retirado de plataforma de vídeo do Canal *The Federalist Society*.

5 Este trabalho utilizará nesta primeira seção, as expressões de língua inglesa “*Plea Bargain*”, que seria o acordo de barganha propriamente dito, ou seja, um substantivo, e “*Plea Bargaining*”, que seria ação de realizar o acordo, ou seja, um verbo, como expressões sinônimas para designar o instituto analisado.

Ministério Público (CNMP), a qual visava dispor sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público (CNMP, 2017, *on-line*), em seu artigo 18.

Com redação dada pela Resolução nº 183, também do CNMP, o instituto previsto no artigo supracitado é considerado por Vladimir Aras (apud CUNHA et al., 2019, p. 303) um

[...] negócio jurídico bilateral de eficácia condicionada à sua homologação judicial, que impacta sobre o exercício da ação penal pública, condicionada ou incondicionada. Implica na confissão voluntária e não exige delação de terceiros [...].

Não obstante a similaridade entre a disposição normativa do CNMP e os moldes sob os quais se delimitou a aplicação do ANPP no Código de Processo Penal, desde a sua publicação, a instauração do instituto pela via eleita anteriormente foi objeto de intensos debates, sobretudo quanto a evidente inconstitucionalidade tanto formal como material da norma, conforme menciona Carlos (2020, p. 45-46), o qual discorre que:

Desde sua edição, tal norma evidenciava notórios vícios de inconstitucionalidade formal e material, sendo que, por essa razão, a Associação dos Magistrados do Brasil – AMB – e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB – prontamente ajuizaram, respectivamente, as ADIs 5790 e 5793. Tais ações ainda não foram julgadas e imputam vício formal de inconstitucionalidade à Resolução CNMP nº 181/2017, por usurpar a competência privativa da União para legislar sobre direito processual e direito penal (art. 22, I, CF), por extrapolar o poder regulamentar conferido ao Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, §2º, I, da CF), bem como ofensa ao princípio da reserva legal (art. 5º, II, da CF). Há também a imputação de inconstitucionalidade material consubstanciada em: (1) usurpação da competência do Poder Judiciário para poder julgar e impor sanção, por intermédio do juiz competente (art. 5º, XXXV e LIII, da CF); (2) violação do devido processo legal (art. 5º, LIV, da

CF); (3) violação da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CF); (4) violação da vedação de obtenção de prova por meio ilícito, em razão da imposição da confissão para obtenção do benefício (art. 5º, LVI, CF); (5) ofensa ao princípio da indisponibilidade da ação penal (art. 129, I, da CF).

Deste modo, a despeito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas pela Associação dos Magistrados do Brasil e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ainda pendentes de julgamento, pela análise da regra geral contida no artigo 22, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quanto as matérias de competência legislativa privativa da União, mesmo que suprimidas as discussões quanto a seu viés material, a inconstitucionalidade formal da norma produzida pelo CNMP bastaria para inviabilizar a aplicação do instituto em questão.

No entanto, notadamente, o mecanismo processual em si não foi de todo descartado, posto que, foi partindo dos moldes previstos pelo artigo 18 da Resolução CNMP nº 181/2017 e tendo como pano de fundo o instituto de justiça consensual estadunidense, o *Plea Bargain*, que o ANPP foi efetivamente inserido no ordenamento jurídico pátrio, pela via do artigo 28-A no Código de Processo Penal.

3 O ANPP NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Primeiramente, é essencial destacar que esta seção do artigo se debruçará sobre a análise da mecânica por trás do ANPP e seus desdobramentos, tal como descrito no artigo 28-A do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, *on-line*), ao que opta por se concentrar quanto às questões relativas à adequação constitucional do instituto na última seção do presente ensaio.

Assim, como já mencionado anteriormente, o ANPP foi definitivamente instituído na sistemática penal brasileira quando da entrada em vigor da Lei Federal nº 13.964/2019, o popularmente conhecido como pacote anti-

crime, concebido pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública da época.

Seguindo a esquematização do texto legal, faz-se necessário introduzir o instituto tratando primeiramente das hipóteses de cabimento e seus requisitos. Tal como dispõe o *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal, descartada possibilidade de arquivamento, ante às infrações penais, praticadas sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos, caberá ao Ministério Público a propositura do acordo. Em que pese o tempo de pena cominado, ressalta o §1º do artigo citado, que será necessário considerar as causas de aumento e diminuição passíveis de incidir sobre o caso concreto (BRASIL, 2019).

É valioso salientar que, ante a recusa por parte do Ministério Público, para propor o acordo, aplicar-se-á a previsão do artigo 28 do Código de Processo Penal, modificado também pela Lei Federal nº 13.964 de 2019, no qual o investigado deverá requerer, no prazo de 30 (trinta) dias, a remessa dos autos ao órgão competente para revisão ministerial, quando na primeira instância, no âmbito da justiça comum estadual, os autos serão encaminhados para a Procuradoria Geral de Justiça da respectiva unidade federativa, a fim de que, caso entenda cabível, proponha o acordo ou determine que outro o faça, ou, se não enxergar hipótese de aplicação do instituto, manter o entendimento do órgão *a quo*.

Para fazer jus à aplicação do instituto, e aqui está provavelmente o ponto mais polêmico no que diz respeito ao mecanismo, será imprescindível a realização da confissão formal e circunstancial pelo indiciado perante uma autoridade pública, seja policial, quando da fase investigatória, seja o próprio Ministério Público, no momento da propositura do acordo. A confissão deverá ser reduzida a termo e assinada (LAI, 2020, *on-line*). Ressalte-se que o ato somente será válido se, ainda que em sede policial, se perfaça perante a defesa técnica do acordante (CARLOS, 2020, p. 48).

Além disso, pela redação do *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal, pode-se destacar ainda outro requisito para a

propositura do ANPP, qual seja, ser ele “necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (BRASIL, 2019, *on-line*). Notadamente, vê-se que tal prerrogativa vem imbuída de grande subjetividade, o que poderá levar à concessão de um poder discricionário descabido ao órgão acusatório, posto que poderá se valer de tal condição para se esquivar de promover o acordo em favor do investigado (SILVA, 2020, p. 191).

Diante disso, cabe apontar que os estudiosos processuais penais mais afetos ao garantismo entendem que a promoção do ANPP, preenchidas as prerrogativas legais, é um direito público subjetivo do investigado. Contudo, há outros pensadores do campo do processo penal que defendem se tratar de um poder do órgão acusatório (LOPES JR., 2020, p. 221-222).

Quanto às causas impeditivas para o cabimento do acordo, estas são elencadas pelo § 2º do artigo 28-A do Código de Processo Penal e são entendidas pela doutrina como sendo de natureza alternativa, bastando a incidência de qualquer uma delas para tornar inviável a aplicação do instituto.

São elas: o cabimento da transação penal, instituto de legitimidade dos Juizados Especiais Criminais – inciso I; a reincidência do investigado ou a existência de elementos probatórios indicativos de habitualidade criminosa, prática reiterada ou profissional, exceto se as infrações penais anteriores forem consideradas insignificantes – inciso II; ter sido o investigado, nos cinco anos antecedentes à propositura do instituto, beneficiado do acordo de não persecução penal, da transação penal ou da suspensão condicional do processo – inciso III; por fim, a conduta ter sido praticada, em sede de violência doméstica ou familiar ou contra a mulher em decorrência de sua condição de gênero feminino, ainda que a respectiva pena mínima cominada seja inferior a quatro anos – inciso IV (BRASIL, 2019).

Logo, verificados que estão preenchidos todos os requisitos legais, bem como que não existem no caso concreto, quaisquer das causas impeditivas acima elencadas, passa-se-á a determinação das medidas a serem cum-

pridas pelo investigado, cumulativa e alternativamente, durante a vigência do acordo. Tais medidas tem caráter de condições restritivas de direitos.

Assim, encontram elencadas nos incisos do *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal, as seguintes condições: a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima, se houver possibilidade de fazê-lo – inciso I; a renúncia voluntária a bens e direitos delimitados pelo Ministério Público como instrumentos, produtos ou proveito do crime – inciso II; a prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, pelo tempo correspondente ao da pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução – inciso III.

Ainda, o referido artigo, prevê o pagamento de prestação pecuniária, nos termos estipulados no artigo 45 do Código Penal, à entidade pública ou de interesse social, cuja função seja proteger os bens jurídicos iguais ou semelhantes aos potencialmente lesados pelo delito – inciso IV; por fim, o cumprimento, pelo prazo acordado, outra condição indicada pelo órgão acusatório, observada a compatibilidade e a proporcionalidade com a infração penal imputada – inciso V.

Estipuladas as medidas que devem ser cumpridas pelo investigado, o acordo será então formalizado por escrito e passará à devida homologação judicial. O procedimento para a ratificação do ato pela autoridade judicial depende da realização de audiência especial, na qual o magistrado ouvirá o investigado para averiguar a voluntariedade do acordante, essencialmente na presença de seu patrono.

Também, prescreve o § 5º do artigo analisado, que o magistrado analisará a legalidade das medidas delimitadas pelo Ministério Público, podendo, caso entenda que as condições impostas são inadequadas, insuficiente ou abusivas, determinar a devolução dos autos ao órgão acusatório, a fim de que reformule a proposta, condicionada a concordância do investigado e de seu defensor.

O juiz, então, poderá homologar o acordo e determinar a remessa dos autos ao Ministério Público, a fim de que inicie a exe-

cução perante o juízo de execução penal. Ou ainda, caso entenda pela não homologação, seja pelo não cumprimento dos requisitos legais, seja pela inadequação ao que prevê o § 5º supracitado, deverá a autoridade judicial determinar a devolução dos autos ao órgão acusatório, a fim de que seja promovam investigações complementares, caso necessário, ou ofereça a denúncia correspondente.

Por conseguinte, há que se falar sobre o papel da vítima no procedimento de homologação do acordo. Ainda que não possa efetivamente se opor ao ato, determina o § 9º do artigo 28-A do Código de Processo Penal, que o ofendido será comunicado de sua homologação e de eventual descumprimento por parte do acordante. É importante salientar que, tal como descreve SILVA (2020, p. 196-197), “(...) a fase de propositura e discussão não deve contar com a participação da vítima, já que ali pode ocorrer a confissão da conduta delituosa e esse comportamento tem reflexos na esfera privada”.

No tocante à revogação do acordo, este se dará ante ao descumprimento das medidas estipuladas, sendo comunicado pelo Ministério Público ao juiz, a fim de que promova a rescisão do acordo e oportunize o oferecimento da denúncia. Contudo, é defensável que deverá o juízo, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, colher a manifestação do investigado, na pessoa de seu patrono, a fim de que apresente eventual justificativa pelo descumprimento.

O texto legal ainda prevê que, reconhecido o descumprimento do acordo, poderá o Ministério Público, com base neste evento, justificar o não oferecimento da suspensão condicional do processo, ainda que estejam presentes os demais requisitos legais, previsto no artigo 89 da Lei federal nº 9.099/1995.

Da celebração e, por conseguinte, do cumprimento do acordo, decorrem duas consequências principais. Primeiramente, tem-se que, tendo alcançado sua eficácia pelo exaurimento do tempo de cumprimento, o acordo não constará da folha de antecedentes criminais do acordante, exceto para efeitos de nova propositura, tal como dispõe o inciso III do §

2º do artigo 28-A do Código de Processo Penal. Deverá, também, ser decretada pelo juízo devidamente competente para tanto, a extinção da punibilidade do acordante pelo cumprimento integral das medidas que lhe foram propostas.

Assim, feita esta sintética análise dos termos determinados pelo texto legal, passa-se a uma breve, porém, essencial discussão a respeito do momento adequado para a propositura do ANPP, considerando a prerrogativa da retroatividade da *novatio legis in melius*.

A despeito da norma regulamentadora se mostrar omissa quanto a tal questão, vê-se que atualmente algumas discussões ainda são promovidas visando tratar da referida matéria, sendo inclusive objeto de controvérsia nos Tribunais Superiores, bem como na doutrina.

Essencialmente, pelo que se depreende da redação do artigo 28-A do Código de Processo Penal, mais especificamente do *caput* e do parágrafo oitavo do referido dispositivo, o momento processual ideal para a propositura do ANPP seria antes do oferecimento da denúncia, posto que, frente a impossibilidade de arquivamento do inquérito policial, a celebração do acordo impede a propositura da ação penal, cujo marco inicial é o oferecimento da exordial acusatória, tal como prevê o artigo 24 do citado diploma legal.

Além disso, deve-se observar também que, caso não haja a homologação do acordo, o juiz determinará remessa dos autos ao Ministério Público, o qual, não sendo caso de complementação das investigações, terá a oportunidade de oferecer a denúncia e então, dar-se-á início à persecução penal propriamente dita.

Contudo, a depender do modo como se entende ser a natureza da norma que disciplina o ANPP, poderá o instituto ser aplicado de forma retroativa, o que implica na propositura do acordo em ações que já estão em andamento, havendo aqueles que vislumbram, inclusive, sua aplicação em processos onde há condenações transitadas em julgado. Destarte, passemos à análise da natureza do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Por se tratar de um acordo que impede a atividade persecutória da acusação, im-

plicando diretamente na existência ou não de uma ação penal, além do fato de estar previsto em um diploma de condão processual, há aqueles que defendem que o artigo 28-A se trata de uma norma puramente processual, de modo que a aplicação do dispositivo regulamentador deste novo mecanismo de consenso judicial, em observância à determinação do artigo 2º do Código de Processo Penal, deverá respeitar a regra de aplicação imediata das leis processuais. Ou seja, não poderá ser aplicada retroativamente, independente de possuir ou não natureza benéfica, preservando-se os atos praticados na vigência da lei anterior, de acordo com a teoria do isolamento dos atos processuais (SILVA, 2020, p. 206).

Logo, não sendo possível sua aplicação retroativa, é evidente que, de acordo com este entendimento, o momento adequado à propositura do acordo seria, única e exclusivamente, o lapso temporal anterior ao oferecimento da denúncia, não sendo possível fazê-lo em momento subsequente a este, já que a ação penal e, portanto, a persecução penal que se busca evitar com o Acordo, teria se iniciado.

Contudo, este posicionamento é minoritário, prevalecendo o entendimento de que o artigo 28-A do Código de Processo Penal é, na verdade, uma norma de natureza híbrida ou mista, haja vista que, a despeito de tal dispositivo estar inserido em um diploma de caráter processual, é possível identificar que a norma também possui aspectos materiais, abrindo, portanto, a possibilidade de sua aplicação de forma retroativa (SILVA, 2020, p. 205).

Isso somente será possível se a norma for entendida como uma *novatio legis in melius*, o que também pode ser considerada uma questão conflitante, posto que ao mesmo tempo em que se trata de uma medida que repercute diretamente na pretensão punitiva do Estado, podendo resultar em uma causa extintiva da punibilidade (artigo 28-A, § 13º do Código de Processo Penal), por outro lado, representa também a supressão da ação penal e, por conseguinte, do devido processo legal, implicando, ainda, na assunção de culpa por parte do indiciado, sem que a ele seja dado o direito ao contraditório e à ampla defesa, o que corres-

ponde à possibilidade de prejuízo do réu.

Não obstante, guiando-se pelo entendimento de que se trata de uma lei de natureza híbrida e sobretudo, mais benéfica, é necessário salientar que a norma fundamental contida no artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal prevê que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 1988). O mesmo comando é observado no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal, cuja redação determina que a lei posterior considerada benéfica ao réu, tem aplicabilidade sobre fatos anteriores à sua vigência, ressaltando que reconhece a possibilidade de aplicação de tal dispositivo, ainda que perante a uma sentença condenatória transitada em julgado (BRASIL, 1940, *on-line*).

Ainda, sobre a retroatividade da lei penal mais benéfica, ensina Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 220):

Toda lei penal, seja de natureza processual, seja de natureza material, seja de natureza material, que, de alguma forma, amplie as garantias de liberdade do indivíduo, reduza as proibições e, por extensão, as consequências negativas do crime, seja ampliando o campo da licitude penal, seja abolindo tipos penais, seja refletindo nas excludentes de criminalidade ou mesmo nas dirimentes de culpabilidade, é considerada lei mais benigna, digna de receber, quando for o caso, os atributos da retroatividade e da própria ultratividade penal. Nesse sentido, Edilson Bonfim e Fernando Capez acrescentam, com acerto: “Do mesmo modo, qualquer regra que diminua ou torne a pena mais branda ou a comute em outra de menor severidade também será mais benéfica.

Contudo, a despeito do entendimento de que se trata de uma norma híbrida e de caráter mais benéfico ser predominantemente mais aceito, tanto pelos estudiosos processuais penais mais garantistas como pela maior parte da jurisprudência, sobretudo, pela possibilidade do ANPP, se cumprido em sua integralidade, ser convolado em uma causa extintiva de punibilidade, a concepção quanto força retroativa da norma, principalmente em se tratando das ações penais que já se encontravam em curso à época da entrada em vigor do dispo-

sitivo, ou seja, nas quais já houve o oferecimento da denúncia, ainda não foi pacificada pela jurisprudência pátria, principalmente nos tribunais superiores.

Até o mês de março de 2021, no Superior Tribunal de Justiça, existia uma divergência entre a quinta e a sexta turma, as quais são competentes para tratar das matérias de direito penal e processual penal, quanto à possibilidade de se propor ou não o ANPP em ações já em curso, cuja denúncia já teria sido oferecida.

De um lado, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em setembro de 2020, no julgamento do EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp Nº 1.681.153 – SP (BRASIL, STJ, 2020, p. 1-2), da relatoria do Ministro Felix Fischer, adotou um olhar mais restritivo, entendendo que a aplicação do instituto se restringe à “fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente (caso), em que há condenação confirmado por Tribunal de segundo grau”.

Em contrapartida, também em setembro de 2020, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o AgRg no HABEAS CORPUS Nº 575.395 – RN (BRASIL, STJ, 2020, p. 1), da relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, manifestou-se, sobretudo, reconhecendo a validade da propositura do acordo, se preenchidos os requisitos legais, em sede recursal, onde determinou a baixa dos autos e consequente sobrestamento do feito, até que o Ministério Público Federal, considerando ser este o órgão competente para tanto no caso concreto em questão, se manifestasse quanto ao interesse na propositura do acordo.

No entanto, a mesma Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 628647/SC (BRASIL, STJ, 2021, p.1), atualmente relatoria da Ministra Laurita Vaz⁶, em 19 de março de 2021, decidiu, reconhecendo a natureza híbrida e o caráter mais be-

6 No julgamento do referido *habeas corpus*, tendo em vista que o Ministro Relator Nefi Cordeiro foi voto vencido, o feito fora redistribuído à Ministra Laurita Vaz, a qual teve o voto vencedor, tornando-se competente para redação do Acórdão, não tendo este, até a presente data, sido publicado.

néfico do artigo 28-A do Código de Processo Penal, que este terá aplicabilidade retroativa, entretanto, somente para os casos nos quais a denúncia ainda não tenha sido recebida, acompanhando então o entendimento da Quinta Turma. Tal decisão teve como fundamento a ideia de que o ANPP, na forma como foi idealizado pelo legislador, tem o caráter de um instituto pré-processual, cuja aplicação retroativa deverá ser subsidiada na ponderação dos princípios *tempus regit actum* e da retroatividade da *novatio legis in melius*.

Quanto à apreciação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, a questão segue sem um posicionamento definido, de modo que, em decisão monocrática, proferida pelo Ministro-Relator Luiz Roberto Barroso, componente da Primeira Turma, no julgamento do HC 191.464/SC (BRASIL, STF, 2020, p. 1), seguiu-se o entendimento adotado até o momento pelo do Superior Tribunal de Justiça de que é cabível a aplicação retroativa do ANPP, desde que não recebida a denúncia.

No entanto, em função do julgamento do HC 185.913/DF (BRASIL, STF, 2020, p. 11), da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a controvérsia será submetida à apreciação perante o Plenário do STF, não se podendo afirmar, até o presente momento, que há unanimidade no entendimento dos Tribunais Superiores quanto ao tratamento da matéria.

4 O COTEJO ENTRE O ANPP E O PLEA BARGAIN E A ADEQUAÇÃO DAQUELE À LÓGICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Após a exposição dos institutos, passa-se, portanto, à análise de um dos pontos centrais deste ensaio, o diálogo comparativo entre o *Plea Bargain*, adotado pelo sistema de justiça penal americano e o ANPP, que passou a compor o ordenamento jurídico brasileiro com a entrada em vigor da Lei Federal nº 13.964/2019, também denominada Pacote Anticrime.

E, em se tratando de leis, primeiramente podemos pontuar que, considerando a maior autonomia legislativa que é concedida aos entes federativos do Estado Americano, a

despeito de levarem em consideração a Constituição Federal estadunidense, bem como os compilados de diretrizes não vinculantes produzidos pelo governo federal, como os *Principals of Federal Prosecution*⁷ e *Federal Sentencing Guidelines*⁸, com aplicabilidade, via de regra, mais voltada aos crimes de competência da justiça federal, são as constituições estaduais, juntamente com as *statutes laws*, que delimitam os termos de aplicação dos acordos de barganha.

Isso significa que, a depender do estado-membro, os critérios para a aplicação do *plea bargain* deverão variar e esta discricionariedade poderá delimitar sob quais tipos penais poderá incidir o acordo ou ainda determinar diferentes modalidades de deste, as quais compreendam a modificação do tipo penal sobre o qual recairá a acusação, ou ainda os limites e à qual espécie de pena o acordante será submetido.

Por outro lado, tal autonomia não encontra correspondência no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que, com as limitações de competência legislativa impostas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, particularmente, no que diz respeito a legitimidade para legislar sobre matérias de direito penal e processual penal, tem-se que a competência para tanto é de caráter privativo da União (artigo 22, inciso I).

Logo, com a inserção do artigo 28-A ao Código de Processo Penal, um decreto-lei de aplicabilidade federal, logicamente, é possível entender que os critérios e diretrizes legais de aplicação do ANPP, são os mesmos em âmbito nacional, deixando somente as questões nas quais o texto legal se mostra omissivo,

7 São princípios que direcionam a persecução penal em nível federal, os quais buscam estabelecer políticas e práticas processuais dos atores da atividade acusatória (*prosecutor, attorneys of government, etc.*), de modo a consolidar a autoridade de tais agentes na administração das leis penais federais (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2018, *on-line*).

8 São diretrizes não vinculantes que determinam uma política de uniformização de sentenciamento para acusados condenados no sistema de justiça federal dos Estados Unidos, efetivo desde 1987 (CORNELL LAW SCHOOL, 2021, *on-line*).

como a divergência quanto à aplicação retroativa do mecanismo, já tratada neste ensaio, passível de ser aplicado de formas distintas a depender do entendimento aplicado, até que um único entendimento seja fixado como precedente vinculante em nível federal.

Outra questão que merece ser tratada no que tangem às distinções entre os institutos diz respeito ao momento processual em que estes deverão ser aplicados. No que concerne ao *plea bargain*, o mesmo poderá ser oferecido a qualquer momento antes ou após o início da persecução penal, ou seja, é possível que os acordos de barganha sejam celebrados momentos após a prisão em flagrante do indiciado ou até em casos em que o júri não é capaz de alcançar um veredicto unânime ou ainda após uma condenação, quando o processo se encontra em sede de apelação (BERMAN, 2021, *on-line*).

Já em relação ao ANPP, o *caput* e parágrafo oitavo do artigo 28-A do Código de Processo Penal, trazem que a propositura do acordo somente será possível em momento posterior às investigações policiais e anteriormente ao oferecimento da denúncia, posição esta que é ratificada pelo entendimento atualmente sustentado pelo Superior Tribunal de Justiça de que este instituto possui um caráter pré-processual não podendo ser aplicado após a instauração da ação penal.

Além disso, é relevante apontar o fato de que, dentre as medidas cabíveis quando da propositura do ANPP, não estão previstas ou são permitidas a imposição de medidas privativas de liberdade ao indiciado. Em contrapartida, o sistema de justiça americano de forma geral, compreende ser plenamente possível a negociação envolvendo efetivas penas privativas de liberdade, as quais poderão ser manejadas de forma a mitigar a pena comumente imposta por um tipo penal ou mesmo a modificação do tipo penal sobre o qual repousa a acusação, a fim de que o acordante possa ser contemplado pelo cumprimento de uma pena menor (BERMAN, 2021, *on-line*).

Tal questão reverbera em outro ponto de distinção entre os mecanismos. No *plea bargain*, aceitar o acordo não necessariamente

isenta o acordante de uma condenação, inclusive após o cumprimento das condições impostas em sua integralidade, resultando unicamente na declaração de culpabilidade do réu por um crime menos gravoso. Isso significa dizer que o acordo constará da folha de antecedentes criminais do acusado, inclusive para fins de reincidência.

Isso não ocorre no ANPP. Pelo contrário, o artigo 28-A veda que o acordo conste da folha de antecedentes criminais do indiciado, exceto para fins de verificar o cabimento de nova propositura em ocasiões futuras. Ou seja, a celebração deste não poderá ser interpretada, em eventual ação penal ajuizada em face do indiciado como maus antecedentes e muito menos como uma condenação.

Por fim, a última divergência a ser tratada no presente artigo e aquela que mais evidencia que a instituição do ANPP não constitui uma mera absorção do mecanismo americano, que é o fato de que no *plea bargain*, tem-se uma dialética negocial mais ampla entre as partes quando da sua aplicação.

O que tal característica significa é que no *plea bargain* tanto o *prosecutor* quanto o acusado, na pessoa do seu defensor, tem voz ativa na delimitação dos termos do acordo. Há uma efetiva negociação entre as partes, na qual são trazidas propostas e contrapropostas até que se chegue a um consenso razoável, permitindo que ambos, acusação e acusado, tenham certo “controle” sobre o resultado obtido (BERMAN, 2021, *on-line*).

Não se pode deixar de ressaltar que esta maior abertura à possibilidade de negociação também decorre do fato que o processo penal americano, diferentemente do que ocorre no Brasil, é movido primariamente pelo princípio da oportunidade e conveniência, sendo a persecução penal uma faculdade do órgão acusador.

Em contrapartida, no Brasil, tem-se que, tal como se aplicam os demais mecanismos de justiça penal consensual, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, não há espaço para a negociação entre as partes. Cumprindo-se os critérios objetivos e subjetivos delimitados pelo do artigo 28-A,

surge para o indiciado um direito subjetivo de ser beneficiado pelo instituto despenalizador (BARBOSA; SILVA, 2020, *on-line*).

Tal benefício somente chegará ao seu destinatário final, se o ato for proposto pelo membro do Ministério Público, o qual também definirá as condições que deverão ser cumpridas e o tempo de prova para tanto, sem que haja qualquer ingerência do indiciado, exceto na manifestação de vontade caracterizada pelo aceite ou pela recusa ou, ainda, pelo pedido de remessa dos autos a órgão revisor do *Parquet*, quando este se recusa a propor o acordo, na forma do artigo 28 do Código de Processo Penal, ou quando o mesmo não for homologado pelo juiz, interpondo-se recurso em sentido estrito, nos termos do artigo 581, inciso XXV, também do diploma processual criminal.

Não há que se falar, portanto, em negócio jurídico processual, posto que os efeitos jurídicos já se encontram definidos em lei, não havendo espaço para a delimitação, por meio da vontade das partes, mais precisamente, do indiciado, quanto aos efeitos, as medidas que lhe serão impostas ou mesmo o prazo pelo qual elas deverão ser cumpridas (BARBOSA; SILVA, 2020, *on-line*).

Ante a todas as razões expostas e por inúmeros outros fatores aqui não mencionados, é possível afirmar com clareza que não se tratam de institutos idênticos, mas sim que guardam similaridades superficiais, tendo o legislador brasileiro não simplesmente absorvido um modelo já existente, ao revés, ele concebeu um mecanismo que busca ser adequado à realidade social brasileira e ao ordenamento jurídico pátrio.

Em vista todas as considerações feitas até o momento, observa-se que o ANPP, embora inspirado nas matrizes do *Plea Bargain*, buscou guardar suas peculiaridades e adequações ao sistema de justiça penal brasileiro. No entanto, muitos são os que questionam se tal intento do legislador obteve êxito, tecendo críticas ferrenhas ao instituto, no sentido de se este representa uma grande mitigação de alguns dos princípios fundamentais responsáveis por atrelar o sistema de justiça criminal à sistemática delineada pela Consti-

tuição Federal.

Bem como já abordado, os acordos de barganha são essencialmente derivados de um modelo de controle punitivo efficientista, o qual, aliado a uma política baseada na “lei e na ordem”, busca dar uma maior eficiência econômica ao Poder Judiciário, como uma resposta ao alto índice de demandas criminais que o contingenciam (BARRA, 2019, *on-line*). Contudo, para se alcançar tal grau de eficiência, criam-se atalhos dentro do sistema penal, os quais, em certos casos, hão de culminar na diluição de garantias e fundamentos, as quais servem de parâmetro para este mesmo sistema.

No caso do ANPP, há uma clara supressão do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, em parte como ocorre com a suspensão condicional do processo e a transação penal. Com isso, tal como certamente se discutiu quando da implementação dos destes outros institutos, há duas perspectivas que precisam ser analisadas no que tange à supressão da ação penal.

Para o Estado, eivar-se de deflagrar uma ação penal tem a capacidade de produzir reverberações significativas, sobretudo porque com o advento destas técnicas de “desjudicialização” seria possível alcançar o desafogamento das instâncias formais de resolução das demandas criminais, sobretudo porque o ANPP possui uma aplicação mais abrangente que os demais institutos, atingindo cerca de 70% das infrações penais previstas na legislação penal interna (MONTEIRO, 2020, *on-line*), o que também poderia representar uma diminuição nos níveis de superencarceramento no país (GORDILHO; SILVA, 2019, p. 102-104).

E por mais razoáveis que possam parecer tais objetivos, é preciso considerar o outro lado da questão: o fato de que a supressão a ação penal igualmente corresponde para o acusado a ausência da garantia de que lhe serão assegurados a ampla defesa, o contraditório e, sobretudo, o devido processo legal, no qual vícios, como o não-tratamento isonômico das partes, acarretarão nulidades, as quais poderão corresponder à extinção do processo,

o que não ocorre quando da aplicação destes mecanismos, produzidos de forma unilateral pela acusação (MONTEIRO, 2020, *on-line*).

E quanto a esta última parte, é relevante tecer alguns breves comentários a respeito do protagonismo do órgão acusador, na pessoa do Ministério Público, quando da formulação do ANPP. É seguro dizer, como já afirmado anteriormente, que o acordo, a despeito do nome que carrega, não corresponde a uma convenção jurídica entre as partes do processo penal, mas sim uma imposição de um mecanismo processual, próximo dos moldes de um contrato de adesão, ao indiciado, o qual se restringirá a aceita-lo ou recusa-lo.

Tal estrutura, resguardada pelo critério de “necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime”, expresso no *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal, garante um nível de juízo de discricionariedade do Ministério Público demasiadamente asoberbado quanto à propositura do acordo e fixação das medidas a serem aplicadas, principalmente pela ausência de parâmetros objetivos para nortear e limitar o uso desta condição.

É válido ressaltar que tal expressão é extraída do *caput* do artigo 59 do Código Penal, dispositivo este não apenas responsável por elencar as circunstâncias judiciais, analisadas na primeira fase da dosimetria, mas principalmente por reger dentro do Capítulo III a aplicação das penas. Logo, é possível questionar se sobre estes critérios as medidas determinadas pelo Ministério Público teriam natureza de sanção.

O problema que surge com tal digressão é que, se tida como sanção, logo, há que se falar no exercício do *ius puniendi* por órgão que para isto não é competente, preterindo-se, portanto, o Poder Judiciário como o instrumento adequado para fazê-lo. Sem falar que tal “pena” seria imposta ao indiciado sem a observância da paridade de armas, que advém do exercício do contraditório e da ampla defesa. À vista disso, ter-se-ia uma clara abstenção do devido processo legal, resultando, deste modo, na relativização do modelo acusatório, delimitado pela Constituição da República Fe-

derativa do Brasil de 1988, tornando o instituto incompatível com ordem constitucional (CAPPELLARI, 2020, p. 138-139).

Não obstante, ultrapassada tal questão, observando o modo como bem foram aceitas com o passar do tempo a suspensão condicional do processo e a transação penal, poder-se-ia facilmente visualizar que suprimir algumas garantias do indiciado pela maior eficiência do sistema penal, não seria tão grande problema quando da aplicação do ANPP. Entretanto, o acordo traz consigo uma peculiaridade não exigida pelos demais mecanismos de justiça consensual: a exigibilidade de confissão formal do indiciado como prerrogativa para a sua promoção.

Sendo possivelmente o ponto mais controverso do novo instituto, a exigibilidade da confissão formal e circunstancial do indiciado suscita diversas questões que põem em xeque a suposta adequação constitucional do mecanismo. Primeiramente, pode-se apontar que, em se tratando de um instituto reconhecidamente pré-processual, não haveria que se falar em necessidade de confissão, haja vista que sua propositura essencialmente antecede a análise de mérito, sendo a relevância de tal requisito, para tanto, altamente questionável.

Ademais, ter a confissão, principalmente de natureza circunstancial, que relata a versão detalhada do ocorrido, como pré-requisito para o cabimento do ANPP, vai diretamente de encontro com alguns princípios consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, quais sejam os princípios da presunção de inocência e, sobretudo, o da não-autoincriminação, veiculados nos artigos 5º, LVII e LXIII, do texto constitucional, e 8º, parágrafo 2º, alínea “g”, do regramento convencional (MONTEIRO, 2020, *on-line*).

É ainda válido salientar, que a manutenção da confissão como condição para a propositura do ANPP abre espaço para outra discussão que resvala na contaminação da parcialidade e do livre convencimento do juiz da instrução processual. Isso ocorre porque, considerando a suspensão pelo STF dos ar-

tigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, que regulamentam a atividade do juiz das garantias⁹, caberá ao juiz da instrução tanto homologar o acordo de não persecução penal promovido, como também, caso este venha a ser descumprido, dando ensejo a uma ação penal, também incumbirá a ele dar andamento à instrução criminal, proferindo a sentença de mérito (CAPPELLARI, 2020, p. 141).

Logo, nestas circunstâncias, é possível questionar se sem a atuação da figura do juiz de garantias, seria o possível assegurar um juízo de instrução imparcial, tal como garante a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de maneira a ser este capaz de desassociar do conhecimento obtido, quando da homologação do acordo, no momento da formação do seu convencimento para, enfim, proferir uma sentença de mérito que deve ser inequivocamente imparcial.

Não obstante, reconhece-se que deve ser possível garantir, ante a eventual promoção da ação penal, que a instrução e o juízo de mérito que dela decorrem não sejam afetados pelos elementos que condicionam a propositura do acordo, mais especificamente a confissão circunstancial e formal.

Caso haja um eventual reconhecimento da constitucionalidade do instituto processual concernente ao juiz de garantias, por parte do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das ADIs nº 6298, 6299, 6300 e 6305, tal posicionamento certamente poderá ser revisto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, frente a análise de todos estes critérios até aqui apresentados, além daqueles que poderão ainda surgir, é inegável que a instituição de um mecanismo como o ANPP pode significar um grande avanço no que tange a proporcionar maior celeridade e economia processual ao sistema judiciário brasileiro.

Afinal, é por almejar tais objetivos que

este instituto pode ser classificado como um instrumento de justiça consensual, atrelado a um modelo eficientista, o qual busca gerir o processo, a fim de alcançar sempre o melhor custo-benefício, sobretudo ao Estado.

E esta característica se torna ainda mais evidente considerando que o ANPP é uma tentativa clara do legislador de instituir um *Plea Bargain* “à brasileira”, e sendo este instituto constituído sobre o sistema jurídico americano, cujas bases estão firmadas nos princípios capitalistas, não é de se espantar que os traços economicistas e mercadológicos possam resvalar também no modo como este sistema concebeu a distribuição da prestação jurisdicional e de suas consequências.

Ademais, o *Plea Bargain*, ainda que existam limites estabelecidos pela Constituição Federal estadunidense, assim como diretrizes instituídas pelas demais fontes do direito infraconstitucional, pelos princípios que o norteiam, desde o fundamento de conveniência e oportunidade, sob o qual se consolida o direito de agir do Estado norte-americano até a liberdade de convencionar proporcionada a ambas as partes, é evidente que o acordo de barganha dos Estados Unidos deve ser considerado um efetivo negócio jurídico, passível de se ser submetido a tratativas entre acusação e defesa, no qual elas exprimem suas vontades e sobre o resultado final, podendo exercer certo controle sobre ele.

Contudo, ainda que tenham como semelhanças a supressão da ação penal ou o requisito da confissão por parte do indiciado, além da discricionariedade do órgão acusatório, muitas são as distinções entre o *Plea Bargain* e o ANPP, sobretudo pelo modo mais uniforme como o sistema jurídico brasileiro é constituído.

Além disso, a vinculação do Ministério Público às medidas e requisitos instituídos no Código de Processo Penal quando da elaboração do acordo, além da restrição temporal à aplicabilidade deste, que, à despeito de ainda incitar questionamentos, vem se consolidando no sentido de que, por se tratar de uma norma híbrida e que prevê um instituto pré-processual, somente seria aplicável até o oferecimen-

9 A decisão cautelar foi proferida pelo Ministro Relator nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6298, 6299, 6300 e 6305, as quais, até a presente data, aguardam serem submetidas a julgamento perante o Plenário do Supremo Tribunal Federal.

to da denúncia, inclusive à título de retroatividade, são características que distanciam o ANPP do *Plea Bargain*.

Não obstante, em que pese ter se valido de tal inspiração, o que se conclui neste ensaio é que o legislador brasileiro, no anseio de importar o instituto, mas de uma forma mais consoante ao ordenamento jurídico pátrio, principalmente considerando os demais mecanismos de justiça consensual já existentes, acabou por permitir a abertura de certas lacunas.

O protagonismo do Ministério Público, em contrapartida ao requisito de assunção de culpa do indiciado, sem que haja efetivo diálogo e isonomia entre as partes no que tange à elaboração do acordo, é o que torna o instituto, no seu âmago, aparentemente incompatível ao desenho constitucional brasileiro, por infringência a direitos fundamentais basilares tutelados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

REFERÊNCIAS

1. ANDRADE, M. F.; BRANDALISE, R. S. Observações Preliminares Sobre o Acordo de Não Persecução Penal: da Inconstitucionalidade à Inconsistência Argumentativa. **Revista Digital ESA OAB/RJ**, Rio de Janeiro – RJ, v.1, n.1, set. 2018, p.1526-1544. Disponível em <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/187821>. Acesso em 27 mai. 2020.
2. BARBOSA, Ruchester Marreiros; SILVA, Raphael Zanon. Delegado de polícia deve viabilizar acordo de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico – CONJUR**. 17 mar. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-17/academia-policia-delegado-policia-viabilizar-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em 17 abr. 2021.
3. BARRA, Fernando Alberto Cavaleiro de Macedo. Barganha à brasileira: entre a proteção radical de direitos fundamentais e o inquisitorialismo nosso de cada dia. **Boletim IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo – SP, n. 323, Out. 2019, p. 11-13. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/70>. Acesso em 15 abr. 2021.
4. BERMAN, Sara J. **The Basics of a Plea Bargain**. NOLO Website. Disponível em <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/the-basics-plea-bargain.html#:~:text=In%20most%20jurisdictions%20and%20courthouses,the%20prosecutor%20files%20criminal%20charges>. Acesso em 17 abr. 2021.
5. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 25 ed. São Paulo – SP: Saraiva Educação, v. 1, 2019.
6. BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Poder Executivo. Rio de Janeiro – RJ. 07 dez. 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 19 out. 2020
7. BRASIL. **Decreto- Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Poder Executivo, Rio de Janeiro – RJ, 03 out. 1941, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 19 out. 2020.
8. BRASIL. **Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988**. Poder Executivo, Brasília – DF, 05 out. 1988, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19 out. 2020.
9. BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília – DF, 07 ago. 2017, Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em 18 out. 2020.
10. BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Perguntas e Respostas sobre o Pacote Anticrime**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/projetos/anticrime-1#plea>. Acessado em 25 abr. 2020.
11. BRASIL. **Lei Federal 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Acrescenta o artigo 28-A ao Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília – DF, 24 de dez. 2019 – Edição Extra. Seção 1, p.1. Disponível em <http://>

- www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 10 de abr. 2020.
12. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ADI 6.298 – DF**. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e Outro(s); Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília – DF, 22 jan. 2020, p. 1 – 9. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em 19 abr. 2021.
 13. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Criminal nº 0006209-69.2017.8.19.0006**. Apelante: Luciano Geraldo Pires; Apelado: Ministério Público; Relator: Desembargador Joaquim Domingos De Almeida Neto. Sétima Câmara Criminal. Rio de Janeiro – RJ, 18 fev. 2020. Disponível em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.x?UZIP=1&GEDID=000429243E21C9B53505E212C440D0715292C50C0F471F07&USER=>. Acesso em 19 out. 2020.
 14. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp Nº 1.681.153 - SP**. Embargante: Issa Paulo Kachy; Embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília – DF, 08 set. 2020. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000672468&dt_publicacao=14/09/2020. Acesso em 19 out. 2020.
 15. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **AgRg no HC Nº 575.395 - RN**. Agravante: Severino Sales Dantas; Agravado: Ministério Público Federal; Impetrado: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília – DF, 08 set. 2020. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000931310&dt_publicacao=14/09/2020. Acesso em 19 out. 2020.
 16. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC Nº 185.913 - DF**. Paciente: Max Willians de Albuquerque Vilar; Impetrante: Abel Gomes Cunha; Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília – DF, 22 set. 2020. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?i-d=15344488197&ext=.pdf>. Acesso em 31 mar. 2021.
 17. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Ag. Reg. no HC Nº 191.464 - SC**. Agravante: Mario Cesar Sandri; Agravado: Presidente do Superior Tribunal de Justiça; Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Brasília – DF, 11 nov. 2020. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>. Acesso em 31 mar. 2021.
 18. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Coordenadoria de Imprensa e Conteúdo. **Sexta Turma não admite retroação do acordo de não persecução penal se a denúncia já foi recebida**. Diz respeito à decisão proferida pela Sexta Turma no julgamento do HC Nº 628647 - SC. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina; Impetrado: do Estado de Santa Catarina; Relator (por redistribuição): Ministra Laurita Vaz. Brasília – DF, 19 mar. 2021. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/19032021-Sexta-Turma-nao-admite-retroacao-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-se-a-denuncia-ja-foi-recebida.aspx>. Acesso em 31 mar. 2021.
 19. CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. 2012. Disponível em http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acessado em 05 out. 2020.
 20. CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. Do Acordo de Não Persecução Penal na Lei 13.964/2019. In: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (org). **Primeiras Impressões Sobre a Lei 13.964/2019 - Pacote “Anticrime”: A Visão Da Defensoria Pública**. Coordenação de Defesa Criminal, Rio de Janeiro – RJ, 2020. Disponível em <http://cejur.rj.def.br/Documento/DocumentosAnterioresPaginado?i-dTipo=340#>. Acesso em 29 set. 2020.
 21. CARLOS, Helio Antunes. Negociação no Processo Penal. In: SILVA, Franklin Roger Alves (org). **O Processo Penal Contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública**. Editora CEI, Belo Horizonte – MG, 06 mai. 2020, p. 36-68.

22. CORNELL LAW SCHOOL. *North Carolina v. Henry C. Alford*. *Legal Information Institute*, Nova York – NY (EUA) Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/400/25>. Acesso em 01 jun. 2020.
23. _____. *Federal Sentencing Guidelines*. *Legal Information Institute*, Nova York – NY (EUA) Disponível em https://www.law.cornell.edu/wex/federal_sentencing_guidelines#:~:text=The%20Federal%20Sentencing%20Guidelines%20are,upon%20a%20number%20of%20factor. Acesso em 17 abr. 2021.
24. CUNHA, Rogério Sanches, *et al.* **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivim, 2019.
25. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Principles of Federal Prosecution – Title 9: Criminal*. *Department of Justice*, Washington-DC (EUA), fev. 2018. Disponível em <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution#9-27.330>. Acesso em 17 abr. 2021.
26. GODOY, G. A. S.; MACHADO, A. C.; DELMANTO, F. M. A. A Justiça Restaurativa e o Acordo de Não Persecução Penal. **Boletim IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo – SP, n. 330, Abr. 2030. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/40/287>. Acesso em 30 set. 2020.
27. GORDILHO, Heron José de Santana. Justiça penal consensual e as garantias constitucionais no sistema criminal do Brasil e dos EUA. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza – CE, v.29, n.1, 2009, p.55-71. Disponível em <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12148>. Acesso em 27 mai. 2020.
28. GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Marcel Bittencourt. Acordo de Não-Persecução Penal e Discricionariedade Mitigada na Ação Penal Pública. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Belém – PA, v.5, n.2, Jul./Dez. 2019., p.99-120. Disponível em <https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/6031>. Acesso em 17 abr. 2021.
29. LAI, Sauvei. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. **Migalhas**, Migalhas de peso, 10 fev. 2020, *online*, Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/depeso/320078/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em 18 out. 2020.
30. LEITE, Rosimeire Ventura; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2009. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em 04 out. 2020.
31. LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. Ed, São Paulo – SP: Saraiva Educação, 2020.
32. MARCUS, Paul. Sistema da Justiça Criminal nos Estados Unidos da América: Uma Visão Resumida. Este texto foi publicado originalmente no repositório acadêmico da *William & Mary Law School – Faculty Publications*, n. 1658. Contudo, a consulta para este trabalho foi feita a partir de uma tradução produzida pelo Prof. Dr. Peter Walter Ashton. **Revista Direito & Justiça**, v. 19, ano 19. 1997. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1658>. Acesso em 04 out. 2020.
33. MONTEIRO; Pedro. A confissão no acordo de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico – CONJUR**. 14 set. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-set->
34. MUNIZ NETO; José; CASTRO, Máira Lopes de. A natureza jurídica das palavras do delator no processo penal e suas consequências práticas. **Revista Eletrônica da Universidade Federal do Piauí – UFPI**. Teresina – PI, v. 4, n. 2, Jul./Dez 2017, p. 40 – 56. Disponível em <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/download/8367/5008>. Acesso em 05 out. 2020.
35. NETO, Pedro Faraco; LOPES, Vinicius Basso. Acordo de Não Persecução Penal – a retroatividade da lei penal mista e a possibilidade de acordos após a instrução processual. **Boletim IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo – SP, 31 mai. 2020. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/442>. Acesso em 19 out. 2020.
36. RAMOS, S. E. B; BACK, C. M. Soluções Negociadas e o Processo Penal Brasileiro. **Revista Húmus**, v. 9, n. 27, 2019, p. 194-213. Disponível em <http://www.periodico->

- seletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/1178. Acesso em 27 mai. 2020.
37. RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira. É preciso um *Plea Bargain* Tropical? **Boletim IBC-CRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo – SP, n. 324, Nov. 2019. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/15/41>. Acesso em 27 mai. 2020.
38. SILVA, Franklin Roger Alves. Controvérsias no Acordo de Não Persecução Penal. In: SILVA, Franklin Roger Alves (org). **O Processo Penal Contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública**. Editora CEI, Belo Horizonte – MG, 06 mai. 2020, p. 188-212.
39. THE FEDERALIST SOCIETY. *Plea Bargaining in America: An Overview & Conversation*. Fala oral originalmente em língua inglesa e de livre tradução. Entrevista realizada pela equipe do Canal *The Federalist Society* com os especialistas Jay Schweikert, Analista de Políticas no *Cato Institute* e Timothy Sandefur, Vice-presidente de Litígios do *Goldwater Institute* sobre o *Plea Bargaining* na América, para a série de entrevistas “*POLICYbrief*” sobre a Justiça Criminal. Youtube. 24 out. 2018. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=agoN6SsSnfo>. Acesso em 01 jun. 2020.
40. VIEIRA, Carolina Luíza Sarkis. A consolidação do eficientismo no discurso jurídico-penal contemporâneo: o exemplo da Convenção de Viena. **Revista Jurídica da Presidência da República**, Brasília – DF, v. 8, n. 78, Abr./Mai, 2006 p.29-35. Disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/498>. Acesso em 03 out. 2020.
41. ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza. **Garantismo e Eficientismo Penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança urbana**. in. Anais do CONPEDI Uberlândia – MG, 2012. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b23975176653284f>. Acesso em 03 out. 2020.

DEMOCRACIA E CIBERATIVISMO: UM EXAME CRÍTICO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ELABORAÇÃO DE NORMAS E POLÍTICAS APOS O ADVENTO DA INTERNET

Raphael Vieira da Fonseca Rocha¹
João Felipe Colonense Cunha²

RESUMO

O intento desse ensaio visa discutir os possíveis impactos da influência do ciberativismo na democracia como um todo, nas relações jurídicas e criações de dispositivos legais atualmente. Na primeira seção será apresentado o conceito de democracia, suas manifestações, modalidades e seu procedimento, e sua manifestação no Brasil. Já a segunda seção toca no surgimento da internet e para que foi criada, seu conceito fazendo a distinção com o ciberespaço, aliando tais informações a dados oficiais sobre a dimensão da internet. A Terceira seção trata do ciberativismo em si sua conceituação, sua origem, seus tipos e características além dos seus objetivos e por fim na última seção serão abordados e discutidos grandes casos do tema para melhor compreensão e onde é encontrado o ciberativismo. O método adotado no presente ensaio será dedutivo, bem como o objetivo descritivo, com uma abordagem qualitativa, tendo em vista que as informações angariadas serão ponderadas de forma crítica e valorativa, a fim de que seja possível extrair conclusões bem fundamentadas do assunto debatido com a finalidade da pesquisa será básica estratégica.

Palavras-Chave: Direito digital. Ciberativismo. Democracia

ABSTRACT

This essay aims to discuss the potential impacts of cyberactivism on democracy as a whole, legal relations, and the creation of current legal devices. The first section will present the concept of democracy, its manifestations, modalities, and procedures, as well as its manifestation in Brazil. The second section discusses the emergence of the internet, its purpose, and its distinction from cyberspace, combining this information with official data on the size of the internet. The third section deals with cyberactivism itself, its conceptualization, origins, types, and characteristics, as well as its objectives. Finally, in the last section, major cases on the topic will be addressed and discussed for better understanding and where cyberactivism is found. The method adopted in this essay will be deductive, with a descriptive objective and a qualitative approach, considering that the gathered information will be critically and evaluatively weighed to extract well-founded conclusions on the topic. The research purpose will be basic strategic.

Keywords: Digital law. Cyberactivism. Democracy

INTRODUÇÃO

Ao entrar na história da soberania ou do poder soberano ocidental, pode começar pela Idade Moderna, uma vez que se inicia a partir da história do deslocamento da titularidade do poder político do Rei para o Estado, do Estado para a Nação e da Nação para o Povo. Segundo o ensinamento de Colombano (2017, p.101), hodiernamente há predomínio de uma concepção ideológica, cujo olhar está voltado para o povo como o único e fiel depositário da soberania. Ou seja, uma história política e jurídica sem grande retrocesso.

Diferente de arquétipos, governos

e populações não são estáticos, sempre em constante mudança e movimento, assim deve-se observar a democracia sob uma ótica moderna, onde a sociedade e governo têm novos mecanismos de controle e participação, seja em decisões governamentais, elaboração de leis, economia, ou de empresas, temos como exemplos atuais o Inquérito das *Fakes News*, as manifestações do Poder executivo federal por redes sociais, o boicote ao *Facebook* feito por grandes empresas como *Coca-Cola* e *Starbucks*, e a população sempre ativa votando e fiscalizando movimentações de Propostas de Emenda Constitucional (PEC) por meio do

¹ Doutor em Direito Internacional pela UERJ. Mestre em Direito Internacional pela UERJ. Graduado em Direito pela UFRJ. Professor do Curso de Direito do UNIFESO. Advogado.

² Graduado em direito pelo UNIFESO.

e-cidadania, entre outras (G1, 2020, *on-line*; AUCHARD in Reuters, 2017, *on-line*).

Com isso fica evidente o elo em todas as situações acima narradas como ferramenta e veículo para propagação é a internet, meio esse que se tornou essencial para todo o mundo, seja para expressar, fiscalizar, e coibir práticas abusivas, e antidemocráticas ou utilizada de forma coerente, pois vem sendo o meio mais inclusivo para manifestações sociais, tanto que se levantou a PEC 185/15 que visa incluir o acesso universal à internet como direito fundamental.

E no âmbito social, uma maior parcela da população ganha voz, permitindo que a democracia alcance outros patamares antes não alcançados, como votos em sites governamentais, mostrar pontos críticos a fatos atentatórios as leis, com isso interferindo em decisões de governos e empresas.

Em busca de melhorias, observa-se que o Estado desenvolve novos mecanismos para diminuir o lapso legal, para que assim o povo possa se manifestar. Surge então a seguinte indagação: como a internet redefine as relações, modifica as barreiras nacionais e internacionais em suas relações, que nem sempre se desenvolvem simultaneamente?

Como hipótese para essa questão, tem-se que a internet trouxe alterações expressivas ao processo democrático, por possibilitar maior participação das pessoas, e transparência em todo processo democrático. Este estudo objetiva discutir possíveis impactos da influência do ciberativismo na democracia como um todo, nas relações jurídicas e criações de dispositivos legais no dias atuais, por meio de uma análise acadêmica, doutrinária e jurisprudencial e em experiências já sofridas.

Para dar suporte ao objetivo principal, é importante tratar com maiores detalhes pontos sobre a democracia sob a ótica de Bonavides e outros autores, discorrendo seus tipos e formas, o sistema eleitoral brasileiro e a participação da sociedade na democrática do Brasil. Também demonstrar o conceito, inovações e os impactos causados pela internet a sociedade, bem como uma análise do ciberativismo, por meio de casos concretos, onde

serão apontadas suas características, origem e categorias e os impactos causados em nossa sociedade moderna.

Como aporte metodológico, foi realizado estudo dedutivo, com objetivo descritivo, uma vez que a análise elaborada se originou de premissas já estabelecidas em reflexões anteriores, como artigos científicos e livros especializados no tema. Utilizou-se como base doutrinas: jurisprudências, legislações e exame de casos concretos. Deste modo, o procedimento empregado foi o bibliográfico documental, em conjunto com o estudo de casos.

Utilizou-se abordagem aplicada qualitativa, tendo em vista que as informações obtidas foram ponderadas de forma crítica e valorativa, possibilitando conclusões bem fundamentadas do assunto debatido.

Não obstante, ao compreender a chamada vontade do povo, ou vontade geral, o povo é verdadeiramente, a única fonte do poder soberano do Estado – frase repetida e conhecida no mundo ocidental, haja vista, que a soberania popular é inalienável e indivisível no que se refere à sua titularidade.

1 ASPECTOS GERAIS DA DEMOCRACIA

A capacidade participativa e de mobilização cidadã se tornaram pontos de grande relevância para que houvesse de fato a reafirmação de que o Estado Democrático de Direito fosse aprimorado. Ao entrar no contexto que se alinha com o poder participativo em democracia, entende-se que não é tão fácil conceituar democracia, uma vez que resulta do modelo de convivência social e do poder que determinada sociedade adota.

Silva (2020, p. 128), assinala que democracia somente pode ser concebida dentro de determinado contexto histórico, o jurista é claro “democracia é governo do povo, pelo povo e para o povo”. Provavelmente tal definição, não se enquadra em um Estado democrático, ou totalmente democrático. Para Rousseau (1999, p. 83), “se tomarmos o termo no rigor da acepção, nunca existiu verdadeira democracia, tampouco existirá. Não se pode

imaginar que o povo permaneça constantemente reunido para ocupar-se dos negócios públicos”. Então, na concepção de Moraes (2005, p. 132), nesta assertiva, em uma análise conceitual, pode-se afirmar que democracia é o “regime em que os governantes são escolhidos pelos governados; por intermédio de eleições honestas e livres”.

É um conceito simples. Porém, bastante alinhado com um conceito da teoria liberal, ou seja, vislumbra a democracia representativa, em detrimento de resultados buscados pela mesma, como o bem-estar do povo, que define o governo a favor do próprio povo.

Mas uma vez, encontra-se na menção de Silva (2020, p. 128) com maestria, conceitua democracia como “um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo.” Ao elencar a democracia, cabe destacar que é caracterizada como direta, indireta, semidireta e democracia participativa.

A democracia é a melhor maneira de garantir e assegurar a participação poder ao povo, entretanto, tal conceito, ao longo da história, vem sendo distorcido e levado a público pela maioria dos Governos em todo o Globo. É pertinente citar Silva (2020, p.138), uma vez que sabiamente direciona os olhares para a democracia como ela é de fato. Neste sentido, sua lição ensina que “é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando.” Ou seja, elenca o sistema político em que os cidadãos decidem, de forma direta, cada assunto, por meio do voto. Argumenta-se em favor da democracia direta que a democracia representativa é incapaz de defender os interesses da maioria da população, principalmente no Brasil, uma vez que os representantes eleitos, em regra, não fazem parte da parcela populacional que os elegeu.

Já Bonavides em sua leitura doutrinária afirma que na democracia direta, o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando a si sem interferência do Estado. Refere-se ao sistema

político em que os cidadãos decidem de forma direta, cada assunto, por meio do voto. Assevera que os eleitos comumente possuem necessidades distintas por pertencerem a uma classe privilegiada. Como solução, a aplicação da garantia do verdadeiro sufrágio universal, o voto direto decisivo para cada questão, em oposição a um representante onipotente.

No entanto, a democracia direta tem-se tornado cada vez mais utópica, em virtude de dificuldades práticas, como obter e computar o voto de cada um dos cidadãos em cada uma das questões que precisam ser decididas. Essas dificuldades se potencializam na proporção das dimensões populacionais e territoriais do país, o que a tornaria cada vez mais onerosa, lenta e cara (MACEDO, 2008, p.183).

O que o autor nos faz compreender se resume no seguinte entendimento: para uma grande população a democracia direta não se enquadra, uma vez que a sociedade carece de versatilidade, em que decisões urgem e emergem de suas expectativas e anseios, sob pena de sacrifícios e de prejuízos dificilmente recuperados, enfatizando a representatividade da governabilidade.

Porém, cada vez mais a democracia direta se distancia, considerando que o próprio povo, tecnicamente ainda não possui conhecimento ou maturidade para julgar ações do governo. Já na democracia indireta, as decisões relacionadas a coletividade não devem ser tomadas pelo povo, conforme ocorre na democracia direta, mas sim pelos seus representantes, escolhidos por meio do voto.

Conceituada como democracia representativa, oriunda da ação do povo, cujo poder emana, elege representantes, para tomada de decisões políticas. Bobbio salienta que:

Democracia representativa significa que as deliberações relativas à coletividade inteira são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para essa finalidade. É também chamada de democracia liberal, visto ser defendida pelos grandes pensadores do liberalismo, que a

aditem como o único sistema político em que os valores liberais podem realmente existir e se desenvolver. Por isso admite um conceito de cidadania restrita e individual, limitada, na prática, ao direito de voto (BOBBIO, 1997, p. 46).

Cabe aqui um breve esclarecimento, analisando sob a ótica liberal, isto é, o Estado Democrático e Direito fundamenta-se em ideias de formação da sociedade, entretanto, a tomada de decisões não contempla a soberania popular. Talvez se chegue ao argumento da incapacidade nas decisões estatais, que aborda a inoperância das formas da democracia direta em países populosos, e, ainda, da defesa do sistema burocrático de Max Weber.

Já a Democracia semidireta ou participativa, está configurada por trazer simultaneamente elementos das duas anteriores, podendo o povo agir em certos momentos diretamente e, em outros, indiretamente. Ao considerar a crise que incorpora a legitimidade da democracia representativa, os países liberais passaram então a acrescentar elementos oriundos da democracia direta no sistema político, cujo objetivo, era exatamente dar maior legitimidade, associando institutos da democracia direta juntamente à indireta. Tal conjugação preconizou a democracia semidireta.

Silva (2020, p. 130) afirma que “democracia semidireta é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo”.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988, possui instrumentos como o Plebiscito (o povo se manifesta anteriormente a um projeto lei ou ato do Estado), o Referendo (manifestação posterior) e a lei de iniciativa popular, que são participações diretas do cidadão, que do que a propositura legislativa elaborada por uma parcela da população para atender seus interesses.

Benevides tem o cuidado de explicar que para alguns autores, o termo “plebiscito”, pode ser visto como uma deturpação do referendo, como diz em sua citação:

No meio político e jurídi-

co francês, o plebiscito aparece como a deturpação do referendo, assim como a demagogia é a perversão da democracia. Pelo plebiscito, os eleitores se pronunciarão a favor ou contra um homem, e não a favor ou contra uma proposta, um projeto, um problema. Maurice Duverger sintetiza o horror do francês à ideia de plebiscito: consiste em “confiar num homem”, concedendo-lhe faculdades ilimitadas de poder, identificando ou harmonizando a causa do governante com os sentimentos e os interesses das classes populares (BENEVIDES, 1991, p. 37-38).

O autor afirma que há diferenciação dos termos, inclusive, o modo como constam no texto constitucional brasileiro.

Há, também, a participação indireta por intermédio do voto nos representantes políticos. Dessa forma, fica evidente que este último modelo de democracia é o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para não perder a essência da história da democracia:

A Grécia foi o berço da democracia direta, mormente Atenas, onde o povo, reunido no *Ágora*, para o exercício direto e imediato do poder político, transformava a praça pública “no grande recinto da nação”. A democracia antiga era a democracia de uma cidade, de um povo que desconhecia a vida civil, que se devotava por inteiro à coisa pública, que deliberava com ardor sobre as questões do Estado, que fazia de sua assembleia um poder concentrado no exercício da plena soberania legislativa, executiva e judicial (BONAVIDES, 1997, p. 346).

Nesse período apenas existia a democracia direta e o cidadão grego poderia participar das decisões, subjugando-as seus escravos e estrangeiros a cumpri-las, sem direito a questionamento. Numa democracia, dá-se ao povo o poder de influenciar na administração do Estado, seja através do voto e ou ao controle das contas públicas, entre outras maneiras (BONAVIDES, p. 346-349).

É importante discorrer acerca de outra forma de participação popular – o Referendo –, é perceptível que ocorre limitação à

legitimação ou rejeição de leis, assunto bastante polêmico e discutido, uma vez que possui como natureza, um “contrapeso corretivo dos abusos de um sistema representativo puro, cuja redundante maior seria a alienação da vontade popular”, desconsiderada pelos procedimentos democráticos tradicionais dos sistemas representativos (BONAVIDES, 2008 p. 288).

Entretanto, é por meio do referendo que a população participa ativamente no processo da elaboração legislativa. (BRASIL, 2008 *on-line*).

Considerando a Lei 9.709/98 que esclarece alguns elementos indefiníveis (Esta lei estabeleceu e esclareceu as matérias que podem ser alteradas por plebiscito ou referendo) que se referem ao texto constitucional, regulamentando o referendo na legislação infraconstitucional. Vale destacar quais os possíveis objetos das consultas populares realizadas mediante referendo e plebiscito – o que foi arrolado no art. 2º da referida lei, o qual dispõe que “Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada, relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa” (BRASIL, 1998 *online*).

A Constituição Federal confere à iniciativa popular um dos mecanismos mais expressivos de participação dos cidadãos no processo legislativo (art. 14, III) – A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: Iniciativa Popular. Trata-se de direito político, consubstanciada, em âmbito federal, pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

No entanto, não há divergências sobre o conceito de “iniciativa popular”, como afirma Benevides (1991 p. 37-38), a iniciativa popular legislativa pode ser conceituada como um processo de participação envolvendo desde a elaboração de um texto até à votação de

uma proposta, passando pelas várias fases da campanha, coleta de assinaturas e controle de constitucionalidade.

Porém é um processo que varia muito e seu sucesso depende do ponto de vista que dá visibilidade à participação popular como resposta à demanda por “mais democracia” – varia muito, conforme o enraizamento cultural da prática e com o nível de democratização efetiva da informação.

Benevides (1991, p. 37-38), completa que a impossibilidade de rejeição do projeto de lei de iniciativa popular em virtude de vício de forma é elementar para a existência do próprio instituto, uma vez que a possibilidade de não receber projeto de lei devido a equívoco na sua formalidade tornaria o mecanismo inofensivo.

Da maneira que era executada só era viável dado o tamanho da população, entretanto como manter a democracia hodierna.

2 INTERNET, SOCIEDADE E INOVAÇÕES

Ao realizar uma análise do ciberativismo, é importante breve reflexão acerca da evolução e popularização da internet, que consiste em uma rede de computadores dispersos por todo globo que compartilham dados e mensagens por meio de um protocolo comum, promovendo a união de usuários particulares, entidades de pesquisa, órgãos culturais, institutos militares, bibliotecas e empresas de toda envergadura (GUEDES, 2013).

Para Milhomens (2009, p.12-20), o ciberativismo surgiu com o uso de tecnologias digitais ou de informação e comunicação para a mobilização e enfrentamento político, social ou cultural, com o ciberativismo surgiu a popularização da Internet no começo da década de 1990. Ou seja, tudo foi rapidamente articulado com velocidade, as informações chegam em várias partes do mundo, despertando não só o interesse, mas a atenção de diversos setores da sociedade e culturas.

A cibercultura se apresenta mediante a sociedade em rede localizada no ciberespaço que é o local onde ocorre a comunicação por meio de computadores. Capobianco, explica

que a ‘palavra amplia a noção de cultura, logo, entendendo que a cultura digital é evolução natural da cultura produzida pelas sociedades, diferenciada pelo fato dos dados estarem armazenados em um mesmo lugar desterritorializado, acessível à maioria das pessoas e que oferece possibilidade de socialização e comunicação por meio de recursos técnicos diferenciados como: *e-mails*, *chat*, fórum, *wiki*, e outros.

A onda tecnológica que permeia a maior parte dos setores sociais lança as bases da cibercultura que por sua vez exige a organização de novas estruturas principalmente com relação à forma de organização do trabalho, do lazer e da comunicação entre as pessoas. Os contornos da cibercultura se definem à medida que cresce seu uso, bem como o acesso e a eficiência das tecnologias de comunicação e informação. No entanto, faltam definições mais abrangentes, pois um dos mais importantes aspectos da cultura digital é a sua diversidade. Por tratar-se de um evento contemporâneo, os teóricos ainda não chegaram a um consenso sobre a nomenclatura adequada para incluir as diversas características da cultura digital. Os outros nomes mais comuns da cibercultura são: cultura mundial, cultura das telecomunicações, cultura do ciberespaço, cultura telemática, cultura digital, cultura virtual, tecnocultura, entre outras denominações (CAPOBIANCO, 2010, p. 187).

Assim, o surgimento da Era Digital também chamada Era da Informação apoiada pelas tecnologias que permitem comunicação entre as pessoas, produção, armazenamento e repasse de informações em um espaço coletivo. Nesse contexto ocorre a relação do humano-computador-humano com a finalidade de produzir e registrar informações visando a construção de significados (CAPOBIANCO, 2010, p. 188).

Neste contexto, a telefonia oportunizou instrumentos para viabilizar a velocidade da comunicação, diante da criação do telefone celular em 1973, por Martin Cooper, nos Estados Unidos, pode-se afirmar que foi o prenúncio do horizonte contemporâneo do que seria a multimídia. Castells (1999), afirma a impor-

tância que ganhou a evolução da comunicação no mundo contemporâneo. Uma vez que a cultura digital se difunde em meio à interconexão e dispositivos computacionais, favorecendo a interrelação pessoal em escala mundial, o qual favorece também, o relacionamento cotidiano com máquinas inteligentes se tornando até mesmo uma obsessão pela interatividade.

De acordo com Pinho (2003, p.49), a Internet é uma ferramenta de comunicação e se distingue dos meios de comunicação tradicionais, por meio de seus aspectos que diferenciam a rede mundial dessas mídias – a não linearidade, fisiologia, instantaneidade, dirigibilidade, qualificação, custos de produção e de veiculação, interatividade, pessoalidade, acessibilidade e receptor ativo –, necessita ser mais bem conhecido e corretamente considerado para o uso adequado da Internet como instrumento de informação.

A internet, no cenário atual, tornou-se aliada quase que indispensável, como elo entre o Estado e o povo, onde Castells (2002) tece sobre o tema e desenvolve a expressão “sociedade em rede” ou “*network society*”, a qual nos remete a uma evolução histórica e natural dos Estados/sociedades/leis. Essas três são essenciais estarem em harmonia, mas esta última não acompanha as alterações das outras duas, retardando ou gerando um desequilíbrio nas relações.

Assim, tratando dessa perspectiva há necessidade de trazer a visão de referências no assunto como Castells (2003, p. 19) que escreveu: “a Internet nasceu da improvável interseção da *big science*, da pesquisa militar e da cultura libertária”.

A presença da contracultura norte-americana é claramente encontrada no desenvolvimento histórico da rede mundial de computadores, que nasceu de um projeto do militar no contexto da Guerra Fria. Na visão de Castells, a produção dos sistemas tecnológicos é estruturada culturalmente, assim, a cultura dos construtores da Internet teria moldado seu desenvolvimento.

O sociólogo considera que a cultura da Internet se caracteriza por uma estrutura em quatro camadas: a tecnomeritocrática (dos

cientistas), a dos *hackers*, a comunitária virtual e a empresarial. Esse elo é explicado por Castells (2003, p. 34-35): “ideologia da liberdade que é amplamente disseminada no mundo da Internet”.

Para Lévy (1999), a revolução tecnológica fomentou o surgimento de um ambiente cultural universal com técnicas, práticas, variações nos modos de pensamentos e construindo valores que agregam conhecimento, crenças, ética, costumes, saberes cotidianos e hábitos construídos nas relações entre pessoas, grupos, instituições ou organizações sociais informais com ferramentas técnicas da infraestrutura material que possibilita a comunicação digital.

O processo de globalização foi o estímulo para a real concretização do advento da internet, graças ao desenvolvimento muito rápido dos meios de comunicação. Houve a partir de então uma transformação nas relações sociais bem como os fatos históricos passaram a ser vivenciados e organizados pelos indivíduos da era tecnológica. Isso porque, possibilitou-se a transmissão de informações e imagens para qualquer parte do planeta, em tempo real, das tecnologias e seu potente alcance.

Um avanço importante ocorreu em 1990, o chamado capital digital, que Schiller (2002, p. 79-81), considerou que, por meio da Internet e a ampliação do sistema de comunicação, as redes de computadores, a economia capitalista alargou de maneira surpreendente o domínio sobre a sociedade e a cultura. O capital digital envolveu transformações radicais tanto na sociedade como nas inovações tecnológicas, o capital digital atinge ainda a vida cotidiana dos trabalhadores.

A Internet e a informatização das tarefas profissionais quebram as fronteiras tradicionais de tempo e espaço, o trabalhador faz tarefas do trabalho em casa e resolve pendências domésticas no trabalho em tempo real. Na visão distinta de Pierre Lévy (1999) também observou que “um verdadeiro movimento social nascido nos Estados Unidos da América, conhecimento como a ‘contracultura’ o qual abriu novas possibilidades técnicas e inventou o computador pessoal”. Tal movimento pos-

sibilitou a construção da internet mais próxima do que entendemos, pois, sua intenção era possibilitar e distribuir acesso a informações antes limitadas.

Com esse avanço da internet surgiram novos movimentos e termos entre eles o ciberativismo, que se confunde com a própria expansão da rede mundial de computadores. À medida que influenciou decisivamente grande parte da dinâmica e das definições sobre os principais protocolos de comunicação utilizados na conformação da Internet, possibilitou posicionar os diversos grupos e atividades do ciberativismo situados mais à esquerda ou mais à direita. Todavia, esse enquadramento tradicional, que orientou a divisão política das ações e ideologias no mundo industrial, encontra crescente dificuldade operacional diante de muitas ações na sociedade informacional (QUEIROZ, 2017, p.1-3).

Diante do que foi descrito, é muito relevante direcionar o entendimento do tema que abarca a internet e suas variedades, transformações e contexto, no que tange à privacidade e responsabilidade civil, mediante breve análise do Marco Civil da Internet (MCI). De acordo com Teffé e Moraes, é fundamental dissertar acerca dos mecanismos criados pela Lei nº 12.965/2014, que instituiu o Marco Civil da Internet, cujo objetivo, está em tutelar os direitos da personalidade nas redes sociais virtuais.

Trata-se do reconhecimento do quanto à internet se transformou num instrumento fundamental para que as mais variadas estruturas sociais funcionem com total clareza e principalmente fidelidade, ou seja, proporcionando a difusão, o armazenamento e o processamento de dados com velocidade instantânea e grande precisão, que no cenário o qual se difundem incontáveis transformações tecnológicas, os desenvolvimentos das redes sociais virtuais se apresentam como um fenômeno contemporâneo, ocasionando forte impacto nas relações humanas, bem como nas relações jurídicas.

Entretanto, tal importância se apresenta a partir do momento que a internet adquire a direção na complexidade das relações

estabelecidas, assim, cada vez mais direitos e deveres passam a ser garantidos aos sujeitos envolvidos. Desse modo, é fundamental que seja discutido de forma sucinta, a leitura do art. 3º do MCI, dispõe que, a internet brasileira está calçada em um tripé axiológico cujos princípios da neutralidade da rede, estão formados pela privacidade e liberdade de expressão, que se encontram alinhados entre si (TEFFÉ; MORAES, 2017 p. 110-142).

Quando se faz referências à neutralidade da rede, Wu, também reforça acerca da liberdade de expressão que, por conseguinte, envolve diretamente, a privacidade que representa seu limite. Ou seja, discorrer sobre o princípio da neutralidade da rede, conduz ao seguinte entendimento: que a rede deve tratar da mesma forma tudo aquilo que transportar, não dando espaço à discriminação quanto à natureza do conteúdo ou à identidade do usuário, não obstante, “garantir uma experiência integral da rede a seus usuários” (WU, 2012, p. 244).

No entanto, Teffé e Moraes (2017, p. 112), são concisas e afirmam que a regra deve coadunar com o tratamento isonômico dos pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem, destino, serviço, terminal ou aplicação, havendo expressa vedação ao bloqueio, monitoramento, filtragem ou análise do conteúdo dos pacotes (art. 9º do MCI). E ainda descrevem que, tal princípio tem como característica, demonstrar que não somente a filtragem, mas também os privilégios de tráfego devam respeitar tão somente critérios técnicos e éticos, descartando quaisquer motivos políticos, comerciais, religiosos ou culturais que criem qualquer forma de discriminação ou favorecimento.

Esse cenário ganha um contorno voltado para a revolução digital, tanto que, falar da legislação específica destinada à proteção dos dados pessoais – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), é de suma importância, uma vez que o próprio Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014), por seu turno, assegura aos Usuários da internet o direito às informações claras sobre as etapas de coleta, uso, armazenamento, tra-

tamento e proteção de seus dados pessoais.

Desse modo, vale destacar que a LGPD – ainda que represente grande avanço legislativo no caminho do fortalecimento regulatório dado à matéria, bem como da efetividade das noções de privacidade e proteção de dados pessoais, de acordo com Canto *et al* (2019, p.34), em várias situações, apreende reflexões, cujas bases axiomáticas já presentes no ordenamento jurídico brasileiro, indica seguramente, que já se verifica, no Brasil, uma consciência principiológica, ainda em pleno desenvolvimento no que concerne à necessidade de salvaguardar direitos inerentes aos dados e a seus titulares frente a eventuais violações de suas premissas.

3 CIBERATIVISMO

As mídias tradicionais têm por característica produtores de conteúdo com formação profissional, alta capacidade técnica e que são facilmente identificados – e, portanto, responsabilizados – e os consumidores, que estão na ponta recebendo as informações, numa relação de único sentido. As mídias existentes no ciberespaço, no entanto, se diferem das tradicionais, pois a internet reduziu a distância entre o produtor e consumidor, removeu as barreiras técnicas e burocráticas, sendo assim Cervi (2012, p.17) colabora: “não dá mais para separar quem produz de quem consome”.

Para Lévy (1999, p. 17), “cibercultura especifica o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço”.

São consideradas análises e reflexões acerca dos impactos tecnológicos digitais e móveis em Lemos e Lévy (2010, p.22): “hábitos sociais, práticas de consumo cultural, ritmos de produção e distribuição da informação, com novas formas de sociabilidade de comunicação social”.

Para tanto, a cibercultura ganha espaço nas primeiras reflexões acerca dos impactos dos novos meios de comunicação e informação sobre cultura, sociabilidade e política,

desenvolvendo pesquisas ligadas às inovações tecnológicas e suas apropriações por cidadãos usuários. Segundo, Sampaio *et al* (2018, p. 128), sendo estabelecidas intersecções não somente com outras áreas da comunicação, ciberjornalismo, mas também com as ciências sociais, como as reflexões acerca do impacto do digital sobre formas de ação coletiva, o ciberativismo.

O termo ciberativismo soa diferente, porém grande parte dos usuários de internet, em algum momento, já recebeu link ou e-mail, solicitando participação em algum tipo de movimento de luta contra a fome, contra o abandono de animais e muitos outros. De acordo com Arruda (2011, p. 54), esses tipos de ciberativismo podem ser ampliados possibilitando aos mais engajados, marcarem via e-mail, redes sociais, um local para se reunirem para protestos por meio de *flash mobs*, ou reivindicarem uma causa por envio de email em massa.

No Brasil, por intermédio do Fórum Social Mundial, realizado em 2001 em Porto Alegre, possibilitando tomada de decisão sobre a importância da internet para a difusão de reivindicações comunitárias.

Desta forma, no ciberativismo, o espaço eletrônico é utilizado de forma complementar ao espaço de lugar o tornando com maior complexidade, ou seja, é uma forma de atuação, caracterizada por redes de cidadãos que criam arenas, segundo Lemos, até então monopolizadas pelo Estado e corporações para a expressão de suas ideias e valores para agir sobre espaços ou para desestabilizar instituições virtuais por meio de ataques no ciberespaço.

A ciência da inteligência coletiva busca, assim, aproveitar o potencial agregador da rede para o exercício da cidadania. Neste sentido, os cidadãos poderiam colocar seus problemas de forma coletiva, incentivando o debate, a tomada de posição política, cultural e social. Não se trata aqui de uma utopia, mas de uma constatação do potencial do ciberespaço e de forçar os poderes públicos a instaurarem práticas neste novo espaço de fluxo (LEMOS, 2004, p. 5).

Paralelamente, Miguel e Biroli (2010, *apud* Sampaio *et al*, 2018, p. 129) discorrem sobre o interesse nas relações entre mídia e política, centrado em quatro pontos: primeiramente, a mídia se tornou o principal instrumento de contato entre a elite política e os cidadãos comuns; em seguida, a mídia é a principal responsável pela produção da agenda pública, conduzindo ao terceiro ponto, o discurso político a se transformar, adaptando-se às formas preferidas pelos meios de comunicação de massa; e por fim, candidatos a posições de destaque político adotam uma preocupação central com a gestão de suas visibilidades e imagens públicas.

Numa perspectiva política de participação, há os meios virtuais geram debates, que mapeado por Marques (2008), parte do pressuposto que há uma forma de atuar distinta entre as novas mídias virtuais e as mídias de massa as tradicionais e, portanto, gerando novas expectativas para a desenvolvimento de práticas democráticas. Gomes (2005) acrescenta que a partir da observação da estrutura da internet frente aos dilemas antigos que cercam à democracia:

Marques (2008) discorre acerca da participação política para os autores mais otimistas que segundo ele, poderia receber doses de incentivo ampliando o contato entre representantes e representados, o que levaria a traçar novas formas de coletar contribuições da esfera civil, utilizando “salas de bate-papo, fóruns, pesquisas de opinião e demais mecanismos de consulta pública no ambiente digital de comunicação” (MARQUES, 2008, p. 228).

Quanto ao ciberativismo, Vegh (2003, p.71) afirma que se posiciona diante da utilização da Internet por movimentos politicamente motivados. Explica que o ativismo digital possibilita três categorias de atuação: a primeira está pautada na conscientização e promoção de uma causa, com a difusão de informações e eventos paradigmas dos meios de comunicação tradicionais hegemônicos, bem como agindo como meio alternativo de informação; de outro modo, a segunda, relaciona-se com a organização e mobilização a partir do uso da

Internet, mediante uma determinada ação; e por fim, da ação e reação, também conhecido como hacktivism, que abrange vários tipos de ações, como apoio on-line, invasão ou congestionamento de sites.

Também podem ser consideradas outras ações, como as petições *online*, a organização de manifestações, criação de sites de denúncia e outras ferramentas com função política e social. Segundo Alcântara (2013, p. 84), no ciberativismo é possível identificar três dimensões conceituais: novas mídias, dinâmicas de organização e repertórios de ação coletiva. Ou seja, tais dimensões se transformaram ao longo do tempo, porém, estavam presentes em outros períodos de movimentos sociais.

Os movimentos sociais que utilizam a Internet como principal meio de articulação possuem três características extrínsecas, que Castells (2003, p.118) completa, são movimentos culturais que utilizam os meios de comunicação para trabalhar os princípios e valores do modo de vida que defendem, em seguida, tais movimentos sociais precisam tornar-se uma alternativa em relação à crise das organizações políticas verticais e engessadas da era industrial, e por fim, a Internet que viabiliza a globalização desses movimentos sociais, transformando uma causa local em causa capaz de abranger o mundo, viabilizando até mesmo o combate ao poder e à mídia tradicional.

É importante ressaltar que uma das problemáticas encontradas nos estudos sobre o ciberativismo, está em sua abordagem como inovação, separando-o do próprio desenvolvimento da Internet e das transformações dos mecanismos de protestos. No entanto, existem algumas iniciativas na tentativa de tratar o ciberativismo como sucessor de um processo de luta social, cultural e política que é anterior à Internet, mas também diretamente relacionado ao seu próprio desenvolvimento (ALCÂNTARA, 2013, p. 79).

Nesse sentido, Castells (2013, p. 130) alerta que os movimentos sociais não surgem apenas da escassez ou do desespero político, porém, exigem uma mobilização emocional

desencadeada pela indignação que a injustiça provoca, assim como pela esperança de uma transformação esperada em função de exemplos de revoltas com resultados vitoriosos em outras partes do mundo.

Também pontua características desses movimentos que, embora se iniciem pelas redes sociais virtuais, só se tornam um movimento quando começam a ganhar espaço no meio urbano, com ocupação de praças, prédio público ou por manifestações de rua. Trata-se de uma característica híbrida, virtual e real, que possibilita possibilitou efeito de onda de protestos em níveis mundiais, como aponta Castells:

Os movimentos são simultaneamente locais e globais. Começam em contextos específicos, por motivos próprios, constituem suas próprias redes e constroem seu espaço público ao ocupar o espaço urbano e se conectar às redes da internet. Mas também são globais, pois estão conectados com o mundo inteiro, aprendem com outras experiências e, de fato, muitas vezes são estimulados por essas experiências a se envolver em sua própria mobilização (CASTELLS, 2013, p. 130).

Neste sentido, movimentos populares se materializaram, desenvolvendo uma relação entre o ciberativismo e manifestações que ocupam o espaço público na segunda década do século XXI. Para Lévy (2005, p.132-139), o interesse do capitalismo e do mercado levaria a uma conversão das comunicações ao virtual, fomentando a formação de um espaço comunicativo com suas próprias características, em expansão, sobretudo, produzindo mais conhecimentos.

No entanto, é importante que o ciberativismo seja conceituado como um conjunto de práticas defensoras de causas políticas, socioambientais, sociotecnológicas e culturais que são praticadas em ambiente virtual de redes cibernéticas, sendo fundamental para definir o atual modelo da internet, baseando-se em autonomia (SILVEIRA; SILVA; BRAGA, 2014, p. 117).

Ademais, apesar das novas tecnologias da informação não ditarem o comporta-

mento social, elas, como redes, não podem ser encaradas como meras ferramentas, igualmente, Castells (2013, p. 66) afirma: “formas organizacionais, expressões culturais e plataformas próprias para a autonomia política”.

Quanto ao ativismo, é importante salientar que se classifica por três formas na internet: ativismo computadorizado, desobediência eletrônica civil e hackeamento politizado. Segundo Alcantara (2015, p. 80), o ativismo computadorizado é fruto de uma interseção entre movimentos sociais políticos com a comunicação estimulada pelo computador. O mesmo autor, afirma que o ativismo computadorizado para além do compartilhamento de informações e do diálogo entre ativistas, se classifica como a “infoguerra”, na qual a internet é utilizada para incitar mobilizações em escala global, isso em um nível mais avançado.

Vale salientar que dentre os fatores geradores das mobilizações, além dos desejos, expectativas e aspirações do chamado “senso comum”, o fenômeno da sociabilidade e da cooperação são peças encorajadoras para a afirmação de uma comunidade participativa autônoma e organizada. Acerca de concepções das comunidades virtuais insuflada pela antiga aceção romântica de “comunidade”, Bauman (2003 *apud* Silva; Paiva, 2013) explica há um impedimento de que se abarque com mais profundidade o sentido dos movimentos coletivos de nossa época. Como afirma Lévy (2002 *apud* Costa, 2005, p.236), sobre as comunidades virtuais, que são uma nova forma de se fazer comunicação.

Indubitavelmente, o meio digital tornou-se o canal de comunicação mais utilizado pelos ativistas, e essa comunicação de massa está baseada em redes horizontais de comunicação interativa difíceis de controlar por parte de governos ou empresas. A comunicação digital tem uma característica multimodal uma vez que possibilita a referência constante a um hipertexto global de informações com componentes que podem ser redesenhados pelos comunicados segundo projetos de comunicação específicos. Desse modo a autocomunicação de massa favorece a plataforma tecnológica

que constrói a autonomia do ator social, tanto no modo individual ou coletivo (CASTELLS, 2013, p.10).

Seguramente, esse novo formato de comunicação passou a estimular grande parte desses movimentos. A Internet, juntamente com sites de redes sociais, transformou-se em canais de agendamento das manifestações. Dessa forma, quaisquer que sejam os fatores exógenos que motivam os participantes iniciais para começarem a enviar mensagens.

[...] a consequência é que eles criam uma semente aleatória na rede on-line: esses ativistas estimulam focos de atividade no início que são topologicamente heterogêneos e que se espalham por meio de outros indivíduos de baixo limiar que aderem à causa (GONZÁLEZ-BAILÓN *et al*, 2011, p. 8).

Para Castells (2013, p.10), embora os movimentos tenham em geral uma base no espaço urbano, marcado pelas ocupações e manifestações de rua, a existência contínua desses movimentos tem lugar no espaço livre da Internet. São movimentos, que por ser uma rede de redes, podem não ter um centro identificável, mas ainda assim garantir as funções de coordenação, e de deliberação, pelo inter-relacionamento de múltiplos núcleos. Dessa forma, não necessitam de uma liderança formal, de um centro de comando ou de controle, nem de uma organização vertical, para passar informações ou instruções.

A ação desses ativistas ocorre em um mundo híbrido, que congrega estratégias organizadas e deflagradas tanto no mundo real como no espaço virtual. A luta se dá no espaço público, muitas vezes em confronto com o poder estatal, político e financeiro, luta que depende não somente da troca de mensagens nas redes sociais, mas da construção de projetos que delineiem reivindicações e desejos de mudanças reais na sociedade. As propostas precisam ser delineadas de forma concreta, para não ficar apenas nas palavras de ordem das manifestações de rua, que podem ser esquecidas na esteira do tempo.

Neste contexto, a definição de cibera-

tivismo está no pensamento de Urgate (2008), que o descreve como o próprio ativismo midiático em suas inúmeras expressões, e sugere uma relação aparece de forma mais instrumental.

É perceptível que a construção ferramentas, espaços e dinâmicas de comunicação próprias dos movimentos sociais não é uma novidade e que replica a última década do século XX, não desconsiderando que novos fenômenos tenham surgido com a internet. Ademais, as mídias alternativas não somente objetivo de luta, também se configura em formas de luta e tem como potencial, influenciar nas próprias dinâmicas dos atores e da ação coletiva (ALCÂNTARA, 2015, p.83).

Alcântara (2015 *apud* CASTELLS, 2012, p.87) destaca que a existência dos movimentos sociais contemporâneos está associada à sua capacidade de “comunicação autônoma”. Ou seja, há uma noção de poder e contrapoder, que estão conectadas ao controle da comunicação.

Em contrapartida, (*apud* CHABOT, 2010, ALCANTARA p.90) sugere uma abordagem dialógica da difusão transnacional entre os movimentos sociais que segundo ele, está apoiada em quatro formas de comunicação: a) processo de tomada de consciência, quando os receptores em potencial começam a tomar contato com o repertório de outro país; b) processo de tradução, quando os transmissores e receptores dialogam sobre como deslocar o repertório para outro contexto; c) processo de experimentação, a partir de um investimento intelectual, os receptores vão experimentando os repertórios “importados” em pequenas escalas, readequando-os; d) processo de aplicação no movimento, os receptores integram os novos repertórios a uma grande variedade de atores.

Para Alcântara (2015, p. 87), os movimentos sociais exercem o contrapoder construindo a si mesmos mediante um processo de comunicação autônoma, livre do poder de controle institucional.

Muitas discussões são levantadas sobre o ciberativismo e a sociologia dos movimentos sociais, que se conectam com as mídias

ativistas. Carroll e Hackett (2006) abordam essa relação, descrevendo como mídia ativista, uma práxis emergente. Quando há uma ideia de que se estabelece uma relação entre as mídias ativistas e os aspectos estratégicos dos movimentos sociais argumentando que essas mídias são um instrumento estratégico para os movimentos, Alcântara (2015, p. 89) destaca suas funcionalidades: influenciar o conteúdo e a prática da mídia de massa hegemônica; lutar por reformas midiáticas democratizantes através de pressão ao poder público; construir uma mídia independente, democrática e participativa; transformar a relação entre a mídia e a audiência, empoderando esta última.

Mediante as funções da mídia ativistas, a luta pela democratização da comunicação teria a função de reduzir os custos de ação para os movimentos de mídia ativistas e para outros movimentos não ligados à causa diretamente (*apud* CARROLL E HACKETT, 2006 p.89).

Neste sentido, é fundamental ponderar tal perspectiva com o fato de que a Teoria da Mobilização de Recursos percebe a comunicação de forma bastante instrumental, que leva a percepção sobre a mídia apenas como um campo a ser atravessado pelas organizações para divulgar mensagens (*apud* MAIA, 2009, p. 90).

4 HARD CASES ENVOLVENDO O CIBERATIVISMO

A *web* é um ambiente em que agrupamentos humanos buscam para se reproduzirem com pessoas compartilhando os mesmos interesses em prol de uma causa em comum e afinidades, trata-se de um espaço de aproximação com o maior ambiente *online* de forma confortável.

No entanto, é importante discorrer que há leis que regulamentam tais condutas *online*, tanto nos aspectos criminais quanto civis, ao considerar que ainda há pessoas que se utilizam do anonimato, a *web* possibilita o uso dos meios digitais para proferir discursos de ódio.

Ao adentrar na linha do ciberativismo, uma corrente capaz de mobilizar pessoas

mundialmente ao mesmo tempo, as redes sociais ganharam dimensões tectônicas, conectando bilhões de usuários, e o poder dessas plataformas aumenta à medida que um número maior de pessoas se unem. De fato é uma modalidade nova de debate, a qual é chamada de ciberativismo.

Com isso, a invenção da Internet abriu possibilidades do uso dessa ferramenta para a propagação de ideias e o engajamento em torno de certas pautas. Trata-se de um poder de politização e mobilização social que ao passar dos anos e dos desenvolvimentos midiáticos só corroborou para fomentar debates.

Ademais, muito se discute sobre o real poder da influência transformadora das redes e mídias sociais, que somente a internet pode proporcionar de fato. Cabe aqui salientar que, há casos que possibilitam o passível, inclusive manipulação de eleições, entende-se que o poder político é bastante reconhecido na internet. Mas, não é à toa que se torna desqualificado, o uso frequente de mídias e redes digitais tende a descredenciar um movimento que tem um cunho verossímil – o ciberativismo, ou ativismo digital – como mal falado ou um ativismo sem causa e sem resultados.

No decorrer dos anos, a internet fomentou muitos debates e reuniu milhares de pessoas em detrimento de uma causa macro, como o caso Movimento “Passe Livre” que em 2013, no Brasil, os organizadores do movimento utilizaram as redes sociais para conseguirem adesão de centenas de brasileiros para irem às ruas realizarem protestos. Houve transmissão ao vivo e na internet dos protestos em todo o Brasil, justamente para promover e conscientizar a causa do movimento.

Em junho de 2013 a população brasileira demonstrou toda sua indignação, que se organizou de uma forma que antes, poucas vezes foram vistas. Abreu e Leite (2016, p.14-15) afirmam que esse tipo de organização popular só teria acontecido em momentos críticos ou que representasse mudança no contexto social da história do país. Alguns movimentos sociais podem ser citados, como em 1984 com o Movimento “Diretas Já”, também em 1992, no impeachment do ex-presidente Fernando

Collor de Melo, que entrou para a história, porém no contexto de mobilização.

Na última década o que chamou atenção ainda no ano de 2013, foi o Movimento Passe Livre (MPL) que foi uma revolta popular mediante reação policial, dando fôlego a outros movimentos e protestos, e assim, pode-se dizer que foi um marco de pulverização das reivindicações, que aparentemente seria por causa de alguns centavos.

Então, a reivindicação surtiu um efeito cujo papel da mídia impactaria a imagem brasileira, o resultado foi o imbricamento de movimentos populares que seriam estimulados dali para frente. A resposta desse movimento se deu primeiramente no Rio de Janeiro e São Paulo, congelando os preços das tarifas de ônibus. De fato, o MPL foi um movimento de cidadania, muito distante do “ativismo de sofá” que antes era descredenciado. O que se pode afirmar acerca desse movimento popular foi que a população não clamava por centavos e sim, deu ênfase, por meio da pauta da mobilidade urbana, a uma série de movimentos sociais que demonstravam, através do ciberativismo, a indignação de um povo.

Com isso, a corrupção e a oposição à emenda constitucional 37, que estaria prestes a ser votada no Congresso Nacional (PEC/37), a qual pretendia retirar do Ministério Público seu poder de investigação, foi o estopim, e não somente o aumento em vinte centavos, no transporte público, a real motivação.

A marcha popular do MPL movimentou ações que reverberaram em pronta reposta do Senado com a elaboração da “pauta prioritária” para dar satisfação ao clamor popular. Foi aprovado o projeto que tipifica a corrupção como crime hediondo; estabelecendo a exigência de ficha limpa para servidores públicos; e o que destina os *royalties* do petróleo para educação e saúde.

A Presidenta, Sr^{as} e Srs. Senadores ouviu atentamente a agenda que nós divulgamos ontem, discutiu cada ponto dessa agenda e ficou bastante entusiasmada com aqueles pontos que aqui foram defendidos, a saber: a ficha limpa para os servidores dos três Poderes, pu-

nição para juízes e promotores condenados, tornar hediondo o crime de corrupção e o fim do auxílio reclusão, bem como a proposta do passe livre, que eu tive a satisfação de lhe apresentar e que ela considerou uma proposta criativa, assegurando que estudaria a sua repercussão e que ajudaria no que fosse possível ajudar (CONGRESSO NACIONAL, Ata da 104ª Sessão Deliberativa Extraordinária, 26 jun. 2013, *online*)

Muitos outros movimentos populares ao longo dos anos surgiram por conta do ciberativismo, como dois casos que estão em voga no momento. Um que mexeu profundamente com a indignação popular, pois trata de um crime bárbaro que vitimou o menino Henry Borel em março de 2021. Trata-se de uma movimentação que alcançou quase 370 mil assinaturas e já foi visto por quase 2 milhões de pessoas.

O Congresso se movimentou, com a aprovação pela Câmara do PL1386/2021 – Lei Henry Borel, podendo ampliar a pena em 1/3 ou até metade para padrastos e madrastas que cometerem homicídio contra menores de 14 anos.

Rossato (2021, *online*) afirma que o movimento trabalha para que assassinos e agressores de crianças não tenham todo tipo de benefício legal como progressão de pena e regimes que não o fechado, e acredita que há urgência neste sentido, da criação de legislação tão eficiente quanto a Lei Maria de Penha, afastando sumariamente agressores do convívio de menores, além da duplicação ou triplicação de pena comparada a outros casos, sem possibilidade de progressão de regime. O movimento declara que foi uma vitória:

Caros, gostaria de agradecer imensamente a todos vocês pelo apoio espetacular, e atualizá-los! Nosso movimento está com quase 370 mil assinaturas e já foi visto por quase 2 milhões de pessoas. E o Congresso se movimentou, com a aprovação, pela Câmara, do PL1386/2021 - Lei Henry Borel, que pode aumentar a pena em 1/3 ou até metade para padrastos e madrastas que cometerem homicídio contra menores de 14 anos. Além disso, o Leniel, Pai do Henry,

agradeceu a todos nós pelo que estamos fazendo, e começou um movimento pela aprovação dessa lei. Vamos ser solidários com ele e ajuda-lo! Por isso, estamos declarando Vitória, e encerrando nossa petição. Nossos esforços agora devem ser em apoiar o Leniel e assinar a petição dele, como solidariedade a causa que ele está abraçando. [Change.org/LeiHenryBorel](https://change.org/LeiHenryBorel) (ROSSATO, 2021, *o-nline*).

É uma vitória popular movimentada pelo ciberativismo que tem ganhado forças nas redes sociais e fomentado ações governamentais para solucionar casos até então difíceis. O ano de 2021 está repleto de movimentações populares, uma vez que a cidadania já conheceu o seu caminho. Movimentos sociais como o “Vem pra rua”, quando a cada pronunciamento do Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, os movimentos organizam o famoso “panelaço”, um dos temas mais comentados em março de 2021, no Twitter e chegou a contar com famosos, políticos e a rede social, quando justamente, no momento do pronunciamento, milhares de pessoas morriam de COVID-19 por falta de equipamentos e o colapso do sistema de saúde.

Outro movimento clama pela CPI da pandemia tem como tema “O governo federal gasta 90 milhões com tratamentos inúteis, sabota as compras de vacina, o uso de máscaras e as medidas de isolamento de governadores e prefeitos, além de fechar metade dos leitos de UTI, espalhar desinformação e notícias falsas e promover aglomerações.

O grupo diz que o Congresso Nacional precisa instaurar a CPI e investigar os possíveis erros, crimes e omissões do governo federal. Sobretudo, há grande necessidade de pessoas engajadas e competentes no comando das políticas públicas de combate à covid. Esses cargos não podem ser deixados nas mãos de pessoas que não cumprem seus deveres constitucionais de salvaguardar a vida dos brasileiros (VIEIRA, 2021, *on-line*).

Criada oficialmente, a CPI da Covid investigará não somente ações e omissões do governo federal e o colapso da saúde no

Amazonas, como possíveis irregularidades, decorrentes de superfaturamentos em contratos e serviços feitos com recursos originados da União e enviados a estados e municípios. Assim, o movimento se declara vitorioso:

Com a instalação da CPI da pandemia, consideramos ter nossa petição atingido seu objetivo. Por pura inação do Presidente do Senado em pautar a CPI, mais uma vez o STF foi obrigado a fazer cumprir a constituição. Ainda assim, o procedimento será instalado e os crimes do Governo Federal serão investigados e os culpados serão punidos. Obrigado a as mais de 55 mil pessoas que apoiaram essa iniciativa. A voz do povo foi ouvida (HOEFIING, 2021 *on-line*).

Segundo Vieira (2021, *on-line*), o objetivo da CPI não é investigar estados e municípios. E sim, o governo federal a despeito da aplicação de recursos federais desviados numa causa específica. Também apurar como, de que forma e onde foram aplicados os recursos, também saber se houve desvios.

Inicialmente, foi encaminhado um pedido de abertura de uma Comissão Parlamentar de Inquérito sobre a pandemia ao presidente do Senado Federal, Sua Excelência, Sr. Rodrigo Otávio Soares Pacheco. Está prevista para abertura no artigo 58, § 3º da Constituição Federal de 1988, que prevê que:

§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Neste ponto, o movimento acelerou de forma vertiginosa, juntamente ao movimento CPI da pandemia, o movimento “Vem pra rua” que fomenta manifesta-

ções, por ser um movimento de direita como o Movimento Brasil Livre (MBL) e o Vem Pra Rua (VPR), estão amplamente ativos. Insta salientar que, com a consagração da liberdade de expressão juntamente ao direito fundamental dos cidadãos, ao longo do tempo vem demonstrando sua importância para os regimes democráticos. Comparato (2001, p.6-17) afirma que os direitos à informação e à liberdade de expressão exercem-se por meio dos veículos de comunicação, no entanto, é necessária a devida regulamentação desses mecanismos, cujo objetivo final seja respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, mediante crescente democratização.

Ainda que a base das mudanças tenham surgido timidamente, iniciadas pelas mobilizações, muitas situações mudaram de forma subjetiva, ou seja, aqueles que participam de lutas e movimentos sociais as lutas sociais, não demonstram que irão parar, pois o avanço só ocorre com pequenos retrocessos, típicos do caminhar de um processo de consciência coletiva (CHICONI, 2018, p. 7).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo buscou em primeiro momento apresentar um tema que emerge da atualidade e que se trata de uma temática que abre uma importante discussão acerca do assunto. O artigo pretendeu contribuir, com o debate acerca dos mecanismos de participação digital, especialmente quanto aos seus principais conflitos, limitações e oportunidades, tomando como base *cases* e realidades distintas. Contudo, procurou-se pensar criticamente no desenvolvimento e as transformações da democracia, da política e da cidadania e a influência da internet que visa facilitar o acesso às informações, ampliando os espaços de transformação cívica.

No segundo momento, adentrou no ciberativismo em busca de identificar o uso de tecnologias digitais ou de informação e comunicação para a mobilização e enfrentamento político, social ou cultural, levando à popularização da internet. Foi um momento fundamental para discorrer acerca do entendimento sobre a cibercultura e seus princípios

fundamentais que, sobretudo tende ao estabelecimento da sinergia entre competências, recursos e projetos que envolvem a ativação de modos de cooperação flexíveis, também discorreu sobre facilidades oferecidas pelo mundo digital e que são disponibilizados pelas grandes plataformas digitais, permitindo uma série de análises e reflexões acerca dos impactos tecnológicos digitais que fomentam práticas de consumo cultural, distribuição da informação, interagindo com novas formas de sociabilidade de comunicação social.

Em seguida foram abordados *Hard cases* que fazem parte do âmbito da democracia e da participação popular, assim como a sua importância em mobilizações que vêm conduzindo a opinião pública para a busca de soluções que se não fosse o ciberativismo envolvido, talvez não tivesse o desfecho desejado pela população.

Em casos como o Movimento “Diretas Já” que movimentou o impeachment do ex-presidente Fernando Collor de Melo, assim como Movimento Passe Livre (MPL) por meio de revolta popular mediante reação policial estimulando outros movimentos e protestos, deu novos rumos às reivindicações, reforçando-as, e mostrando o poder popular.

Entre tantos outros movimentos populares, o estudo mostrou temas atuais como o caso que gerou mobilização e indignação do menino Henry que foi brutalmente assassinado fazendo com que a opinião pública se posicionasse fortemente contra abusos de padrastos. Além de outras mobilizações voltadas para a CPI que visa investigar aplicação de recursos federais desviados numa causa específica, no caso COVID-19.

Com isso o estudo concluiu que é de suma importância que a Administração Pública, os partidos políticos e a sociedade civil estejam engajados para impulsionar o uso das tecnologias de forma cuidadosa, a partir de uma visão sistêmica, buscando verificar se a democracia eletrônica se apresenta como um sistema, pois é importante a compreensão do seu impacto na sociedade através da potencialidade de participação do cidadão como estratégia para avançar em direção a uma democra-

cia mais participativa, abrangente, horizontal e transparente.

REFERÊNCIAS

1. ABREU, L. Demetris; LEITE, F. Jader. (2016), Protestos de Junho 2013 no Brasil: Novos repertórios de confronto. Rio Grande do Norte. **Rev. Polis e Psique**, 2016; 6(3): 12 – 35. Disponível em <https://seer.ufrgs.br/PolisePsique/article/view/65499/40298>. Acesso em 13 out 2021.
2. ALCÂNTARA, Livia Moreira de. Ciberativismo: mapeando discussões. 37º Encontro Anual da ANPOCS, 2013. SPG01 Tecnologia, inovação e ciberativismo. Aurora: **Revista de arte, mídia e política**, São Paulo, v.8, n.23, p. 73-97, jun.-set.2015 Disponível em <https://revistas.pucsp.br/index.php/aurora/article/view/22474>. Acesso 12 out. 2020.
3. AUCHARD, Eric. Marcas suspendem propaganda no Youtube depois de exibição de anúncios ao lado de conteúdo abusivo, **Reuters**, 24 nov. 2020. Disponível em <https://br.reuters.com/article/internetNews/idBRKBN1DO29K-OBRIN>. Acesso em 12 Jul. 2020.
4. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
5. BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.
6. BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
7. BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2008, p.288.
8. BENEVIDES, Maria Victória. **A cidadania ativa**. São Paulo: Ática, 1991.
9. BRASIL. **PEC 185/15**. Dispõe sobre acrescenta ao inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para assegurar a todos o acesso universal a Internet entre os direitos fundamentais do cidadão. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075915>. Acesso 20 set. de 2020.
10. BRASIL. **Ata da 104ª Sessão, Deliberativa Extraordinária, em 26 de junho de 2013 3ª Sessão Legislativa Ordinária da 54ª Legislatura**. Disponível em <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/>

- [pdfdigitalizado/Anais_Republica/2013/Livro%2021.pdf](#). Acesso em 29 abr. 2021.
11. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. XV – Autorizar referendo e convocar plebiscito.
 12. BRASIL. **LEI 9.709 de 18 de novembro de 1998**. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III, artigo 14 da Constituição Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19709.htm. Acesso em 29 set. 2020.
 13. BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília – DF, 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 19 out. de 2020.
 14. BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília – DF, 2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em 19 out. 2020.
 15. BRASIL. Congresso Nacional. **Ata da 104ª Sessão, Deliberativa Extraordinária**. 3ª Sessão Legislativa Ordinária da 54ª Legislatura. Brasília – DF, 26 jun. 2013. Disponível em https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdfdigitalizado/Anais_Republica/2013/Livro%2021.pdf. Acesso em 29 abril de 2021.
 16. CANTO, Ana Paula et al. O Tratamento de dados pessoais na LGPD: transparência e dever da informação. In: SALDANHA, Paloma Mendes (coord.). **O que estão fazendo com os meus dados? A importância da Lei Geral de Proteção de Dados**. OAB Pernambuco. Recife: SerifaFina, 2019. p. 31-40. ISBN 978-85-66599-12-1 (E-book). Disponível em https://www.udop.com.br/download/noticias/2020/03_03_20_arquivo_oab_pe.pdf#page=31. Acesso em 23 de jun de 2021.
 17. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
 18. CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da Internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
 19. CHAR G.ORG. **Vencemos mais uma luta! Apoie o pai do Henry**, 2021. Disponível em <https://www.change.org/pt-BR/vit%C3%B3rias#most-recent>. Acesso em 03 abr. 2021.
 20. CHICONI, Beatriz. Movimento Passe Livre – SP: um estudo sobre as mobilizações populares e os processos de consciência. **Revista três pontos**. Vol. 15, n. 1, 2018. Disponível em <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revistatrespontos/article/view/12064>. Acesso em 01 maio 2021.
 21. COLOMBANO, Leandro Pereira. **Soberania popular e supremacia constitucional, limites do controle judicial de constitucionalidade sobre emenda à constituição do Brasil aprovada por referendo**, 2017. Escola de Formação Judiciária Ministro Luis Vicente Cernicchiaro. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/SoberaniaPopular.pdf>. Acesso em 18 set. 2020.
 22. COMPARATO, Fabio Konder. A democratização dos meios de comunicação em massa. **Revista da USP**, São Paulo, n. 48, p. 06-17, dez./fev. 2001. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/32887>. Acesso em 28 maio 2021.
 23. COPOBIANCO, Ligia. A Revolução em Curso: Internet, Sociedade da Informação Cíbercultura. **Estudos em Comunicação** nº7 - Volume 2, 175-193, 2010. Disponível em <http://ec.ubi.pt/ec/07/vol2/capobianco.pdf>. Acesso em 14 out. 2020.
 24. COSTA, Rogério. da. **A cultura digital**. São Paulo: Publifolha, 2003.
 25. G1. **Coca-cola pausa anuncios com o facebook**, 27 jun. 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/06/27/coca-cola-anuncia-pausa-por-30-dias-em-anuncios-em-facebook-e-twitter.ghtml>. Acesso em 12 set. 2020.
 26. HELD, David. **Modelos de democracia**. Belo Horizonte: Paidéia, 1987.
 27. HOEFLING, David. CPI da pandemia já!. **Charge.org**. 2021. Disponível em: <https://www.change.org/p/cpi-da-pandemia-j%C3%A1>. Acesso em: 22 maio 2021.
 28. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
 29. LÉVY, Pierre. Hipertexto. Publisher: UFMG. Citation: **Perspectivas em Ciências**

- cia da Informação, v.10, n.2, 2005. p.132-139.
30. MACEDO, Paulo Sérgio Novaes de. **Democracia participativa na Constituição brasileira**. Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008. P.183. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p181.pdf. Acesso em 23 set. 2019.
31. MILHOMENS, Lucas Fernandes. **Entendendo o ciberativismo sem-terra na nova esfera pública interconectada**. 2009, Dissertação (mestrado em Comunicação) do Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2009.
32. PINHO, J B. **Jornalismo na Internet: Planejamento e produção da informação on-line**. São Paulo: Summus, 2003.
33. QUEIROZ, Eliane. Fatima Covem. Ciberativismo: a nova ferramenta dos movimentos sociais. **Revista panorama: Revista de comunicação social**. Goiânia, v. 7, n. 1, p. 2-5, jan./jun. 2017. ISSN 2237-1087. DOI 10.18224/pan.v7i1.5574.
34. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 82; 83.
35. ROSSATO, Luiz Perrotti. Criação da Lei Henry Borel. **Charge.org**. 2021. Disponível em <https://www.change.org/p/ao-congresso-nacional-cria%C3%A7%C3%A3o-da-lei-henry-borel>. Acesso em 17 abr. 2021.
36. SCHILLER, Dan. **A globalização e as novas tecnologias**. Lisboa, Portugal: Editorial Presença, 2002.
37. SILVA, José. Afonso. da. **Curso de direito constitucional positivo** / José Afonso da Silva. 31ª Ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2008.
38. SILVEIRA; Sérgio Amadeu da; BRAGA, Sérgio; PENTEADO, Cláudio (organizadores). **Cultura, política e ativismo nas redes digitais** – São Paulo : Editora Fundação Perseu Abramo, 2014. 342 p.
39. TEFFÉ. Chiara Spadaccini; MORAES, Maria Celina Boldin. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 108-146, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6272>. Acesso em: 19 out. 2020.
40. VEGH, Sandor. *Classifying forms of online activism: the case of cyberprotests against the World Bank*. In: MCCAUGHEY, M., AYERS, M.D. (ed.). *Cyberactivism: online activism in theory and practice*. London: Routledge, 2003.
41. VIEIRA, Anderson. CPI da Covid investigará uso por estados e municípios de verbas federais para saúde, 2021. **Agência Senado**. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/14/cpi-da-covid-investigara-uso-por-estados-e-municipios-de-verbas-federais-para-saude>. Acesso em 02 abr. 2021.
42. WU, Tim. **Impérios da comunicação**. Do telefone à Internet, da AT&T ao Google. Trad. de C. Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

ALIMENTOS AVOENGOS: LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO OU FACULTATIVO?

Maria Rosália Pimentel Rodrigues¹
Josimar Domingues Teixeira²

RESUMO

O presente artigo versa sobre o estudo dos alimentos avoengos com destaque para a necessidade ou não do litisconsórcio passivo necessário entre os progenitores maternos e os progenitores paternos. Para tanto, demonstra os aspectos gerais da prestação alimentar avoenga e sua natureza jurídica. Tem como escopo a análise jurisprudencial quanto a aplicabilidade do litisconsórcio na obrigação alimentar entre os avós para a verificação do posicionamento dos Tribunais. Aborda a diferenciação entre o litisconsórcio passivo necessário, o litisconsórcio facultativo e o litisconsórcio passivo sucessivo. Será demonstrado que a prestação alimentar face aos avós deve estar em equilíbrio com o binômio necessidade-possibilidade. Bem como, na falta dos genitores ou na incapacidade dos mesmos de prestar alimentos, os avós podem ser chamados a lide com a formação de um litisconsórcio em caráter complementar e subsidiário.

Palavras-Chave: Alimentos avoengos. Litisconsórcio. Binômio necessidade-possibilidade.

INTRODUÇÃO

É sabido que, os progenitores poderão ser incluídos nas ações de alimentos através da formação de um litisconsórcio em caráter subsidiário e complementar, de forma a respeitar as suas possibilidades econômicas. A obrigação alimentar avoenga é um instituto jurídico relacionado ao Direito de Família em que os alimentos são pedidos pelos netos em face aos seus avós maternos/paternos, sendo traduzido pelo binômio necessidade-possibilidade.

Uma questão bastante discutível no ramo da prestação alimentar avoenga, no entanto, é em relação a viabilidade de se repartir a obrigação subsidiária entre os progenitores maternos e paternos. O Código Civil de 1916, tinha acordado a não existência de litisconsórcio necessário entre os avós, mas sim litisconsórcio facultativo entre os mesmos, ao passo que o Código Civil atual possibilitou um chamamento ao processo aos demais envolvidos na ação de alimentos avoengos.

Pode-se tratar como questionamento principal do trabalho as diversas jurisprudências, decisões e doutrinas que se segmentam a respeito do chamamento ao processo dos avós, e se, na obrigação avoenga existiria a formação de um litisconsórcio passivo necessário ou facultativo, já que o artigo 1.698 do Código

Civil instaura uma nova perspectiva quando o legislador incluiu o verbo “poderão”.

Fica evidente que existem duas possibilidades em relação a aplicabilidade do litisconsórcio passivo ao processo face aos progenitores. A primeira delas é a formação de um litisconsórcio necessário em que aborda a necessidade do chamamento ao processo tanto os avós maternos, quanto os avós paternos, não podendo figurar no polo passivo apenas um deles. A segunda é o litisconsórcio facultativo que permite que o autor da demanda decida quem deve integrar o polo passivo da ação.

O presente trabalho tem como objetivo estudar o impacto das jurisprudências divergentes no que se refere ao litisconsórcio que deve ser aplicado nas ações de alimentos em que o polo passivo seja os avós maternos/paternos, bem como analisar a necessidade da demanda a ser aplicada em face de ambos, observando que a obrigação de prestar alimentos deve ser subsidiária e diluída, na medida de seus recursos, entre ambos os avós. Pretende-se, então, solucionar a questão mencionada anteriormente para, assim, minimizar os danos que hoje são causados, facilitando o trâmite jurídico e diminuindo a morosidade do judiciário brasileiro.

Tal trabalho se justifica pela necessidade de reduzir as ambiguidades e contra-

1 RODRIGUES, Maria Rosália Pimentel. Advogada, graduada em Direito pelo UNIFESO.

2 TEIXEIRA, Josimar Domingues. Professor do curso de graduação em Direito do UNIFESO, advogado, especialista em Direito Processual Civil e em Direito Tributário pela UCAM; graduado em Direito pelo UNIFESO.

dições encontradas com a redação atual do artigo 1698 do Código Civil, tendo em vista que existem duas linhas de pensamentos, com base nas jurisprudências, uma voltada para a necessidade do litisconsórcio passivo necessário entre os avós e a outra permitindo que o litisconsórcio possa ser facultativo, bem como encontrar meios possíveis para solucionar as dúvidas encontradas em relação a qual litisconsórcio é mais adequado nas ações de alimentos em face dos progenitores.

Além disso, é notório que os conhecimentos jurídicos, de uma certa forma, não conseguem acompanhar as mudanças sociais que ocorrem diariamente nas relações familiares, impedindo que a sociedade não encontre todas as respostas as suas indagações apenas na legislação brasileira, permitindo que as jurisprudências estabeleçam vários pontos controversos em relação aos alimentos avoengos, o que pode causar sérios prejuízos, não só as partes envolvidas nas demandas, como também aos menores e idosos.

Cabe, ainda, analisar considerações que podem ser feitas acerca da existência de alguma possível limitação em relação a quem pode ser chamado a prestar alimentos, bem como a escolha do legitimado para pleitear as ações previstas no artigo 1.698 do Código Civil. Ademais, nas ações de alimentos em face dos avós, é notória uma grande controvérsia nas jurisprudências e acórdãos em relação a necessidade do litisconsórcio passivo necessário ou se há a possibilidade de se aplicar o chamamento a lide na forma do litisconsórcio facultativo.

Para alcançar os objetivos do presente trabalho a metodologia a ser adotada será a dedutiva, sobre o estudo dos alimentos avoengos voltado para a aplicação do litisconsórcio passivo necessário ou facultativo, tendo em vista que será realizada uma análise de informações distintas com o intuito de encontrar um resultado.

A partir da adoção desta metodologia será possível chegar a uma conclusão do referido estudo, sendo a presente pesquisa produzida através do procedimento técnico de utilização de jurisprudências, legislação,

doutrinas, enunciados de Jornadas de Direito Civil, enunciados do Centro de Estudos dos Tribunais de Justiça, bem como autores como Carlos Roberto Gonçalves, Paulo Nader, Maria Helena Diniz, levando-se em consideração a repercussão sobre o tema, bem como sua atual vigência.

Portanto, a pesquisa será desenvolvida através do estudo das mais diversas bibliografias nacionais a respeito do tema central, que envolvem a obrigatoriedade ou não da inclusão dos avós maternos e paternos no polo passivo das ações, como também através da análise de temas periféricos, mas também importantes como a aplicabilidade da solidariedade familiar como justificativa em sentenças, o binômio necessidade - possibilidade, contemplando todo o escopo do objeto de pesquisa.

Para alcançar os objetivos deste trabalho, o mesmo foi dividido em três seções, sendo a primeira seção referente aos aspectos gerais da prestação alimentar avoenga, sua natureza e características, a segunda seção baseada em uma análise jurisprudencial quanto a aplicabilidade do litisconsórcio e a terceira seção composta por uma indagação referente a qual litisconsórcio que deve prevalecer nas ações de alimentos em face aos progenitores.

1 DIREITO DE FAMÍLIA: ASPECTOS GERAIS DA PRESTAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA

Em síntese, o Direito de Família busca regular as relações das pessoas unidas pelo casamento, pela união estável, os filhos, a relação entre pais e filhos e entre os filhos e os pais, a proteção do indivíduo por meio da tutela e a proteção das pessoas por meio da curatela.

Paulo Nader (2016, p. 21) define direito de família da seguinte forma: “Direito de Família é o sub-ramo do Direito Civil, que dispõe sobre as entidades formadas por vínculos de parentesco ou por pessoas naturais que se propõem a cultivar entre si uma comunhão de interesses afetivos e assistenciais”.

Desta maneira, família é um conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de

natureza familiar, abrangendo os ascendentes, descendentes e colaterais. De forma menos ampla, a família é compreendida apenas pelo núcleo familiar composto por pais ou pai, e filhos que vivem sob o poder familiar. Observando o contexto social, família seria o conjunto de pessoas que vivem sob um mesmo teto, sob a autoridade de um titular.

A prestação de alimentos avoengos é um instituto jurídico ligado ao Direito de Família, ou seja, significa dizer que é o pedido de alimentos feito pelo neto em face de seus avós. Na falta dos genitores ou na incapacidade dos mesmos de prestar alimentos, os avós poderão ser chamados a integrar a lide com a formação de um litisconsórcio em caráter complementar e subsidiário, além de ser proporcional às suas possibilidades financeiras (MADALENO, 2018, p. 1168). Segundo o enunciado número 342 aprovado na IV Jornada de Direito Civil (2006, *on-line*):

Observadas as suas condições pessoais ou sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, complementar e não solidário quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, em caso em que as necessidades básicas dos alimentados serão afetadas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro de seus genitores.

Desta maneira, somente haverá dever de prestar alimentos avoengos enquanto perdurarem os pressupostos objetivos de sua existência, representados pelo binômio³ necessidade - possibilidade, ou seja, a relação entre a necessidade de quem reclama e a possibilidade de quem é reclamado. Assim, diz o art. 1.698 do Código Civil:

Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chama-

³ Para alguns doutrinadores existe na verdade um trinômio, abrangendo além da necessidade e possibilidade, a proporcionalidade da prestação alimentícia.

das a integrar a lide.

Estarão presentes alguns dos pressupostos necessários a prestação alimentar avoenga (GONÇALVES, 2017, p. 695) quando existir vínculo de parentesco, necessidade daquele que reclama e possibilidade daquele que irá cumprir com a obrigação, bem como impossibilidade ou ausência dos pais, o que significa dizer que se o parente que deve alimentos em primeiro lugar não estiver em condições de arcar com o encargo sozinho, o alimentante poderá chamar ao processo os parentes de grau imediato para contribuírem na proporção de seus recursos.

1.1 NATUREZA JURÍDICA DOS ALIMENTOS

Um dos temas de grande discussão no âmbito jurídico se refere a natureza jurídica dos alimentos, isso porque, não há um entendimento doutrinário pacífico. Uma parte da doutrina entende que os alimentos teriam características patrimoniais e pessoais e uma segunda parcela da doutrina defende que os alimentos são um direito da personalidade, uma vez que seu objetivo é assegurar a integridade física, psíquica e intelectual da pessoa humana. Na lição de José Maria Leoni Lopes de Oliveira (2018, p. 579):

A palavra alimentos em direito tem significado mais amplo do que no seu sentido comum, visto que não se limita à alimentação, mas abrange tudo aquilo que é necessário a uma vida digna, como habitação, vestuário, assistência médica, e, em se tratando de menor de idade, instrução e educação.

Dessa forma, os alimentos são entendidos como um conjunto de elementos básicos à subsistência humana, tais como vestuário, habitação, lazer, saúde e educação, pois têm um sentido diverso do utilizado comumente, abrangendo aspectos mais amplos do que os alimentos ingeridos diariamente pelo ser humano.

1.2 CARACTERÍSTICAS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

A obrigação alimentar tem como objetivo servir a manutenção da vida dos seres humanos com dignidade, tendo em vista que os alimentos têm características únicas, o que distingue o direito aos alimentos de todos os outros direitos e obrigações.

Para tanto, dentre as diversas classificações doutrinárias, para os fins do presente artigo, optou-se pela exposta pelo doutrinador Flávio Tartuce (2019, p. 808), em razão de sua abrangência em cotejo com outros doutrinadores como Maria Berenice Dias (2007, p. 452) e Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 681). Assim, as principais características da obrigação alimentar são:

a) Direito personalíssimo: Somente aquele que possui ou mantém relação de parentesco, casamento ou união estável é que pode pleitear os alimentos com observância do binômio necessidade – possibilidade. Dessa maneira, os direitos aos alimentos não podem ser transferidos a outra pessoa, pois deve atender única e exclusivamente o indivíduo que precisa de auxílio para manter uma vida digna. Tendo em vista seu caráter personalíssimo os alimentos não podem ser penhorados, cedidos ou compensados.

b) Reciprocidade: A obrigação de prestar alimentos é recíproca, ou seja, há reciprocidade entre pais e filhos, sendo extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns na falta do outro; irmãos, bilaterais ou unilaterais; cônjuges; companheiros de união estável. Tal característica está prevista no art. 1.696 do Código Civil e dispõe aos parentes, entre si, o dever de prestar alimentos, bem como o direito de cobrá-los caso seja necessário. O que significa dizer que aquele que é devedor pode vir, posteriormente, a ser o credor.

c) Irrenunciabilidade: A característica da irrenunciabilidade está prevista no artigo 1.707 do Código Civil, que assim estabelece: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão,

compensação e penhora”. Com isso, qualquer acordo estipulado de forma a renunciar ao recebimento dos alimentos será nulo de pelo direito, ressaltando que o alimentado pode até deixar de exercer seu direito, mas não poderá renunciar.

d) Obrigação divisível ou solidária: Dentre as características da obrigação alimentar encontra-se a divisibilidade, conforme previsão legal do art. 1.698 do Código Civil, em regra, tal obrigação é divisível entre os parentes do alimentado, cada coobrigado é responsável apenas pela sua parte. No entanto, Maria Helena Diniz (2007, p. 550 *apud* TARTUCE, 2019, p. 815, grifo no original) leciona sobre uma exceção no âmbito doutrinário “se o alimentado for idoso, visto que a obrigação passará, então, a ser solidária *ex lege*, cabendo-lhe optar entre os prestadores”.

e) Obrigação imprescritível: Enquanto estiverem presentes os pressupostos para a obrigação alimentar, o alimentado poderá pleitear, uma vez que o direito aos alimentos é imprescritível. Todavia, o direito de pedir alimentos que é imprescritível e não a cobrança das prestações que estão em débito.

f) Obrigação incessível e inalienável: Tendo em vista o caráter personalíssimo da obrigação alimentar, a mesma não pode ser objeto de cessão gratuita ou onerosa, o que significa dizer que não pode ser realizado um negócio jurídico no qual uma das partes contratantes transfere a terceiros seus direitos.

g) Obrigação incompensável: Sendo a personalidade uma das principais características dos alimentos, logo este não pode ser compensado, conforme previsão legal do artigo 1.707 do Código Civil. A compensação é uma forma de extinção de obrigações, por esta razão, já que os alimentos são o mínimo necessário a subsistência, seria um grande prejuízo ao alimentando a extinção dos mesmos.

h) Obrigação impenhorável: Também prevista no artigo 1.707 do Código Civil, por ser personalíssima, inaccessível, inalienável é ainda impenhorável, a impossibilidade da penhora dos alimentos se justifica pelo fato destes se destinarem à subsistência de quem os recebe, no caso do alimentando.

i) *Obrigação irrepitível*: Uma vez cumprida a obrigação alimentar não cabe pedido de restituição, nem ação de repetição de indébito, isso porque os alimentos têm por objetivo o sustento do alimentado, dessa maneira, não há como restituir aquilo que já se consumiu.

j) *Obrigação intransacionável*: Por abranger a característica da indisponibilidade, os alimentos não são passíveis de transação, sob pena de prejudicar o credor. Ocorre que, tal entendimento se aplica só quanto ao direito de pedir alimentos, os alimentos não podem ser objeto de negócio jurídico, mas o crédito vindo das prestações pode ser transacionado.

1.3 OS ALIMENTOS AVOENGOS

É sabido que, na falta de consenso entre os genitores, a obrigatoriedade de prestação alimentar cabe a ambos os pais, de forma proporcional e justa, conforme previsão legal do art. 1.696 do Código Civil. Devendo ser transmitida aos progenitores de grau imediato, também de forma proporcional as suas possibilidades (MADALENO, 2018, p. 1167), representado pelo binômio necessidade-possibilidade.

Dessa forma, observa-se que o dever de sustento da prole é dos genitores, porém, pressupondo a ausência dos pais ou a impossibilidade dos mesmos em proverem a prestação alimentar dos filhos, poderão os avós serem chamados a suprirem de forma subsidiária e complementar.

Entre avós e netos não se transfere uma obrigação, mas sim se cria uma relação obrigacional e a referida obrigação não se fundamenta no poder familiar, mas na solidariedade familiar proveniente da relação de parentesco.

Neste sentido que a responsabilidade dos avós é considerada subsidiária e complementa a dos genitores, tendo como medida a obrigação de prestar alimentos aos netos.

A obrigação alimentar dos avós é subsidiária, uma vez que a obrigação se manifesta a partir do instante que o parente obrigado em primeiro lugar não tem mais

condição de sustentar o encargo. Não é preciso que a incapacidade seja total, basta que a mesma seja parcial, resultando, assim, na complementariedade.

Quando se trata de subsidiariedade há um impasse para definir o que seria apontado como “falta”, isso porque o artigo 1.696 do Código Civil tem previsão legal da seguinte forma: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Entretanto, após grande polêmica, já é pacífico o entendimento jurisprudencial que tanto na morte, quanto na ausência do genitor ou até mesmo estando ele em lugar incerto e não sabido, são causas que justificam o ajuizamento da ação contra os progenitores, conforme precedente abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL – FAMÍLIA – ALIMENTOS – AÇÃO AJUIZADA CONTRA AVÓS PATERNOS - PAI DESCUMPRIDOR DO DEVER ALIMENTAR, JÁ TENDO SIDO SANÇIONADO, EM AÇÃO PRÓPRIA EXECUCIONAIS, PARA EFETIVAÇÃO DA ORDEM DE PAGAMENTO – MÃE SEM CONDIÇÕES DE GARANTIR SOZINHA O SUSTENTO DA PROLE - AVÓS APOSENTADOS – POSSIBILIDADE DE PRESTAÇÃO DE AUXÍLIO FINANCEIRO AOS NETOS - BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE ATENDIDO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO RECONHECIDO E DESPROVIDO. “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau uns em falta dos outros” (CC/2002, artigo 1.696). “A falta a que se refere esse dispositivo não deve ser entendida apenas como decorrente de morte ou ausência dos mais próximos, mas também como impossibilidade de garantirem sozinhos o sustento da prole” (TJ-SC, Apelação Cível nº: 694925 – SC, Quarta Câmara de Direito Civil, Relator: Ministro Luiz Fernando Boller, 2011, *online*).

Além de ser subsidiária, a obri-

gação alimentar tem caráter complementar, o que significa dizer que para que seja admitida a complementação da pensão alimentícia por parte dos progenitores, necessário se faz provar a impossibilidade dos genitores em prestar integralmente os alimentos em valor suficiente para a manutenção da prole.

Sendo a obrigação dos avós subsidiária, somente excepcionalmente deve ser reconhecida, quando provado que os pais não podem realmente arcar com o sustento do filho, ademais, os filhos devem viver em conformidade com a situação financeira dos pais.

2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL QUANTO A APLICABILIDADE DO LITISCONSÓRCIO NOS ALIMENTOS AVOENGOS

Há uma grande discussão no ramo da prestação alimentar avoenga entre a possibilidade da obrigação alimentar se dividir entre os avós maternos e paternos na medida de suas possibilidades. Isso porque, antigamente, era harmonizado a não existência de litisconsórcio necessário entre os progenitores, mas sim litisconsórcio facultativo entre os mesmos. No entanto, o Código Civil vigente deixou a possibilidade para um chamamento ao processo aos demais envolvidos na obrigação alimentar.

Desta maneira, o que se procura é uma análise das jurisprudências que se segmentam a respeito do chamamento ao processo em face dos avós, a fim de verificar se na obrigação avoenga, existe a formação de um litisconsórcio passivo necessário ou facultativo, visto que o artigo 130 do Código de Processo Civil prevê que só é viável o chamamento ao processo de todos os devedores solidários, ao passo que o artigo 1.698 do Código Civil, instaura uma nova perspectiva quando o legislador inclui o verbo “poderão” ao se referir em quem o familiar poderá chamar para integrar a lide na forma do litisconsórcio (DIDIER *apud* GONÇALVES, 2017, p. 676-677).

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como forma de esclarecer o artigo 1.698 do Código Civil decidiu pela necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário entre os avós coobrigados, conforme se verifica na seguinte

jurisprudência abaixo.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALIMENTOS SUBSIDIÁRIOS. AVÓS. INCLUSÃO DOS AVÓS MATERNOS. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE. IMPROCEDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE REEXAME DE PROVAS. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO RELATIVA À LEGITIMIDADE. 1. Não há que se declarar ilegitimidade de parte ou vício de representação se uma das partes que apresentou o recurso especial se encontrava regularmente representada e o provimento de sua pretensão aproveita ao colitigante. Não se revela o interesse em recorrer no ponto. 2. Não há que se falar em aplicação do verbete nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça se não houve pronunciamento ou análise de qualquer questão fática da lide, tendo a decisão agravada incursionado unicamente em tema de direito, de forma abstrata. 3. Nos termos do Código Civil e da mais recente jurisprudência do STJ, há litisconsórcio necessário entre os avós paternos e maternos na ação de alimentos complementares. Precedentes. 4. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt nos EDcl no AREsp nº 1073088. Relator: Ministra Maria Isabel Gallott., 2018, *on-line*).

Neste mesmo sentido, se posiciona o Relator Ministro Fernando Gonçalves ao se referir que a prestação alimentar deve ser diluída entre os avós paternos e materno, uma vez que a obrigação alimentar não tem a finalidade de solidariedade.

CIVIL. ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS. OBRIGAÇÃO COMPLEMENTAR E SUCESSIVA. LITISCONSÓRCIO. SOLIDARIEDADE. AUSÊNCIA. 1 - A obrigação alimentar não tem caráter de solidariedade, no sentido que “sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos.” 2 - O demandado, no entanto, terá direito de chamar ao processo os corresponsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contri-

buir de acordo com as suas possibilidades financeiras. 3 - Neste contexto, à luz do novo Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado maior provisionamento tantos quantos coobrigados houver no polo passivo da demanda. 4 - Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp nº 658.139, Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves., 2006, *on-line*).

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) no agravo de instrumento- AI 70076279199 julgou da seguinte forma:

EMENTA: ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO AVOENGA. CHAMAMENTO À LIDE DOS AVÓS MATER-NOS. DESCABIMENTO, INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESÁRIO. 1. Inexistente litisconsórcio passivo necessário entre os avós maternos e paternos, pois a obrigação alimentar é divisível e não solidária. 2. Caso o parente obrigado prioritariamente a prestar alimentos não tenha condições de suportar sozinho o encargo, podem ser chamados a concorrer os de grau imediato e o demais obrigados. Inteligência do art. 1.698 do CC. Recurso desprovido (TJ-RS, AI nº 70076279199 RS. Sétima Câmara Cível. Relator: Ministro Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 2019, *on-line*).

Verifica-se que o desembargador não acolheu o pedido recursal, visto que o mesmo não observa a necessidade de litisconsórcio passivo necessário entre os avós maternos e paternos, pois a obrigação alimentar é divisível e não solidária, ou seja, segundo o desembargador, deve-se utilizar o litisconsórcio facultativo em casos de obrigação alimentar avoenga, para tanto se baseia na obrigação não solidária.

Já o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, afirma que os avós maternos

não precisam ser demandados se a representante legal da parte autora relatar que o não pagamento da pensão alimentícia se dá apenas pelo genitor, sendo assim, mostra que o autor tem a faculdade de decidir contra quem pretende ou não demandar uma ação judicial. Prevê, ainda, a não existência de litisconsórcio necessário entre os progenitores, ao contrário do que vem sustentado o Superior Tribunal de Justiça.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. ALIMENTOS AVOENGOS. ART. 1.698 DO CÓDIGO CIVIL. Decisão de 1º grau que determinou a inclusão dos avós não demandados no polo passivo da ação de Alimentos. Decisão fundada na existência de litisconsórcio passivo necessário entre avós paternos e maternos. Decisão equivocada. **Os avós maternos não podem ser demandados pelo alimentando se a mãe e representante, em sua causa de pedir, afirma que a inadimplência alimentar se dá tão só pelo pai, que não vem cumprindo com a sua cota parte. Ou seja, se afirma estar cumprindo a sua cota parte, na qualidade de mãe, não cabe chamar os seus pais para cumprirem com a obrigação alimentar do genro.** Necessidade de, antes, checar a possibilidade deste último - pai da alimentanda - e, somente após, a de seus pais - avós paternos da alimentanda - para o cumprimento da obrigação alimentar. Ausência de litisconsórcio necessário. Impossibilidade de se obrigar o autor a demandar contra quem não pretende. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJ-RJ, AI nº 0066008-32.2015.8.19.0000, Sétima Câmara Cível. Desembargador: Ricardo Couto de Castro, 2016, *on-line*, grifos nossos).

2.1 LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESÁRIO

Quando nos referimos a litisconsórcio, estamos querendo dizer que existe uma pluralidade de sujeitos em um só polo do processo. No caso do litisconsórcio passivo necessário é aquele cuja formação é obrigatória, ou seja, o juiz não pode dar continuidade a demanda se não estiver a participação de todos os litisconsortes. É de suma importância entender que, segundo Humberto Teodoro Jú-

nior (2016, p. 345), tal modalidade só ocorre no polo passivo da ação, pois, em regra, não existe litisconsórcio necessário ativo, isso porque é facultado ao autor demandar em conjunto a outrem.

O referido litisconsórcio ocorre em dois episódios, em decorrência da imposição da lei ou pode suceder da natureza da relação jurídica controvertida, o que significa dizer que para a solução judicial ser eficiente precisará da presença de todos os sujeitos, conforme disposição do artigo 144 do Código de Processo Civil: “O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes”.

Dessa forma, se o autor não requerer a citação de todos os litisconsortes, a sentença não produzirá efeito nem em relação aos que participam do processo, nem em relação aos que dela participaram, ocorrerá a nulidade total do processo (TEODORO JUNIOR, 2016, p. 348). Temos, como por exemplo, a seguinte jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS AVOENGOS. RECURSO SECUNDUM EVENTUM LITIS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO ENTRE AVÓS PATERNOS E MATERNOs. INTEGRAÇÃO NECESSÁRIA DOS DEMAIS PROGENITORES. 1. O agravo de instrumento é recurso *secundum eventum litis*, de modo que sua análise cinge-se no acerto ou desacerto do ato judicial agravado. 2. Consoante posicionamento firmado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, há litisconsórcio necessário entre os avós paternos e maternos na ação de alimentos complementares, de sorte que não pode a parte eleger unicamente um ramo da linhagem para responder à eventual necessidade de complementação. 3. Por conseguinte, deverá o Juízo a quo determinar a intimação agravada, ordenando-lhe promova a citação dos demais progenitores, na condição de litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do feito, nos termos do art.115, parágrafo único, do Código de Processo Civil (TJ-GO, AI nº 0149295-39.2019.8.09.0000. Quarta

Câmara de Direito Civil. Relator: Juiz Delintro Belo de Almeida Filho, 2019, *on-line*).

2.2 LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO

O litisconsórcio facultativo é aquele em que a sua formação é opcional, o autor tem a opção de formá-lo ou não no momento da propositura da ação. Sua função é deliberar sobre a situação nos casos em que a relação jurídica é inseparável, mas para discuti-la, o legislador atribuiu a mais de uma pessoa, que poderá agir individualmente, em outras palavras, não apenas a formação será opcional, mas a sentença também poderá ser diferente para as partes (GONÇALVES, 2017, p. 284).

As possibilidades para a formação do referido litisconsórcio, segundo Marcus Vinícius Rio Gonçalves (2007, p. 285-286) são: comunhão de direitos e obrigações relativos à lide, conexão ou por afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito, conforme previsão legal do artigo 113 do Código de Processo Civil.

A primeira delas é tratada no artigo 113, I do Código de Processo Civil, nesta hipótese existe uma relação jurídica que pertence a mais de um titular, em que são previstos casos em que há união de direitos e obrigações sobre coisas não discutíveis. Tal união está estritamente relacionada a solidariedade, ou seja, quando duas ou mais pessoas são devedoras de um mesmo débito que é possível cobrar de qualquer um dos devedores.

Por esse motivo, existindo solidariedade, o credor poderá demandar em face de cada devedor separadamente, ou poderá optar em ajuizar ação em face de todos os devedores de forma conjunta.

A segunda possibilidade da formação do litisconsórcio é pela conexão, o que significa dizer que quando duas ou mais pessoas estiverem em situações conexas, ou seja, com identidade de objeto ou de causa de pedir poderão ajuizar uma demanda em conjunto.

Já a última possibilidade tratada no artigo 113 é o inciso III em que o legislador simplificou a formação do litisconsórcio atra-

vés da expressão “afinidade”. Sendo assim, caberá ao juiz analisar caso o concreto para verificar ou não a possibilidade de agrupação entre os litigantes.

Assim, temos como exemplo, o seguinte julgado:

ALIMENTOS AVOENGOS. OBRIGAÇÃO SUCESSIVA E COMPLEMENTAR DOS PAIS. GENITOR QUE NÃO CUMPRE REGULARMENTE SUA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE CONFIGURADO. ART. 1698 DO CÓDIGO CIVIL. INGRESSO DA AVÓ MATERNA NO POLO PASSIVO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO A FAVOR DOS AUTORES DA AÇÃO. AFERIÇÃO NO CASO CONCRETO. O art. 1694 e seguintes do Código Civil impõem o dever de prestar alimentos por força do parentesco. Certo é que os avós somente são chamados a contribuir com o sustento do neto no caso de não atendimento satisfatório pelos genitores do alimentando de sua obrigação de sustento, sempre sendo observado o binômio necessidade-possibilidade. **A obrigação alimentar avoenga é sucessiva e complementar ao dever de alimentar dos pais. Não existe solidariedade entre pais e avós.** Precedentes do Eg.STJ. A necessidade dos filhos menores impúberes é presumida e faz parte do dever de assistência que incube aos pais. Impende considerar que o dever alimentar é solidário entre os ascendentes. No caso concreto, os infantes residem com a sua mãe, o que também se computa como alimento. No que tange a assistência paterna, infere-se que o mesmo é displicente com a regularidade e adimplemento de sua obrigação alimentar. Demais, considerando-se o valor da pensão alimentícia paterna (R\$ 100,00) para cada menor, é de se presumir, pelas regras ordinárias de experiência, que o encargo alimentar é muito mais oneroso para a mãe dos menores, ainda que se considere que a família tenha uma vida modesta. Registre-se que restou comprovado nos autos, consoante oficiado pelo Juízo de 1º grau, que há um débito alimentar de R\$ 21.400,00 por parte do genitor dos menores, o qual reiteradamente não presta aos menores a assistência material que lhe cabe. O genitor dos menores reiteradamente paga os alimentos com atraso e um valor inferior

ao acordado consensualmente e homologado judicialmente. Registre-se, por outro lado, que o avô paterno é militar aposentado e viúvo, sendo possível que o mesmo contribua de forma complementar ao sustento dos netos, de acordo com as suas possibilidades econômicas e sem onerar o seu sustento. Assim, sopesados os elementos probatórios dos autos, infere-se que a pensão alimentícia fixada em 10% dos vencimentos do alimentante, sendo 5% para cada menor, se mostra razoável para o bem estra dos alimentandos e compatível com os recursos financeiros do alimentante, observando o disposto no § 1º do art.1694 do Código Civil. **Por fim, pontue-se que o art. 1698 do Código Civil traz a faculdade e não a obrigatoriedade de serem chamados ao processo as pessoas que possuem dever alimentar em razão do parentesco, sendo esta uma prerrogativa do alimentando.** As regras ordinárias de experiência demonstram que, muitas vezes, a ajuda no sustento entre parentes é feita de forma voluntária, não havendo necessidade da propositura de ação judicial. Demais, há que se sopesar no caso concreto a possibilidade de quem pode contribuir com os alimentos de forma complementar. Assim, é descabida a pretensão do apelante de integrar ao feito a avó materna dos infantes. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO (TJ-RJ, Apelação nº: 16228256920118190004. Nona Câmara Cível. Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva., 2014, *on-line*, grifos nossos).

2.3 LITISCONSÓRCIO PASSIVO SUCESSIVO

O litisconsórcio sucessivo, entretanto, refere-se ao cúmulo subjetivo que se dá quando existe um pedido relativo a uma determinada parte que só será apreciado em caso de procedência de um pedido anterior referente a uma outra parte, ou seja, o pedido de um dos autores somente seria examinado se o pedido de seu litisconsorte fosse previamente analisado e julgado procedente. Já referente ao caso de litisconsórcio passivo sucessivo, um dos réus seria condenado apenas se seu litisconsorte for condenado primeiramente (DIDIER, 2017, p. 529).

No referido litisconsórcio fica clara a questão referente a harmonia dos julgados, isso porque torna o julgamento da pretensão do autor apenas possível após o julgamento de uma outra pretensão em relação ao réu diverso (*Loc. cit.*).

3 QUAL LITISCONSÓRCIO DEVE PREVALECER EM ALIMENTOS AVOENGOS?

Durante a análise jurisprudencial foi notória a possibilidade de um litisconsórcio entre os progenitores maternos e paternos. No entanto, a grande questão é se o referido litisconsórcio deve ser necessário ou facultativo, isso porque o que se busca de forma exauriente é que a obrigação recaia primeiramente em face dos genitores do menor. Só então, em caráter subsidiário e complementar é que se busca a participação dos avós na demanda, conforme os ensinamentos de Maria Aracy Menezes da Costa (2011, p.114), em seu livro “Os limites da obrigação alimentar dos avós”:

A doutrina brasileira é unânime ao se posicionar em torno de uma premissa básica: em primeiro lugar, a obrigação alimentar é recíproca entre pais e filhos, e secundariamente – suplementarmente – extensiva aos demais ascendentes mais próximos e, somente depois que devem ser chamados os mais remotos. A jurisprudência tem confirmado, de forma veemente, a suplementação pelos avós, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, mas de forma excepcional e transitória, “de modo a não estimular a inércia ou acomodação dos pais, sempre primeiros responsáveis”.

O antigo artigo 397 do Código Civil de 1916 tinha a seguinte redação: “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”, o que nos permitia concluir que não existia litisconsórcio necessário entre os progenitores, mas sim facultativo. Entretanto, é evidente que o artigo 1.698 do Código Civil não deixou claro qual

a modalidade, o requisito e a forma que deveria ser realizada a intervenção de terceiros no polo passivo da ação de alimentos, ou seja, se tal intervenção seria na forma do litisconsórcio facultativo ou na forma do litisconsórcio passivo necessário. Ademais, surgiram inúmeras decisões contrárias, as vezes solicitando o chamamento dos avós maternos e paternos e, as vezes facultado o referido chamamento apenas para um dos avós.

Por esse motivo, uma parcela da doutrina, como por exemplo, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p.840) entendem que o artigo 1.698 do Código Civil de 2002 está se referindo a um litisconsórcio passivo necessário:

[...] os avós respondem proporcionalmente às suas possibilidades, como reza o art. 1.698 do Codex. Exatamente por isso, vindo a ser acionado apenas um dos avós, poderão os demais serem chamados ao processo, pelo réu ou mesmo pelo autor. É que segundo o entendimento da jurisprudência superior, na hipótese há um litisconsórcio passivo necessário [...].

Dessa forma, mesmo com a ausência de norma legal expressa, o Tribunal de Justiça, adotou o entendimento no sentido de se tratar de litisconsórcio passivo necessário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. ALIMENTOS AVOENGOS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO ENTRE OS AVÓS. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRINAÇA. DESPROVIMENTO.

1.A questão quanto aos alimentos provisórios não foi discutida na decisão de origem, razão pela qual o seu conhecimento implicaria em clara supressão de instância.

2.Conforme entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal, no caso de alimentos avoengos o litisconsórcio é necessário.

3.O entendimento ora exposto se fundamenta no Princípio do Melhor

Interesse da Criança buscando lhe assegurar maior possibilidade de êxito em ter suas necessidades atendidas, independentemente da pessoa que será condenada a arcar com os gastos.

4. Agravo de Instrumento parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido (TJ-DF, Agravo de Instrumento nº7060039420198070000. Oitava Turma Cível, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Relator: Eustáquio de Castro, 2019, *on-line*)

Como se verifica na jurisprudência mencionada acima, a participação dos demais coobrigados, interessa ao alimentante, pois garante uma melhor verificação da situação jurídica de cada parte, permitindo que os alimentos sejam fixados de forma a atingir a cada um dos avós na mediada das suas possibilidades, a fim de atender os superiores interesses do menor.

Dessa forma, se tratado do alimentando, tal chamamento ao processo na modalidade passiva necessária é bastante favorável, segundo Cássio Scarpinella Bueno, visto que o objeto da demanda será estendido, o que poderia resultar em um maior leque de possibilidades para o beneficiário da pensão (2003, p.285).

Dessa maneira, o não chamamento ao processo dos progenitores maternos e paternos iria onerar de maneira excessiva a parte acionada. E mais, na hipótese de a parte não poder arcar sozinha com a verba alimentar fixada, prejudicaria de forma intensa o alimentando que teria a fixação dos alimentos em um patamar inferior aos seus gastos e necessidades.

Segundo os ensinamentos de Venosa (2011, p.371), “existindo vários parentes do mesmo grau, em condições de alimentar, não existe solidariedade entre eles. A obrigação é divisível, podendo cada um concorrer na medida de suas possibilidades, com a parte do valor devido e adequado ao alimentando”.

Neste sentido, não existe a obrigatoriedade do ajuizamento da ação em desfavor de ambos os avós, basta que exista a possibilidade de que um dos avós possa suportar o encargo na medida de suas possibilidades. Não há que se falar em litisconsórcio passivo ne-

cessário entre os avós, mas sim, litisconsórcio facultativo. Conforme é possível observar no entendimento de Bertoldo Mateus de Oliveira Filho (2011, p. 90):

O art. 1.698 do Código Civil não transmuta em solidário o encargo conjunto e divisível de prestar alimentos imposto a determinados parentes em favor de outro, porque, a par de sucessivo, é complementar e subordinado à proporcionalidade os recursos de cada um dos acionados. Trata-se de litisconsórcio facultativo afeto ao polo passivo da relação processual, vez que eventualmente a parte demandada pode fazer outro coobrigado compor a lide originário.

Já, segundo o entendimento de Rolf Madaleno (2008, p.703), a previsão legal do artigo 1.698 do Código Civil, não se trata de um litisconsórcio necessário e muito menos de um litisconsórcio unitário, isso porque, a sentença deveria eximir quem não pode pagar nada, ao passo que poderia obrigar o pagamento de um encargo menor para quem só possa pagar uma menor cota que os demais.

José Fernando Cahali, entende que a questão mencionada acima é hipótese de litisconsórcio facultativo. Para tanto, justifica o seu posicionamento explicando que o artigo 1.698 do Código Civil só complicou as ações de prestação alimentar, uma vez que, é costume dos pais do genitor em que é guardião do menor suprirem de forma espontânea a necessidade dos netos que ficam sob a guarda de seus filhos. Dessa forma, o processo seria para requerer o pagamento da pensão pela outra linha de ascendência de avós, já que esta já ajuda de forma espontânea (CAHALI *apud* MADALENO, 2008, p. 703).

Para Maria Berenice Dias, o litisconsórcio que se forma da ação de alimentos proposta em face dos avós é um litisconsórcio passivo, mas na forma sucessiva. Isso porque, a jurisprudência não tem reconhecido a prestação alimentar como solidária, mas sim, uma obrigação sucessiva e complementar, relacionada à capacidade dos coobrigados de forma individual. Ou seja, dessa forma, cada litisconsorte faz o seu pedido, mas o pedido de um

só pode ser acolhido com o do outro.

Assim, para esta doutrinadora, a possibilidade de poder citar os demais obrigados só gera um maior atraso no desenrolar da demanda resultando em tumulto processual, oposto ideal do litisconsórcio que é exatamente a otimização da prestação jurisdicional. Deste modo, é notório que o legislador se esqueceu que a ação de alimentos possui um procedimento especial, a de garantir uma maior celeridade à busca de alimentos com o consequente fim da lide. Então, o que teríamos seria a formação de um litisconsórcio passivo facultativo sucessivo, com a perspectiva de ajuizamento de apenas uma ação contra genitores e progenitores, em busca da economia processual.

Nesta mesma linha de raciocínio, O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS, aponta para a possibilidade do litisconsórcio facultativo, baseando o seu entendimento no artigo 1.698 do Código Civil que garante o chamamento do processo dos avós não demandados, através do AI nº 70079189585 - RS:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS. AÇÃO DE ALIMENTOS AVOENGOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO DOS AVÓS MATERNOs. POSSIBILIDADE EXPRESSAMENTE AUTORIZADA PELO ART. 1.698 DO CÓDIGO CIVIL. De acordo com o entendimento sufragado pelo STJ, embora não seja solidária a obrigação alimentar avoenga, o art. 1.698 do Código Civil permite que haja o chamamento dos avós não demandados para integrar o feito, a pedido daquele (s) co-obrigado (s) que já figura (m) do polo passivo. Não se trata de litisconsórcio necessário, mas da formação de um litisconsórcio facultativo ulterior simples, forma especial de intervenção de terceiro não prevista na legislação processual, criada no atual Código Civil como meio de tornar mais efetiva a prestação jurisdicional em situações como esta, em que, embora não havendo solidariedade, há uma obrigação conjunta que deve ser rateada entre os co-obrigados, na proporção de suas possibilidades. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME (TJ-RS, AI nº 70079189585, Oitava Câmara Cível,

Relator: Luiz Felipe Brasil Santos 2019, *on-line*).

Como bem sustenta Eduardo de Oliveira Leite (2006, p.70), no seu livro “Estudos de Direito de Família”, no tópico “Prestação alimentícia dos avós: a tênue fronteira entre a obrigação legal e dever moral”, o autor relata as consequências do legislador ao criar o dispositivo legal abrindo margem para uma dupla interpretação:

Este é um dado ainda não suficiente refletido pelo legislador e que cria situações insustentáveis, extremamente embaraçosas e penosas nos processos desta natureza. Quem milita nas Varas de Família pode bem apreciar o que está aqui firmado. Nem as partes conseguem manter sua naturalidade, nem os advogados, nem tampouco o juiz. A audiência transcorre num clima de perplexidade, desconfiança e muita revolta.

A partir deste trecho fica claro que os conhecimentos jurídicos, de uma certa forma, não conseguem acompanhar as mudanças sociais que ocorrem diariamente nas relações familiares, impedindo que a sociedade encontre todas as respostas as suas indagações apenas na legislação brasileira, permitindo que as jurisprudências estabeleçam vários pontos controversos em relação aos alimentos avoengos, o que pode causar sérios prejuízos, não só para as partes envolvidas nas demandas, como também aos menores e os idosos.

Ademais, é de suma importância salientar que, conforme o posicionamento de Dimas Messias de Carvalho (2015, *on-line*):

A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas, sim, por quem recebe, representando para o alimentado maior provisionamento tanto quanto coobrigados houver no polo passivo da demanda, ou seja, existindo maior número de alimentantes no polo passivo, maior as possibilidades de atenderem a contento as necessidades de quem recebe.

Portanto, o pagamento da pensão alimentícia não abrange somente os progenitores

que demonstram ter condições de arcar com o encargo por força do parentesco ascendente com o genitor que não possui a guarda do filho, como também os outros avós, ou seja, os pais do genitor que é guardião da criança.

Através do posicionamento de Dimas Messias de Carvalho mencionado acima, é possível entender que a obrigação alimentar é voltada para quem recebe, tendo em vista a importância do encargo para a sobrevivência do menor. Assim como, não seria voltada para quem paga, já que a prestação alimentar face aos avós é em caráter complementar e sucessivo, devendo ser de forma subsidiária.

Por fim, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça contraria a doutrina e a jurisprudência adotada antes do Código Civil de 2002, bem como expõe uma forma de interposição litisconsorcial diferente da antiga, atualmente há a formação de um litisconsórcio necessário, como se verifica a seguir:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. INSUFICIÊNCIA DOS ALIMENTOS PRESTADOS PELO GENITOR. COMPLEMENTAÇÃO. AVÓS PATERNOS DEMANDADOS. PEDIDO DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO ENTRE AVÓS PATERNOS E MATER-NOS. CABIMENTO, NOS TERMOS DO ART. 1.698 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES. I. Nos termos da mais recente jurisprudência do STJ, à luz do Novo Código Civil, há litisconsórcio necessário entre os avós paternos e maternos na ação de alimentos complementares. Precedentes. II. Recurso especial provido (STJ, proc. nº 958.513-SP, Min. Aldir Passarinho Junior, *on-line*)

Dessa forma, é notório que o Superior Tribunal de Justiça, antes do Código Civil de 2002, se posicionava no sentido de que a melhor solução seria a análise do caso concreto, para assim, decidir sobre a obrigatoriedade de ter todos os avós no polo passivo da demanda ou não, quando um dos progenitores fossem demandados.

Atualmente, o que se busca antes de tudo são os superiores interesses do menor, prevalecendo o entendimento de que quando

apenas um dos progenitores é chamado a integrar a lide no polo passivo da demanda de alimentos há a obrigatoriedade de chamar os demais avós para que tanto os progenitores maternos, quanto os progenitores paternos figurem no polo passivo da ação, a fim de garantir a máxima efetividade da demanda de alimentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho tinha por objetivo tratar do litisconsórcio que se deve utilizar nas demandas alimentares face aos avós. A obrigação alimentar ocorre por força do parentesco e segue um caminho determinado e certo para se buscar o êxito quando nos referimos ao dever de alimentos. Sua primeira hipótese é no caso de ausência do genitor, aqui, pode ser entendida como óbito ou em virtude de desaparecimento, a segunda hipótese é em caso de incapacidade do genitor para exercer atividade laboral remunerada e, por fim, a última hipótese é em casos em que o genitor não possui recursos financeiros para arcar com o auxílio ao sustento do menor.

Dessa forma, os alimentos são devidos entre pais e filhos e na ausência de condições por parte dos pais, o encargo é transmitido e recai sempre nos mais próximos, que são os avós.

Para tanto, na primeira seção consideramos os aspectos gerais da prestação alimentar avoenga, foi exposto o conceito de direito de família, a partir do entendimento de Paulo Nader, bem como foi possível definir o conceito de alimentos avoengos, entendendo que quando nos referimos a prestação alimentar é importante se atentar que tal prestação deve ser sempre proporcional as possibilidades financeiras do alimentante. Além disso, foi abordado o enunciado número 342 aprovado na IV Jornada de Direito Civil, a fim de demonstrar os pressupostos da prestação alimentar através do binômio necessidade-possibilidade.

Mais adiante, foi apresentado a natureza jurídica dos alimentos demonstrando que não há um entendimento doutrinário pacífico em relação a sua natureza jurídica, mas que os alimentos são entendidos como um conjunto

de elementos básicos à subsistência humana. Também foi mencionada as características da obrigação alimentar, a saber: direito personalíssimo, reciprocidade, irrenunciabilidade, obrigação divisível ou solidaria, obrigação imprescritível, obrigação inacessível e inalienável, obrigação incompensável, obrigação impenhorável, obrigação irrepetível e obrigação intransacionável, optando-se pela classificação doutrinária desenvolvida por Flávio Tartuce, Maria Berenice Dias e Carlos Roberto Gonçalves.

Por fim, ainda na primeira seção, foi discorrido sobre os alimentos avoengos mencionando a previsão legal do artigo 1.696 do Código Civil, demonstrando, ainda, que a obrigação dos progenitores e subsidiária e que só deve ser reconhecida quando por provado que os pais não podem manter o sustento de sua prole.

Na segunda seção, foi realizada uma análise jurisprudencial quanto a aplicabilidade do litisconsórcio nos alimentos avoengos, tendo em vista a discussão referente a possibilidade da obrigação alimentar ser diluída entre os avós maternos e paternos. Foi abordado o artigo 130 do Código de Processo Civil, bem como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como forma de esclarecer o artigo 1.698 do Código Civil. Assim, foram mencionadas diversas jurisprudências, tanto em relação a possibilidade do litisconsórcio passivo necessário, tanto em relação ao litisconsórcio facultativo, demonstrando que não há um entendimento pacífico entre a utilização do litisconsórcio.

Em seguida, conceituamos litisconsórcio explicando que se trata de mais de um sujeito em um único polo da ação, bem como foi conceituado o litisconsórcio passivo necessário através da previsão legal do artigo 144 do Código de Processo Civil e os entendimentos de Humberto Teodoro Júnior.

Também foi apresentado o conceito de litisconsórcio facultativo, através do posicionamento do doutrinador Gonçalves, apontando as possibilidades para a formação de um litisconsórcio facultativo, conforme previsão do artigo 113 do Código de Processo Civil. Ao

fim da segunda seção foi explanado questões relativas ao litisconsórcio sucessivo e sua formação com base nos ensinamentos de Fredie Didier.

Já a terceira e última seção do presente artigo foi destinada a resolver qual litisconsórcio que deve prevalecer nas ações de alimentos avoengos. Sendo assim, foi mencionado o artigo 397 do Código Civil de 1916 que nos permitia entender que o litisconsórcio mais apropriado seria o litisconsórcio necessário, ao passo que o artigo 1.698 do Código Civil vigente não deixava claro a modalidade de litisconsórcio que deveria ser utilizado.

Por este motivo, ao longo da terceira seção foram citados diversos doutrinadores e seus respectivos entendimentos, bem como as diversas jurisprudências antônimas em relação a aplicação do litisconsórcio face a demanda de alimentos avoengos.

Iniciamos a análise com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal que tem por entendimento que o litisconsórcio citado no artigo 1.698 do Código Civil se refere a um litisconsórcio passivo necessário. Passamos para Bertoldo Mateus de Oliveira Filho, que diferentemente do entendimento acima mencionado, entende que se trata de uma hipótese de litisconsórcio facultativo, assim como José Fernando Cahali. Mais à frente, foi demonstrado o posicionamento de Rolf Madaleno, o de Maria Berenice Dias, bem como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, foi possível concluir que com base na doutrina e nas jurisprudências que a obrigação dos progenitores em arcarem com os alimentos é uma obrigação complementar e subsidiária na medida de seus recursos, condicionada ao binômio necessidade-possibilidade. Ademais, ao discorrer em relação à obrigatoriedade ou não de figurar no polo passivo da demanda todos os avós, quando o responsável por prestar os alimentos estiver impossibilitado, foi notória a mudança no entendimento do STJ que anteriormente adotava a possibilidade de um litisconsórcio facultativo, mas que passou a adotar o litisconsórcio passivo necessário.

Foi notório, também, que apesar da

referida mudança do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, alguns Tribunais, bem como doutrinadores mantiveram seus entendimentos ao fixar que a obrigação avoenga configura litisconsórcio facultativo, tendo em vista que o litisconsórcio deverá ser formado conforme o interesse do alimentando.

Dessa maneira, em relação a aplicabilidade do litisconsórcio é preciso que seja realizada uma avaliação caso a caso, para que a lide seja mais eficiente possível, a fim de atender a máxima efetividade da demanda de alimentos face aos avos, bem como garantir os superiores interesses dos menores envolvidos na lide. No entanto, quando nos referimos ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, os alimentos devem ser arcados através de um litisconsórcio passivo necessário, tendo em vista a natureza da relação jurídica dos alimentos avoengos.

REFERÊNCIAS

1. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil de 2002**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 21 set. 2019.
2. BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Institui o Código Civil de 1916**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em 21 set. 2019.
3. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 21 set. 2019.
4. BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado n. 342, IV jornada de Direito Civil**. Coordenador-Geral: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Coordenador da Comissão de Trabalho: Luis Edson Fachin e Luiz Felipe Brasil Santo, 2016. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/387>. Acesso em 21 set. 2019.
5. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJ-SC). Apelação Cível nº: 694925 – SC, proc. nº 2010.069492-5 TJ-SC. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Ministro Luiz Fernando Boller. DJ: 04/08/2011. **JusBrasil**, 2011. Disponível em <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20502304/apelacao-civel-ac-694925-sc-2010069492-5>. Acesso em 21 set. 2019.
6. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial (AgInt nos EDcl no AREsp) nº 1073088 / proc. nº SP 2017/0063599-6. Relator: Ministra Maria Isabel Gallott. DJ: 05/10/2018. **STJ**, 2018. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=AT-C&sequencial=86779191&num_registro=201700635996&data=20181005&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 19 out. 2019.
7. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial (REsp) nº 658.139 RS 2004/ 0063876-0. Quarta Turma do Supremo Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. DJ: 10/10/2005. **Jusbrasil**, 2006. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173791/recurso-especial-resp-658139-rs-2004-0063876-0-stj/certidao-de-julgamento-12902303?ref=juris-tabs>. Acesso em 19 out. 2019.
8. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS). Agravo De Instrumento (AI) nº 70076279199 RS. Sétima Câmara Cível. Relator: Ministro Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. DJ: 25/07/2018. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/606843623/agrade=-instrumento-ai70076279199--rs?ref=serp>. Acesso em 19 out. 2019.
9. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ). Agravo de Instrumento (AI) nº 0066008-32.2015.8.19.0000. Sétima Câmara Cível. Desembargador: Ricardo Couto de Castro. DJ: 19/10/2016. **TJ-RJ**, 2016. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3246835&PageSeq=0>. Acesso em 19 out. 2019.
10. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJ-GO). Agravo de Instrumen-

- to (AI) nº 0149295-39.2019.8.09.0000. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Juiz Delintro Belo de Almeida Filho. DJ: 28/06/2019. **JusBrasil**, 2019. Disponível em
11. <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729291085/agradn-to=-cpc-ai1492953920198090000-?ref=serp>. Acesso em 19 out. 2019.
 12. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ). Apelação nº: 16228256920118190004. Nona Câmara Cível. Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva. DJ: 10/12/2013. **JusBrasil**, 2014. Disponível em <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117013618/e0004-rj=1622825-6920118190004-?ref=serp>. Acesso em 19 out. 2019.
 13. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal (TJ-DF). Agravo de Instrumento nº 7060039420198070000. Oitava Turma Cível, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Relator: Eustáquio de Castro. DJe: 13/09/2019. **JusBrasil**, 2019. Disponível em <https://tj.df.jusbrasil.com.br/jurisprusegrejustica-0706003-9420198070000?ref=serp>. Acesso em 06.mar.2020.
 14. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS). Agravo de Instrumento nº 70079189585, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Dje 28/02/2019. **JusBrasil**, 2019. Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/684618298/agrade=-instrumento-ai70079189585--rs?ref=serp>. Acesso em 06 mar.2020.
 15. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial (REsp) nº 958.513/SP. Quarta turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJe 1/3/2011. **JusBrasil**, 2011. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18446243/recurso-especial-resp-958513-sp-2007-0129470-0/inteiro-teor-18446244>. Acesso em 06. mar. 2020.
 16. BUENO, Cássio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.
 17. CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, [Recurso On-line].
 18. COSTA, Maria Aracy Menezes da. **Os limites da obrigação alimentar dos avós**. Editora: Livraria do Advogado, 2011.
 19. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 5. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
 20. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.
 21. DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.
 22. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 5.ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
 23. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Vol. 6. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
 24. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
 25. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Prestação alimentícia dos avós: a tênue fronteira entre a obrigação legal e dever moral**. Alimentos no novo código civil: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
 26. MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
 27. MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
 28. NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. Vol. 5. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
 29. OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Alimentos: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2011.
 30. OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. **Direito Civil: Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
 31. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 5. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
 32. TEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
 33. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIREITO E LITERATURA: ANÁLISE DO FENÔMENO BACKLASH E SEU PAPEL NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICA NO BRASIL A PARTIR DA LEITURA DO “PEQUENO JUIZ”, DE LEONARDO SCASCIA

Sergio Henrique Fernandes Bragança Junior¹
Joaquim Humberto Coelho de Oliveira²

RESUMO

É notório, na cena jurídica brasileira, o protagonismo do poder Judiciário como garantidor de direitos fundamentais. Deve-se essa atribuição, principalmente, à omissão dos Poderes Legislativo e Executivo. Entretanto, algumas ocasiões revelam o conflito entre essa postura, reconhecida como ativismo judicial, com a de outros poderes do Estado. Em reação à crescente força exercida pela jurisdição constitucional, os demais poderes institucionais e setores da sociedade civil desenvolveram novos mecanismos de proteção. Dentre os quais, destaca-se o efeito *backlash*. De modo breve, ele é definido como um conjunto de reações sociais que hostilizam decisões e atos, mesmo os de natureza não jurisdicional, de órgãos do poder judiciário. Ou seja, uma reação majoritária se impõe contra uma decisão contramajoritária. Posto esse conflito, questiona-se como possíveis reações às decisões judiciais afetam, negativamente ou não, os Direitos Fundamentais positivados no ordenamento jurídico nacional. Para se abordar tal problema no âmbito dos estudos sobre Direito e Literatura, privilegiou-se a leitura do romance “O pequeno Juiz”, de Leonardo Sciascia, e a sua trama sobre as implicações políticas nas decisões judiciais.

Palavras-Chave: Direito. Literatura. *Backlash*.

ABSTRACT

It is well known in the Brazilian legal scene that the Judiciary plays a prominent role as a guarantor of fundamental rights. This responsibility is mainly due to the omission of the Legislative and Executive Powers. However, in some cases, conflicts arise between this posture, recognized as judicial activism, and the other state powers. In response to the growing power exerted by constitutional jurisdiction, the other institutional powers and civil society sectors have developed new protection mechanisms. Among these, the backlash effect stands out. Briefly, it is defined as a set of social reactions that are hostile to decisions and acts, even those that are non-judicial in nature, of organs of the judiciary. In other words, a majority reaction against a counter-majority decision. Given this conflict, it is questioned how possible reactions to judicial decisions affect, negatively or not, the Fundamental Rights affirmed in the national legal system. In order to address this problem in the field of Law and Literature studies, we prioritize the reading of the novel “The Little Judge” by Leonardo Sciascia, and its plot about the political implications upon judicial decisions.

Keywords: Law. Literature. *Backlash*.

INTRODUÇÃO

A relação do Direito com a Literatura é de longa data. No caso de enredos com juízes e tribunais remonta à Grécia antiga do século V a.C., em “As Eumênides”, de Ésquilo, até criações contemporâneas, que tomam forma em narrativas televisivas ou de cinema. Em todas, verificamos como a literatura possibilita adentrarmos no contexto social de uma forma

mais sutil e complexa, possibilitando desvendar o mundo – jurídico ou não - de forma mais verdadeira e completa do que se apresenta na realidade.

Uma das criações artísticas que nos mostram essa relação do mundo social com o jurídico através da literatura é o romance do italiano Leonardo Sciascia, “Portas Abertas”. Trata-se de um julgamento que deveria resul-

1BRAGANÇA JUNIOR, Sergio Henrique Fernandes. Graduado em História pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). Graduado em Direito no Centro Universitário Serra dos Órgãos (UNIFESO). Teresópolis, Rio de Janeiro, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/3827398004449193>. E-mail: bragancasergio1@gmail.com

2 Mestre e Doutor em Filosofia pela PUC/RJ. Professor da graduação do Curso de Direito do UNIFESO.

tar em pena de morte, porém, por decisão da personagem denominada “Pequeno Juiz”, o réu escapa da sentença capital.

Naturalmente, que uma decisão de tal porte, *contra legem*, iria resultar em uma reação. E ainda que a reação contra a decisão do “Pequeno Juiz” fosse em menor escala, a narrativa nos leva a perguntar: Quais os tipos de reação social que ocorrem por decisões judiciais? E qual seria o papel do juiz – especialmente os de cortes superiores - considerando as reações que podem ocorrer a partir de suas sentenças?

No campo de estudo referente à primeira pergunta, neste artigo se explica o efeito *backlash*, que descreve e analisa como uma decisão judicial, especialmente sobre causas controversas moralmente, pode gerar uma reação político-social de tal maneira que ocorra uma completa reversão do que foi decidido. Essa reversão pode vir de várias formas, mas principalmente através de Projetos de Lei ou de Propostas de Emenda à Constituição que sejam contrários ao teor do que foi decidido pelo Poder Judiciário; contrariando a decisão prolatada.

No tocante à segunda questão, no presente artigo são apresentados posicionamentos e teorias que debatem os modelos de decisão judicial. Em complemento a essa análise indaga-se a postura mais ou menos ativa do juiz frente a questões controversas e versando sobre Direitos Fundamentais.

Busca-se, desse modo, verificar se há no contexto político e jurídico brasileiro, considerando a habitual inércia do Poder Legislativo em promover mudanças sociais e a consequente conquista de alguns direitos somente por meio do Judiciário (por exemplo, a união estável homoafetiva), o risco dessas decisões causarem um furor popular e o de retrocesso em matéria de Direitos Fundamentais.

1 ANALISANDO O FENÔMENO *BACKLASH* A PARTIR DA TEMÁTICA DO DIREITO E LITERATURA

1.1 DO DIREITO E LITERATURA E O PROTAGONISMO JUDICIAL: OS MO-

DELLOS DE JUIZ

Uma característica filosófica herdada do século XX exige o reconhecimento da importância da linguagem no processo de construção do conhecimento. Dessa forma, diversos campos de saber incluem seus respectivos discursos sobre o que produzem. No campo do saber jurídico, ainda impera a tradição positivista que nega veementemente o recurso narrativo na sua formação. Por isso, é de mister importância o diálogo com outros modelos de saber e, principalmente, com as narrativas literárias. Ao passo que os manuais jurídicos apresentam uma suposta descrição neutra dos institutos do Direito, fora de sua existência fática, as obras literárias fazem o oposto, o que amplia de sobremaneira a análise (STRECK, 2015, p. 228).

Dessa forma, o Direito, ao dialogar com a literatura, traz da última a capacidade de aproximação dos campos jurídico e literário, auxiliando a superação de barreiras colocadas pelo sentido comum teórico (GUBERT; TRINDADE, 2008, p. 12). Isso porque, “a literatura exsurge como um verdadeiro repositório de fontes para a reflexão crítica do direito [...], na medida em que suas representações do poder, da lei e da justiça, por exemplo, também conformam o imaginário coletivo e social.” (TRINDADE, 2015, p. 4). Constata-se, assim, que elementos da realidade factual, em muitos casos, só se tornam presentes quando em contraste com a contrafactualidade da ficção.

A temática do protagonismo judicial, por exemplo, não passa impune às observações literárias sobre o mundo fático. Há mais de dois milênios discorre-se sobre as posturas do juiz diante de um caso. Em “Eumênides”, na *Oresteia* (458 a.C), obra de Ésquilo, em que Palas Atena preside o tribunal inicia-se essa tradição literária ocidental. Shakespeare, em *Mercador de Veneza* (1605), conduz a sua história em torno do julgamento de Shylock, confirmando ser muito cara à Literatura a presença do que François Ost conceituou como “modelos de juiz”. (TRINDADE, 2015, p. 5).

O estudo de modelos de juiz se faz necessário a partir da análise histórica do pa-

radigma do Estado Constitucional, em que se submete o exame da validade das normas jurídicas aos juízes e tribunais. Após a Constituição de 1988, no Brasil ela é feita de forma concentrada e difusa, sendo a jurisdição constitucional uma peça-chave no Estado de Direito hodierno (TRINDADE, 2015, p. 4). Não se pensa mais a jurisdição como nos séculos XVIII e XIX, consagradora do juiz como mero “boca da lei”. Os olhares, portanto, passam a se voltar para a figura do julgador, e como este age e deveria agir em determinadas situações.

Daí deriva-se a noção do protagonismo judicial, conforme lição de Novelino (2012, p. 170), é

doutrina que confere ao Judiciário um protagonismo decisivo nas mudanças sociais e na incorporação de novos direitos constitucionais aos já existentes, partindo do pressuposto de que este Poder, em geral, seria o mais habilitado à função de plasmar em normas os atuais valores da sociedade.

Com pouca pesquisa no Brasil, comparativamente a outros países, sobre tal fenômeno e seus desdobramentos (TRINDADE, 2015, p. 4), o estudo literário, com suas narrativas, personagens e representações, somado ao imaginário social que ela produz e é resultado podem ser aproveitados para a compreensão do fenômeno do protagonismo judicial e um de seus mais interessantes desdobramentos: O fenômeno *Backlash*.

1.2 O PEQUENO JUIZ” EM “PORTAS ABERTAS” DE LEONARDO SCIASCIA

Quando se fala sobre a atuação do poder judiciário, logo se pensa no papel de juiz na sociedade e no modelo de juiz que a sociedade gostaria de ter. O romance “Portas Abertas”, do italiano Leonardo Sciascia, é protagonizado por um juiz, reconhecido na história como “Pequeno Juiz”. Na sua narrativa, o autor sustenta interessantes reflexões sobre o papel do poder judiciário em decisões sobre casos polêmicos, de modo a confrontar de um lado, o *Rule of Law*, e do outro, a ordem democrática.

Trata-se de um enredo que se passa na Itália fascista dos anos 1930. Ocorre um tri-

plo homicídio na comunidade de Palermo, na Sicília, e o acusado será julgado pelo protagonista sem nome na história, mas chamado por Sciascia de “Pequeno Juiz”. O réu em julgamento teria matado de forma premeditada além da sua esposa, um homem que o substituíra no trabalho e outro que o demitira. O caso já tinha, um destino certo: a pena de morte, que por força do regime fascista na Itália, havia voltado a vigorar no ordenamento jurídico daquele país.

Contudo, o “Pequeno Juiz”, como se demonstra na história, está determinado a não condenar o homem à pena capital, por *questão de princípio*, ainda que soubesse, pelos diálogos com o procurador geral, que a sentença contrária àquela decisão seria reformada pelo tribunal. Afirma o procurador geral que “de acordo com a lei uma vez que a pena de morte é lei, a nós somente cabe aplicá-la, servi-la” (SCIASCIA, 1990, p. 14). Ato contínuo, confiava que a opinião do “Pequeno Juiz” era de veras inútil, pois, “acima de qualquer opinião estava a lei” (SCIASCIA, 1990, p. 16).

Ao fim e ao cabo, no dia do julgamento, após longo debate sobre o caso, o conselho de sentença retorna à sessão com uma sentença condenatória diferente da pretendida pelo órgão acusador, ou seja, a pena de morte. Temos na história narrada, portanto, uma decisão que é proferida *apesar da lei*.

Tempos depois do julgamento, em nova conversa com o procurador geral, o “Pequeno Juiz” lhe confessa a natureza de seu julgamento:

– Mas o senhor não acha que está procurando alibis para si mesmo, para a vaidade, podemos bem dizer isto, do seu protesto dentro de um contexto que só lhe permite carregar de sofrimento ainda maior o ser humano sobre o qual o senhor concentrou a defesa de um princípio, e que, afinal, na defesa deste princípio não foi levado devidamente em conta o sofrimento daquele homem?

- Concordo que a defesa do princípio, para mim, contou mais do que a vida daquele homem. Mas é um problema, não um alibi. Eu salvei a minha alma, os jurados a deles: o que pode até parecer muito cômodo. Mas imagine o

que aconteceria se, em cadeia, todo juiz cuidasse de salvar a própria alma[...] (SCIASCIA, 1990, p. 86).

Tem-se aqui um personagem construído por Sciascia que, conforme observa Coutinho (2015, p. 222), não se curva às pressões externas e aos interesses externos para encontrar seu triunfo na vitória da civilidade. Em outras palavras, decide pelo princípio máximo de que não era possível, de forma alguma, aplicar a pena de morte. Sperandio e Trindade (2016, p. 17-18) afirmam que ele decide não *contra* a lei, mas *apesar* da lei, utilizando-se das normas do próprio ordenamento jurídico, no qual, no caso do livro, foram utilizados os argumentos de continuidade delitiva e passionalidade, para que no fim a pena de morte não fosse aplicada, tendo em seu lugar uma pena mais branda.

Decidiu o “Pequeno Juiz”, portanto, com base - ainda que não intencionalmente - em Ronald Dworkin, cuja clássica afirmação sobre os princípios se emolda perfeitamente à história:

princípio [é] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2002, p. 36)

Porém, na história em comento, a decisão *apesar da lei* do “Pequeno Juiz”, certamente gerou consequências negativas. Não só, como advertiu o procurador geral, o homem seria condenado à pena de morte, como também para sua carreira como magistrado, que até então havia “sido brilhante”. (SCIASCIA, 1990, p. 14-15).

É importante ressaltar que não cabe apenas comentar a sentença como mais um exemplo de julgamento *apesar da lei*. Trata-se, neste caso, de um julgamento *apesar da lei* acerca de uma questão que é extremamente sensível a qualquer sociedade: a pena de morte. E decisões judiciais sobre grandes desacordos morais (como a pena de morte)

são potenciais geradoras de reações populares (*backlash*), que podem levar, ao fim, ao retrocesso de uma conquista de um direito fundamental em um tribunal. Em suma, cabe questionar se a decisão judicial é, independente das circunstâncias, o melhor meio de alcançar o ideal de justiça.

Por isso, é tão importante a pergunta: Qual deve ser o papel do julgador frente a uma decisão sobre um desacordo moral, mormente quando esta envolve toda uma nação?

1.3 O PODER JUDICIÁRIO E O EFEITO BACKLASH

Antes de adentrar no efeito em si, é importante se debruçar sobre a separação de poderes e sua relação com o ativismo judiciário. O princípio da separação de poderes - derivado principalmente de Montesquieu, embora com teorizações em tempos históricos muito mais remotos, como na Grécia Antiga com Aristóteles -, incorporou-se ao constitucionalismo com vias de assegurar a liberdade dos indivíduos, pois, segundo este, se na mesma pessoa se concentrarem o poder de fazer leis, julgar e executar, não há liberdade (DALLARI, 2011, p. 215-217).

Dessa noção, positivada em quase todo o mundo, e no Brasil, presente no art. 2º da Constituição Federal, nasce junto a concepção de freios e contrapesos (*checks and balances*), no qual há uma tentativa de se estabelecer um mecanismo de controle mútuo entre os três poderes, para que a liberdade seja resguardada (STRECK, 2003, p. 163). Muito embora essa divisão não seja absoluta, principalmente nos dias de hoje, em que órgãos de determinado poder acabam por vezes realizando funções que seriam precípuas de outro (através de suas funções atípicas), nasce um problema que é imediatamente percebido pela sociedade, e nos últimos tempos, têm-se percebido tal movimento de “adentramento” de um poder nos outros por parte do judiciário.

Não obstante, enquanto há posições que entendem que o ativismo judicial é violador da divisão dos três poderes, há entendimento diverso no sentido de que uma atuação mais energética do poder judiciário pode na

verdade ajudar a implementar Direitos Fundamentais, através do controle de políticas públicas, na realização de sua função contramajoritária. Nesta, os direitos de uma minoria poderiam ser garantidos de forma que talvez não fossem por outras vias estatais, como por exemplo, por políticas públicas por parte do executivo ou por leis protetivas por parte do poder legislativo (MARTINS, 2018, p. 87).

A função contramajoritária, inclusive, configura-se como importante aspecto do poder judiciário, visto que este “escapa” ao controle da maioria no poder. Pelo fato dos juízes não serem eleitos, eles assumem um papel de zelar pelo respeito aos direitos assegurados no ordenamento jurídico (FERNANDES, 2017, p. 215). Aspecto que por vezes gera discussão sobre o seu alcance, como aponta Waldron (apud Fernandes, 2017), quando comenta a necessidade/utilidade de se resguardar determinados direitos contra a vontade da maioria e a suposta vantagem que o judiciário teria na sua proteção.

Inicialmente, este efeito foi observado nos EUA. Neste país esses conflitos institucionais já são travados há mais tempo e suas consequências mais conhecidas devido às análises teóricas que os abordam destacando os enfrentamentos entre a sociedade, o poder legislativo e o poder judiciário.

Nasce assim o fenômeno *Backlash*. Cass Sustein (apud Fonteles, 2019, p. 27), de modo clássico o define como uma “intensa e duradoura desaprovação social de uma decisão do Judiciário, acompanhada de medidas agressivas para resistir a esta decisão e remover sua força jurídica”.

Uma outra definição, muito utilizada, é a de George Marmelstein. Segundo ele, o *backlash* é “uma espécie de efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder judiciário de controlá-lo” (MARMELSTEIN, 2015, *online*). O autor ainda descreve o fenômeno, de forma resumida, nas seguintes palavras:

O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em

uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão. (MARMELSTEIN, 2015, *on-line*)

Contudo, como aponta Fonteles (2019, p. 27-28) a definição pode ser útil para compreender o fenômeno em um primeiro olhar, mas ela não é completamente precisa por não considerar todas as variáveis do fenômeno, que tem natureza muito complexa. Essa conceitualização possui problemas, pois não leva em consideração o fato de o *backlash* não se limitar a reações conservadoras, sendo possível a formação de um *backlash* não conservador. O autor cita um caso ocorrido nos EUA em 1986 (*Bowers v. Hardwick*), em que a Suprema Corte não considerou inconstitucional uma lei que criminalizava a sodomia, o que gerou uma forte onda de protestos no país. Outro exemplo é o caso *Dred Scott v Sandford* (1857), no qual a Suprema Corte norte-americana negou a um escravo a legitimidade de postular a sua liberdade. Às duas decisões de caráter conser-

vador se opuseram reações não conservadora, o que pode ser considerado, segundo o autor, como uma das causas remotas da deflagração da Guerra Civil.

Portanto, considerando esses fatores, cabe colocar a definição de Samuel Sales Fonteles, que leva em consideração os aspectos do *backlash* em um sentido jurídico-social:

Designa reação sociais (backlash nacional) ou estatais (backlash internacional), lícitas ou ilícitas, que hostilizam atos e decisões, ainda que não jurisdicionais, do Judiciário (juízes ou Tribunais), Cortes Constitucionais, Tribunais Administrativos ou Órgãos Internacionais (v.g. Cortes de Direitos Humanos), usualmente conservadoras do *status quo*. (Fonteles, 2019, p. 41)

Um caso clássico que exemplifica a ocorrência do efeito *backlash* no cenário norte-americano é o famoso *Roe vs Wade*. Em 1973, a Suprema Corte norte-americana proferiu polêmica decisão reconhecendo o direito ao aborto, produzindo consequências no congresso americano até os dias de hoje. No contexto brasileiro, um caso parecido que se amolda ao efeito *backlash* é a ameaça de resposta legislativa a depender da decisão da ADPF 442, que discute tema similar no STF. Outras decisões marcantes nos EUA são *Furman vs Georgia* (1972), sobre a pena de morte e *Brown vs Board of Education* (1954), sobre a entrada de estudantes negros em escolas públicas. Todos esses casos, causam consequências sociais e legislativas de grande porte no país.

Em outros países também há casos que geraram fenômenos *backlash*, como na Colômbia após a decisão da Corte Constitucional sobre a liberação do aborto em algumas situações (Decisão C-355/2006), que inclusive ajudou a desencadear outras decisões similares na América Latina (Ruibal, 2014, p. 42)³

3 A autora destaca que nos anos subsequentes à decisão houveram decisões nesse sentido no México, em 2007 (legalização do aborto no primeiro trimestre), a própria decisão do Brasil em 2012 para legalizar o abortamento dos fetos anencefálicos, e também em 2012, na Argentina, a legalização após decisão da Suprema Corte do país para abortamentos em casos de estupro (Ruibal, 2014, p. 42)

Como esse fenômeno é mais recente e pouco estudado no Brasil, seus efeitos e suas implicações ainda não estão muito bem definidos, mas já é possível observar que conservam certa similaridade com os observados nos casos norte-americanos.

O motivo para isso é que o *backlash* se manifesta do conflito entre o Estado de Direito e o regime democrático, quando se verifica que o povo disputa a interpretação da Constituição com o poder Judiciário. Visto que o processo democrático brasileiro só retornou há pouco mais de trinta anos, após longos anos de ditadura, não houve ainda tempo para que os efeitos tenham se manifestado com tamanha força.

Não obstante, a partir da possibilidade de conflitos sociais oriundos de decisões judiciais, surge a necessidade de reflexão sobre os limites à atuação do poder judiciário nas suas decisões de caráter contramajoritário.

2 OS PAPEIS DO JUIZ NO ÂMBITO DO DIREITO CONSTITUCIONAL E SUA RELAÇÃO COM O BACKLASH

Diversas são as abordagens acerca de como o juiz deve agir. No Brasil as reflexões teóricas ainda são raras a respeito desse agir do juiz, comparadas às do âmbito internacional, de onde se pode coletar diversas escolas de pensamento, cada qual com um ponto de vista bem específico sobre o agir do julgador. Analisar-se-á, porém, como esses autores relacionam o agir do juiz com a opinião pública sobre a matéria que será julgada, e, principalmente, como deve ser encarado o *backlash* em tais situações. Dentre uma miríade de possíveis análises, três foram escolhidas para o presente trabalho, sendo elas a análise de Cass Sunstein (Minimalismo Judicial), Robert Post e Reva Siegel (Constitucionalismo Democrático), e por fim, Ronald Dworkin, e sua avaliação principiológica.

2.1 A ANÁLISE DE CASS SUNSTEIN E O MINIMALISMO JUDICIAL

Cass Sunstein, professor de Harvard e autor de diversos livros sobre Direito Constitucional, é um dos autores mais citados

quando se trata do fenômeno *backlash*, principalmente por conta de sua famosa teoria do “Minimalismo Judicial” e de como essa postura poderia evitar o *backlash* frente às decisões jurisdicionais.

Sua proposta, segundo Gonçalves (2017, p. 202), própria do “Minimalismo Judicial”, critica o ativismo judicial ao não reconhecer nenhum tipo de teoria da Constituição segundo a qual o juiz ou órgão julgador tenham o papel de “salvador” do social. Continuando, para o autor a recomendação básica de Sunstein é para que os juízes deixem as questões em aberto, não tendo a necessidade ou pressa de apresentar respostas conclusivas ou substanciais sobre um caso concreto.

Para o professor de Harvard, o congresso é o local mais adequado para se verificar as questões sociais e democráticas, e por isso, compete a ele dar as respostas sobre questões jurídicas controversas. Portanto, para Sunstein, um caso que chegue às mãos de uma corte deve apresentar uma decisão que contenha superficialidade (*shallowness*) e estreiteza (*narrowness*), ou seja, apenas julgando o que foi colocado para ser decidido, sem se preocupar em fazer regras gerais que devem ser aplicadas futuramente, tendo como oposto uma decisão maximalista, com características opostas, que são decisões com profundidade (*depth*) e largura (*width*).

Outro professor de Harvard, Michael Klarman (2011, p. 6) vai no mesmo sentido, não só afirmando que as cortes falham em promover mudanças sociais, como também afirma que pelo fato dos juízes ocuparem cargos que acabam refletindo uma elite cultural, muitas vezes falham em perceber o quão impopular são suas decisões.

O “Minimalismo Judicial” teria como característica, portanto, evitar o *backlash*, visto que esse é entendido como um refluxo social que poderia trazer reações violentas e indesejadas, no que se pode citar o emblemático caso *Roe vs Wade*. (ASSIS E SILVA, p. 281)

Cass Sunstein promove ainda uma análise aprofundada do *backlash* em um artigo denominado “*backlash’s travels*” (SUNSTEIN, 2007). Nele, o fenômeno é imaginado

em quatro mundos hipotéticos: *Olympus*, *The Land of the Ancients*, *Lochnerland* e *Athens*. Em cada mundo, o *backlash* é visto sob uma ótica diferenciada.

No primeiro, *Olympus* (Olimpo), trata-se de uma nação imaginária na qual os julgamentos são confiavelmente corretos, sob um ponto de vista relevante, e no qual qualquer oposição a esses julgamentos são, se existirem, confiavelmente errados. (SUNSTEIN, 2007, p.437). O segundo mundo hipotético, *The Land of the Ancients* (Terra dos Anciãos), segue a premissa de que o significado constitucional é entendido da melhor forma quando ele é lido nos seus termos e intenções iniciais.

O terceiro mundo é a *Lochnerland* (Terra de Lochner). Nele, o significado constitucional é propriamente um produto da política ou moral do intérprete da lei. Nesse mundo, continua o autor, as visões judiciais sobre política e princípios são sistematicamente não confiáveis. A ocorrência do *backlash*, neste caso, teria bons motivos para justificá-la, já que os julgamentos feitos pelo público leigo seriam melhores do que os conduzidos pelos juízes. (SUNSTEIN, 2007, pp. 443-444).

Por fim, o último mundo, *Athens* (Atena). Nesse mundo, os juízes não são essencialmente bons ou ruins em dar significados ambíguos para termos constitucionais. Também agem com cautela sob o risco de *backlash*. Nesse mundo, porém, o motivo de se ter cuidado com o *backlash* é por conta da concepção do povo de autogovernar, sendo guiado pelos próprios juízos no que tangem a questões sociais delicadas, como igualdade, liberdade, propriedade etc. Assim sendo, em Atenas, o “Constitucionalismo Popular” é algo que subsiste e com grande força entre os jurisdicionados. (SUNSTEIN, 2007, p.446-447).

Embora Sunstein não expresse sua visão de maneira clara e objetiva sobre o *backlash* ser bom ou ruim, parece bem claro que ele imagina que o fenômeno é algo que deva ser calculado e evitado.

2.2 ROBERT POST E REVA SIEGEL: CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO COMO FORMA DE ENCARAR

O *BACKLASH*

Os autores, provenientes da universidade de Yale, defendem uma posição própria de interpretação constitucional frente ao que chamam de “controvérsia pública” (POST E SIEGEL, 2007, p. 379). Essa posição, eles definem, é o “Constitucionalismo Democrático”, que “afirma o papel do governo representativo e de cidadãos mobilizados impondo a Constituição na mesma medida em que afirma o papel das cortes usando a interpretação legal de forma profissional ao interpretar a Constituição” (POST; SIEGEL 2007, p. 379).

Assim, tratam de forma diferente sobre o que é apregoado no modelo interpretativo constitucional chamado de “Constitucionalismo popular”, o qual prega que a interpretação da Constituição deve caber ao povo, na medida em que devem ser aceitos os argumentos constitucionais vindo deste, ainda que estejam em conflito com a interpretação do judiciário. Nessa linha de pensamento, segue que o protagonista legítimo da interpretação constitucional é o povo, e segundo alguns autores, não seria possível uma corte invalidar uma lei que tivesse sido feita pelo parlamento (TUSHNET *apud* Fonteles, 2019, p. 53).

Já Post e Siegel tratam o assunto de forma diferente. Ao mesmo tempo que reconhecem a importância do apelo popular quanto a um tema constitucional, também reconhecem que o papel de interpretação da constituição por parte das cortes é algo essencial, desde que a razão jurídica por trás dessa interpretação tenha raiz em valores e ideais populares (POST E SIEGEL, 2007, p. 379)

Portanto, por esse prisma, o *backlash* é entendido pelos autores como uma das muitas práticas de contestação de normas, na qual o público geral tentará impor sua visão de direito constitucional, inclusive, como também pontuado pelos autores, com alguns casos de sucesso durante a história, visto que, no longo prazo, o Direito Constitucional é largamente suscetível a influências políticas. Assim, reafirmam que a legitimidade democrática da constituição, ou de suas interpretações, depende em parte da boa recepção das mesmas pela opinião popular. (POST E SIEGEL, 2007, p.

382-383)

Não obstante, acrescentam também que a partir do Constitucionalismo Democrático, o *backlash* não deve ser entendido somente sob a perspectiva das cortes, mas da ordem constitucional como um todo, situando o fenômeno dentro da rede de comunicações que sustenta a ordem constitucional. Afinal, as pessoas⁴ tendem a crer que a ordem constitucional deva se encaixar na *sua visão de mundo*, e os que efetivamente se engajam no *backlash* irão pressionar as autoridades (seja parlamentares para aprovar uma lei ou emenda à Constituição, seja o executivo, para que a iniciativa de tais atividades partam dele). (POST E SIEGEL, 2007, p. 390)

De todo modo, ao passo em que alguns autores (como os citados Klarman e Sunstein) vêem o *backlash* como algo indesejado a ser evitado pelas cortes, os acadêmicos de Yale vão em outro sentido, afirmando que o “Constitucionalismo Democrático” considera a controvérsia causada por uma decisão judicial (i.e. *backlash*) como algo positivo para a ordem democrática e constitucional.

Ou seja, para os teóricos de Yale, a postura adequada do juiz frente a uma possível reação popular não é a de evitar um julgamento que possa desencadear um *backlash*, e sim a de enfrentá-la pelas cortes constitucionais, pois consideram a reação benéfica para a ordem constitucional, na medida em que ela traz o diálogo no âmbito da sociedade. Em contraposição ao minimalismo judicial, para o qual as decisões não devem se alongar demais para questões de princípios que não lhe foram suscitadas, o “Constitucionalismo Democrático” *admite* a postura ativa do julgador.

O *backlash* que pode se originar dessa decisão, portanto, não é algo a ser comemorado, mas pode-se entender que eles são *parte do jogo* e que é um custo que pode ser arcado, mesmo com atos de resistência das mais diversas naturezas. Trata-se, então, de uma visão que pode ser considerada *positiva* acer-

4 No original, os autores referem-se aos americanos. Porém, o mesmo comportamento pode ser observado, cada qual a sua maneira, em povos de outros países, como o Brasil.

ca do *backlash*. Como afirmam Post e Siegel (2007, p. 390), “decisões constitucionais às vezes provocam resistência, especialmente se elas ameaçam o status de grupos acostumado a exercer autoridade e que acreditam que resistência pode evitar uma mudança constitucional por vir. Onde a controvérsia for inevitável, a aplicação de um direito pode ser, no entanto, justificada se os valores em jogo são suficientemente importantes” (tradução nossa)

Dessa forma, cabe ressaltar as palavras de Chueiri e Macedo (2019, p. 142) sobre a postura idealizada pelos acadêmicos da escola de Yale:

É possível afirmar que o constitucionalismo democrático fornece um quadro mais interessante e comprometido [...] para lidar com um contexto de complexa disputa a respeito dos sentidos da Constituição. Também contribui para manter aceso o vínculo entre política e direito, sem descuidar da autoridade da Constituição. Esta perspectiva pode ser interessante para tentar compreender os conflitos constitucionais do Brasil contemporâneo.

Inclusive, em próprios julgados do STF é possível achar menção aos teóricos aqui estudados, como no voto do Ministro Luiz Fux na ADI 4.578/DF⁵, e cujos pressupostos estão presentes, segundo Bunchaft (2016, p. 163) no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do RE n. 845779, o que pode ser um forte indicativo de que há uma predileção dos

5 A verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos Robert Post e Reva Siegel [...] identificam como *backlash*, expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou político. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento de inelegibilidades. Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. (BRASIL, 2015, on-line)

ministros que compõem a atual suprema corte por uma postura calcada pelo “Constitucionalismo Democrático”.

2.3 RONALD DWORKIN E SUA AVALIAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA SOBRE O ATUAR DO JULGADOR

Ronaldo Dworkin não trata do *backlash* diretamente, como os outros autores vistos, mas é possível ver qual seria seu posicionamento sobre o assunto por meio da sua visão sobre como os juízes devem julgar os casos difíceis (*hard cases*).

Para o autor norte-americano, valores como o ideal de integridade e da justiça como equidade são articulados de forma primordial. Na sua visão, os direitos devem servir como um trunfo contra a maioria ao postular a igualdade como base de sua teoria sobre o Direito.

Segundo Chueiri e Macedo (2019, p. 8), a democracia para Dworkin “pode e deve contar com a atuação do Judiciário para a resolução de questões difíceis e para a proteção de minorias sistematicamente excluídas”. Segundo o teórico citado, as decisões judiciais devem ter como escopo os princípios, que seriam a salvaguarda dos direitos das minorias contra as majorias.

Nessa direção de luta por direitos e proteção às minorias, Dworkin inclusive concebe o ideário do juiz Hércules, que seria o juiz, em suas palavras, de “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humana” (DWORKIN, p. 129).

Fonteles (2019, p. 45) afirma que tal divinização dos tribunais por parte do autor norte-americano “só pode mesmo vislumbrar o *backlash* como inimigo” e não reconheceria a força persuasiva causada pelo fenômeno, visto que isso poderia ameaçar a posição das cortes como fórum de princípios (FONTELES, 2019, p. 46).

Dworkin (2002, p. 129) explica, em sua clássica obra “Levando os Direitos a Sério”, que os “juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas”. Continua o autor

(2002, p. 129), sobre a distinção entre argumentos políticos e principiológicos:

Argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. [...] Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.

Sendo a defesa de minorias, por exemplo, justificadas por argumentos de princípios, conclui-se que para ele as opiniões públicas não forneceriam um norte adequado para os julgadores. Devem os julgadores, portanto, agir de forma contramajoritária, como nos clássicos casos *Brown vs Board of Education* e o já citado *Roe vs Wade*. Em ambos, a Suprema Corte dos EUA enfrentou questões sensíveis à época (segregação racial e aborto, respectivamente, sendo o último alvo de discussões e polêmicas até os dias de hoje, mais de trinta anos de proferida a decisão), e, apesar de uma opinião pública majoritariamente negativa à decisão que tomariam, ainda assim o fizeram.

Como afirmam Chueiri e Macedo (2019, pp. 131-132), o juiz *dworkiano* não se acovarda frente às pressões sociais e reações violentas, mas sim, reafirma o seu compromisso com a justiça e os valores da comunidade, respeitando os direitos e garantias de cada cidadão. O “Pequeno Juiz”, cabe ressaltar, protagonista do romance já apresentado, possui claramente essas características: por mais que a reação contra a sua pessoa fosse pesada e sua carreira, conforme advertira o Procurador-Geral, fosse destruída, ele se guiou pelos princípios de justiça e direitos fundamentais para que a pena capital não fosse proferida por ele.

Para Dworkin, como seria essa postura do juiz que, ao defender um direito fundamental de um indivíduo, encontrasse esse princípio em conflito com a regra? O autor responde:

Quando, então, o juiz tem permissão para mudar uma regra de direito em vigor? Os princípios aparecem na resposta de duas maneiras distintas.

Na primeira delas, é necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favorecerá algum princípio; dessa maneira o princípio justifica a modificação [...], porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança: caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada. (DWORKIN, 2002, pp. 59-60)

Por isso, a partir do pensamento de Dworkin, aduz-se que o papel do juiz, ou então, de uma corte, deve ser justamente o papel de considerar que sua posição, ao contrário dos “Minimalistas”, é a mais ideal e correta para decidir as questões que chegam até eles. Compõem estes, portanto, o que o autor chama de “Fórum de Princípios”. E no que pese reações (*i.e. backlash*) serem uma ameaça a esse *fórum de princípios*, o julgador poderá e deverá emitir seu posicionamento, com o fim de resguardar os ideias principiológicos caros ao Direito e à Justiça.

3 ANÁLISE DA NASCENTE DO FENÔMENO NO BRASIL

3.1 ANÁLISE DA ATUAÇÃO DAS CORTES SUPERIORES EM CASOS DE DESACORDO MORAL;

O Brasil, de forma contrária aos EUA, não possui tantos casos que podem ser considerados como *backlash*, o que pode ser justificado pela instabilidade das Constituições no país no decorrer da história brasileira e pela menor importância dada

à mesma nesse período, sendo por muito tempo considerada menos importante do que a legislação ordinária.(FONTELES, 2019, p. 174).

Além disso, até a promulgação da Lei nº 9868/99, as ações de constitucionalidade não possuíam duas características fundamentais quando em conjunto: O efeito *erga omnes* e o efeito vinculante. E no mesmo ano, com a Lei nº 9882/99, que criou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), as decisões da Corte Suprema teriam muito mais impacto sobre a sociedade, visto que o escopo dessas decisões poderia abarcar temas muito mais amplos do que até então.

Assim, nos últimos anos o STF tem julgado casos de grande desacordo moral e que vem gerando a reação popular e política que caracterizam o fenômeno *backlash*. Um dos casos mais comentados quando se fala de *backlash* no Brasil é o caso da “Vaquejada”. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4983 O STF considerou inconstitucional a Lei 15.299/2013 do Ceará, que regulamentava a prática da “vaquejada”, por violar o art. 225, §1º, VII, visto que incorreria em práticas de maus tratos aos animais.

Ocorre que a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo legal gerou rápida reação no Congresso Nacional, que em poucos meses aprovou a Lei n.º 13.364 de 29 de novembro de 2016, elevando a prática do rodeio e a vaquejada à categoria de expressões artísticas-culturais, e também aprovou a promulgação da Emenda Constitucional n. 96, que acrescentou o §7º ao art. 225 da CRFB, que tem a seguinte redação:

Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (BRASIL, 2017)

Porém, apesar de ser citado como grande exemplo do efeito *backlash* em território nacional, conforme afirma Fonteles (2019, p. 200), este não seria o exemplo mais exato do fenômeno, justamente por não ter em si a reação social que é marco da ocorrência do fenômeno, sendo a reação em si mais por parte da bancada ruralista que ocupa lugar relevante no Congresso Nacional.

Por outro lado, é possível elencar diversos casos que foram alvo de grande reação na opinião pública, o que Novelino (2020, p. 10) chamou de “casos de alta saliência social e/ou midiática”, como foram os casos dos julgamentos em relação ao abortamento de fetos com anencefalia (ADPF 54, em 2012), marcha da maconha (ADPF 187/DF, em 2011), células-tronco embrionárias (ADI 3510, em 2008), união civil de pessoas do mesmo sexo (ADI 4277/DF e ADPF 132, em 2011), cotas raciais (ADPF 186, em 2012).

Um caso emblemático foi o julgamento do HC 124.306/RJ, que mostra o entendimento da Primeira Turma do STF de que o abortamento realizado até o primeiro trimestre de gravidez não seria crime, conflitando de forma frontal ao previsto no Código Penal para esse tipo de prática. Não obstante, a ADPF 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) - ainda pendente de julgamento e sem data marcada para acontecer - pela sua mera existência já provoca protestos em vários momentos e locais diferentes no Brasil.

Em 2020 pôde-se observar dois casos com alto potencial de *backlash*. O primeiro o caso foi o da menina de 10 anos que ficou grávida em decorrência de um estupro no Espírito Santo, e acalorou o debate público em agosto de 2020. Apesar da legislação ser clara a respeito da possibilidade de abortamento em um caso de gravidez, houve grande reação no sentido de não permitir que a menina abortasse o feto. Em decorrência dessa reação, ela somente conseguiu realizar o aborto após decisão judicial do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Não obstante, cerca de duas semanas após a decisão judicial autorizando o aborto, o Ministério da Saúde editou a portaria nº 2282, de 27 de agosto de 2020, constando a obriga-

toriedade dos médicos que atenderem gestantes decorrentes de estupro a notificar a polícia, além de terem que oferecer à gestante a visualização do feto por meio de ultrassonografia. (BRASIL, 2020)

A medida pode ser vista como uma clara reação do governo à decisão judicial sobre o caso, que pode inclusive inibir mulheres que passem por essa situação de praticarem o aborto, por causa da necessidade de envolvimento da polícia. Ou seja, tem-se um caso claro de que, apesar de não ter uma Corte Superior envolvida, há uma reação frente a uma decisão judicial, partindo da pressão popular no poder executivo, que assim correspondeu com a Portaria nº 2282/2020.

Outro exemplo ocorrido no mesmo ano, foi o da soltura de André do Rap, em Habeas Corpus concedido pelo Ministro Marco Aurélio, do STF. Sua fundamentação jurídica para a concessão do remédio constitucional foi o art. 316 do CPP⁶, cujo novo texto entrou em vigor em 2020. O caso rapidamente ganhou a mídia e provocou uma fortíssima reação na imprensa e nas mídias sociais. Em reação, deputados não tardaram em protocolar Projeto de Lei par impedir que tal situação ocorresse novamente (PL 4914/20).

Exemplos como esses mostram que ainda há um grande embate no Brasil sobre como a população e os seus representantes interpretam o Direito (mormente Leis e Constituição) em contraposição à interpretação dada pelo Poder Judiciário, seguindo claramente tendências diferentes. O cenário no Brasil, definitivamente, parece com o descrito por Post e Siegel, porém, de maneira geral, a opinião pública e a nova cena política com a formação do Congresso Nacional nas eleições de 2018 assinalam uma tendência reacionária e de supressão de direitos.

3.2 ANÁLISE DAS REAÇÕES SOCIAIS E POLÍTICAS FRENTE ÀS DECISÕES DO STF

As eleições presidenciais de 2018 foram um marco na história política brasileira, não só pela grande tensão política mobilizada naquele momento, mas também pela nítida troca de visão ideológica ocorrida na chefia do poder executivo. Se nos anos anteriores houve uma tendência muito maior ao progressismo, agora seria o conservadorismo reacionário que tomaria conta da cadeira presidencial.

Esse governo, personificado pelo presidente Jair Bolsonaro, assume posição política contrária a várias decisões recentes do STF. Segundo Benvindo (2018), ele é “mais do que alguém alheio à política, ele é a personificação do *backlash* em uma sociedade ainda muito desigual, conservadora e autoritária” (tradução livre).

Não obstante, no próprio Congresso Nacional, muitos candidatos eleitos possuíam o mesmo perfil de Bolsonaro, sendo o Congresso com o perfil mais conservador dos últimos 40 anos. O partido de Bolsonaro à época, PSL, saltou de um dos menores em termos de representatividade no Congresso Nacional para o segundo maior, perdendo em número de eleitos apenas para o Partido dos Trabalhadores (PT).

Frente a esses acontecimentos, é pertinente o questionamento se as decisões recentes do STF acerca dos temas de alta controvérsia social podem ser vistas como fator decisivo para que uma onda conservadora nascesse e ganhasse força a ponto de reverter o *status quo* da política brasileira. E se, além disso, no âmbito judicial, os juízes passaram a decidir levando em conta um efeito *backlash* que fosse prejudicar sua imagem pública e carreiras.

Como todo acontecimento social de grande relevância, é impossível colocar somente um fator como propulsor para todas as mudanças ocorridas nos últimos anos. Dessa forma, não é possível falar que as decisões do STF ou de outro tribunal ou juízo singular foram os únicos responsáveis pela mudança política que tem causado tantas alterações no mundo do Direito. Mas é possível fazer sim,

6 “Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.” (BRASIL, 2020)

uma correlação. Em consonância com o observado por Fonteles (2019, p. 210), as decisões recentes do STF sobre grandes desacordos morais não “causaram, mas inflamaram” as mudanças e reações. É possível fazer paralelo ao já citado caso *Dred Scott v Sandford* (1857), que obviamente não causou a Guerra Civil Americana por si só, mas foi um dos ingredientes que acabou por deflagrá-la.

Por um lado, é imperioso notar que algumas dessas decisões, mesmo com o seu caráter controverso e potencial gerador de reações, tiveram impactos positivos na sociedade no que tange a defesa dos direitos civis e constitucionais. Ao ampliar a possibilidade de abortamento de fetos anencefálicos, permite-se que a mulher tenha mais controle sobre seu corpo. Da mesma forma, ao permitir a união de casais homoafetivos, além de respeitar o direito de pessoas livres e capazes se relacionarem como bem entender, também ajuda a combater o preconceito na sociedade ao tornar essa união como algo legal.

Por outro, decisões em matéria criminal, que são vistas como “lenientes”, somadas ao grande número de assassinatos no Brasil nos últimos anos têm sido grande alvo de reação, tanto no campo legislativo (o próprio Pacote Anticrime nasceu dessa ideia), quanto no campo popular, que busca um discurso cada vez mais voltado à “Lei e Ordem”, também refletido nas eleições de 2018.

Quaisquer que sejam as consequências das decisões do STF, fato é que não se pode mais pensar o Direito no Brasil como algo isolado e restrito aos tribunais, legislação, doutrina e debates acadêmicos. A postura cada vez mais ativa do judiciário - em todos os temas - tem trazido uma resposta igualmente rápida da sociedade brasileira, que impulsionada pelas novas tecnologias, possuem um alcance e poder muito maior. Se no século passado era necessário esperar anos ou até décadas para verificar o alcance do efeito *backlash*, esse prazo hoje é muito menor, ainda mais se considerar a história política brasileira, repleta de inconstâncias legislativas, constitucionais e jurídicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação entre Direito e o fenômeno *Backlash* é uma construção que se dá de maneira contínua, considerando que as relações sociais estão cada vez mais dinâmicas e rápidas com a utilização das redes sociais em larga escala. Uma decisão polêmica rapidamente viraliza nas redes, e com isso, respostas virulentas são bradadas nesses mesmos campos.

Não obstante, dentro de toda a mutabilidade imprevisível e constante derivada das relações sociais contemporâneas, a pergunta maior se mantém imutável: Diante de um clamor social em reação ao que está posto nas Leis ou na Constituição, qual o papel do juiz? Os juízes devem considerar que uma decisão proferida contra ou a favor de um determinado grupo seja alvo de reações que forcem avanços retrocederem? Ou, mais ainda, qual o papel do próprio Direito?

Nessa trama complexa que é apresentada entre fato, valor e norma, um olhar cuidadoso sobre a literatura pode contribuir de forma grandiosa para uma melhor interpretação do que ocorre. O “Pequeno Juiz”, ao decidir de forma contrária à legislação que previa a pena de morte para o caso julgado por ele, se guiou pelos princípios do Direito. Mas sua decisão mudou alguma coisa na forma que aquela sociedade via a aplicação da pena de morte? A resposta é negativa. O fascismo italiano continuou a vigorar, assim como sua ideologia e legislação, só dando trégua após o movimento político ter sido derrubado por conta da Segunda Guerra Mundial.

No Brasil, apesar de Fonteles (2019, p. 210) afirmar que demorará décadas para sentirmos os efeitos do fenômeno *backlash*, vê-se que talvez esse tempo se abrevie em muitos anos. A troca de poder na chefia do Poder Executivo em 2018, assim como a alteração na composição do Congresso Nacional e a futura alteração no Supremo Tribunal Federal dão a impressão de um horizonte não muito favorável para a ampliação de direitos, especialmente se eles intentarem serem conquistados através da via jurisdicional.

Por isso, apesar da habitual morosidade do Congresso Nacional em

discutir temas que versam sobre questões polêmicas (como união homoafetiva, aborto, prisão em segunda instância, dentre outros), o momento na Corte Suprema parece mais alinhado com uma posição intermediária entre o posicionamento de Sunstein e os de Post e Siegel. Verifica-se, em terras brasileiras, um minimalismo judicial, ao se postergar julgamentos tormentosos pelo máximo de tempo possível (Vide ADPF 442, que versa sobre o aborto); mas quando são julgados, verifica-se uma atuação mais ativa do órgão julgador, que mesmo mostrando certa preocupação com as consequências da decisão, ainda assim decide de forma contundente e gerando grandes consequências no campo político-social fora do tribunal.

O fato é que não há resposta certa sobre como os tribunais devem agir, e o próprio STF passa por um momento turbulento, com muitas críticas que lhe são direcionadas. Dada a possibilidade de rápida reação no sentido de que o passo à frente vire dois passos para trás, é melhor refletir se realmente as mudanças sociais não são melhores nas mãos dos representantes do povo, via ações políticas no Congresso Nacional, afinal: mudanças sociais não acontecem em tribunais. E como já observara o “Pequeno Juiz” ao final da história: “- Para dizer a verdade, eu mesmo poderia ter evitado aquele processo [...]. Mas vi nele a questão de honra da minha vida, da honra de viver. – E conseguimos... O que poderá acontecer agora? – Nada de bom” (SCIASCIA, 1990, p. 79).

REFERÊNCIAS

1. ASSIS, Fábio José Silva de; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Do protagonismo judicial aos diálogos institucionais: uma introdução ao constitucionalismo popular de Kramer, ao minimalismo de Sunstein e às teorias dialógicas de bateup e lineares. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 2, p.267-296, ago. 2018.
2. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 845779**. Procuradoria Geral da República. Inteiro teor do acórdão. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em 24 abr. 2020.
3. BRASIL. **Constituição. República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 26 Nov. 2019.
4. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
5. CHUEIRI, V. K. de; MACEDO, J. A. C. . Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada. **SEQUENCIA**, v. 39, p. 123-150, 2019.
6. COUTINHO, J. N. M. . O lugar do poder do juiz em ‘Portas Abertas’, de Leonardo Sciascia. In: Lenio Luiz Streck; André Karam Trindade. (Org.). **Os modelos de juiz: ensaios de Direito e Literatura**. 1ed.São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 211-225.
7. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**, 30. ed.,São Paulo, Saraiva, 2011.
8. EUGENIA BUNCHRAFT, MARIA . Transsexualidade e o direito dos banheiros no STF: uma reflexão à luz de Post, Siegel e Fraser*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas** , v. 6, p. 222-243, 2016.
9. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. – 9. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.
10. FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.
11. KLARMAN, Michael. **Courts, social change and political backlash**. Philip A. Hart Lecture. Georgetown Law Centre, em 31 de março de 2011.
12. MARMELESTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: Reações Políticas à Atuação Judicial**. Disponível em <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-juris-dicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em 13 set. 2019
13. MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.
14. POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Back-**

- lash. **Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review**, Cambridge: Harvard University, v. 42. p. 373-433, 2007
15. Alba Ruibal. Movement and counter-movement: a history of abortion law reform and the backlash in Colombia 2006–2014, **Reproductive Health Matters**, 42-51, 2014
 16. STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e teoria geral do estado**. 3. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 195p.
 17. SUNSTEIN, Cass R. Backlash's Travels. **University of Chicago Public Law & Legal Theory**. Working Paper Nº. 157, 2007.
 18. TRINDADE, André Karam ; GUBERT, Roberta Magalhães ; COPETTI NETO, Alfredo . **Direito & Literatura: reflexões teóricas**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. v. 1. 226p
 19. TRINDADE, André Karam ; STRECK, Lenio Luiz . **Os modelos de juiz: ensaios de Direito e Literatura**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 264p .
 20. VIEIRA, OSCAR VILHENA. Supremo-cracia. **Revista Direito FGV**, v. 4, p. 441-459, 2008.
 21. ZIEGLER, Mary. **Beyond Backlash: Legal History, Polarization, and Roe v. Wade**. 71 Wash. & Lee L. Rev. 969, 2014

LIBERAÇÃO INDISCRIMINADA DE AGROTÓXICOS E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO: FLEXIBILIZAÇÃO DE NORMAS *VERSUS* A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO NO BRASIL

Taynara Bento de Souza¹
Cristiane Borborema Chaché²

RESUMO

Os agrotóxicos são agentes químicos denominados também de defensivos agrícolas e utilizados em larga escala por produtores rurais na agricultura, com o objetivo de controle e extermínio de pragas. Neste sentido, o presente estudo tem como finalidade a análise da liberação indiscriminada de tais agentes e suas consequências para o meio ambiente e a saúde humana, bem como, verificar a responsabilização do Estado e a corresponsabilização das empresas fabricantes à luz do princípio da prevenção. A partir de pesquisas em fontes secundárias, o artigo demonstra que embora o Brasil possua diversos dispositivos legais que visam à proteção ambiental, a flexibilização de tais normas contribuem significativamente para o aumento dos danos ambientais. Conclui-se, então, que a utilização desordenada destes agentes químicos acarreta não só danos ao meio ambiente, mas trazem efeitos nocivos à saúde humana tanto do produtor rural que possui contato direto com os venenos e, também, acarreta danos ao consumidor final do produto, devendo o Estado ser responsabilizado por tais consequências.

Palavras-Chave: Direito Ambiental. Defensivos Agrícolas. Danos Ambientais

ABSTRACT

Pesticides are chemical agents also called pesticides and used widely by farmers in agriculture, aiming to control and exterminate pests. In this sense, the present study aims to analyze the indiscriminate release of such agents and their consequences for the environment and human health, as well as to verify the State's liability and the co-responsibility of the manufacturers in the light of the prevention principle. Based on research in secondary sources, the article demonstrates that although Brazil has several legal provisions aimed at environmental protection, the relaxation of such rules contributes significantly to the increase of environmental damage. It is concluded, then, that the disorderly use of these chemical agents causes not only damage to the environment, but also brings harmful effects to human health of both the rural producer who has direct contact with the poisons and also causes damage to the final consumer of the product, and the State should be held responsible for such consequences.

Keywords: Environmental Law. Agricultural pesticides. Environmental Damage.

INTRODUÇÃO

A discussão na esfera do Direito Ambiental acerca da problemática na má regulamentação e fiscalização dos agrotóxicos foi iniciada na década de 1960, por meio da escritora Rachel Carson em seu livro “Primavera Silenciosa” (2010 [1962], p. 22), a qual discorreu que os agrotóxicos quando utilizados de forma desproporcional acarreta danos ambientais e à saúde irreversíveis.

Os produtos químicos destinados ao aumento de produtividade na agricultura, ao longo do tempo penetra o solo, o que ocasiona uma cadeia de envenenamento e morte de seres vivos. Deste modo, é possível afirmar que todo ser humano poderá ter contato com

tais substâncias desde o nascimento. Para os cientistas é quase impossível obter espécies de organismos vivos livres de qualquer contaminação (CARSON, 2010 [1962], p. 29).

Os efeitos negativos recaem, principalmente, sobre aqueles que trabalham diretamente com essas substâncias ocasionando sintomas como: coceira, irritação, vômitos, cólicas, espasmos, dificuldades respiratórias, podendo levar a morte. Aqueles que têm o contato final com o produto sofrem pelas chamadas intoxicações crônicas, como, por exemplo, infertilidade, impotência, aborto, malformações fetais, efeitos no sistema imunológico e até mesmo câncer (Instituto Nacional de Câncer - INCA, 2015, *on-line*).

¹ Bacharel em Direito. Trabalho apresentado na Graduação do Curso de Direito do Centro Universitário Serra dos Órgãos – UNIFESO.

² Doutora em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ.

Nesta perspectiva, considerando que desde o ano de 2009, o Brasil é o país que lidera o consumo de agrotóxicos no mundo (INCA, 2015, *on-line*), percebe-se a necessidade e relevância de avaliar e estudar os efeitos da utilização de tais agentes, a legislação ambiental e como as grandes corporações incentivam e trabalham para que a liberação ocorra de maneira indiscriminada. Neste sentido, é necessário avaliar a responsabilidade do Estado, como agente que avalia e libera a utilização destes produtos.

Destarte, a presente pesquisa buscou relacionar os principais impactos ambientais e da saúde decorrentes da inobservância às garantias constitucionais quando ocorrem episódios de liberação indiscriminada dos agrotóxicos, bem como, verificar a possibilidade de responsabilizar o Estado pelo descumprimento do princípio de prevenção.

Assim, o objetivo geral consiste na análise e identificação dos principais problemas ambientais e a saúde, bem como de que forma poderá ocorrer a responsabilização e ainda estudar as leis brasileiras que dispõem acerca do tema e seus julgados.

Desta forma, parte-se da hipótese de que embora o Brasil seja um país com legislação ampla acerca da proteção ambiental, resta ineficaz a política de fiscalização, além da grande pressão pela bancada ruralista no Congresso Nacional para que ocorra de forma facilitada a liberação de produtos que garantam uma produtividade maior, sem levar em consideração os impactos socioambientais, de modo também a negligenciar os dispositivos constitucionais de defesa ao meio ambiente.

Neste sentido, para viabilizar o estudo da hipótese supracitada, tem como finalidade a pesquisa básica estratégica, cujo método é o dedutivo de caráter descritivo, através da análise bibliográfica e documental, constituída com base em fontes secundárias como doutrinas, artigos científicos, jurisprudências, legislação, noticiário, como também decisões judiciais.

Desta maneira, a presente pesquisa foi dividida em três seções partindo dos objetivos específicos, possuindo o objetivo de impulsionar e analisar a discussão acerca desta temática, para tanto na primeira seção será abordado o conceito histórico da introdução de tais agentes, os impactos causados pela revolução verde, bem como a alternância de go-

verno pode afetar no aumento ou diminuição da liberação dos agrotóxicos.

Na segunda seção serão estudadas as legislações ambientais, os órgãos responsáveis e suas atribuições, assim como a análise de julgados sobre o tema, por fim, na terceira seção serão analisados alguns princípios ambientais e a responsabilização do Estado e das empresas fabricantes decorrente da má utilização dos agrotóxicos.

Por fim, a pesquisa visa verificar se a garantia constitucional de defesa ao meio ambiente e a preservação da qualidade de vida para a presente e para as futuras gerações têm se concretizado na prática. Além de possuir a intenção de demonstrar os danos causados por tais agentes e verificar a possibilidade de responsabilização eficaz.

1 OS AGROTÓXICOS E O MEIO AMBIENTE

Inicialmente é necessário elencar que o direito ambiental se caracteriza como um conjunto de normas, princípios e mecanismos que visam disciplinar a relação entre o ser humano e o meio ambiente (ANTUNES, 2019, p. 3).

Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) possui um capítulo reservado à proteção do meio ambiente, desta maneira assegura-se o direito ao meio ambiente equilibrado, bem como impõe ao poder público o dever de preservá-lo e defendê-lo para as futuras gerações, destarte visando à efetiva proteção o artigo 225, §1º, inciso V, dispõe acerca da competência do poder público para assegurar tal direito, *ipsis litteris*: “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.

De forma inicial, é preciso elencar que o direito ambiental é tido como direito fundamental assegurado pela CRFB/88, abarcado pelo §1º do artigo 5º, possuindo eficácia direta e integrante também do rol das cláusulas pétreas, nos termos do artigo 60, §4º, IV da CRFB/88. Deste modo, o constituinte implementou no pacto constitucional a inclusão do direito ambiental como sendo essencial à vida humana saudável e à proteção ambiental para as atuais e futuras gerações sendo vedado qualquer retrocesso (SARLET; FENTERSEI-

FER, 2017, p. 83-84).

Os agrotóxicos, denominados também defensivos agrícolas ou inseticidas são classificados por Luís Sirvinskas (2019, p. 523) como elementos químicos de uso agrícola, com finalidade de alterar a fauna e flora visando preservá-las de seres vivos que são considerados nocivos e prejudiciais às terras de plantio.

A partir de então, percebe-se que tais agentes são comercializados com o objetivo de eliminar seres vivos, em suma, insetos e ervas daninha que são consideradas prejudiciais para a manutenção das plantações.

Nesta mesma linha de pensamento Celso Fiorillo (2013, p. 403) discorre que o fenômeno da modernização da agricultura foi um marco determinante para que ocorresse a implementação de insumos como os fertilizantes e agrotóxicos.

Com base no pensamento acima exposto nota-se que tal implementação se deu a partir do momento em que foi abandonado o modelo agrícola da policultura, onde se plantava diversos produtos em um mesmo local, passando, então, para o modelo agrícola da monocultura, destinando uma única área ao plantio de um único alimento.

Além da conceituação, ambas as obras Fiorillo (2013, p. 403) e Sirvinskas (2019, p. 523) abordam acerca dos agrotóxicos e a decorrente poluição, pois o uso indiscriminado de tais agentes gera não apenas danos à saúde do produtor rural e do consumidor, mas também ocasiona a contaminação de alimentos, do ar, do solo, dos rios, dos lagos, bem como o envenenamento de animais quando descartados no meio ambiente. Tal contaminação é, em maior parte, irreversível, gerando uma cadeia de envenenamento.

Em conformidade com os pensamentos acima expostos, Amado (2014, p. 344) explana em sua obra que os agrotóxicos, bem como os produtos e os agentes químicos e biológicos e seus afins, que possuem destinação à matéria agrícola, são usualmente aplicados como desfolhantes, estimuladores e/ou inibidores de crescimento.

Deste modo, percebe-se que a utilização descomedida dos agrotóxicos gera danos ambientais e à saúde pública na medida em que a utilização de forma indiscriminada ocasiona diversos danos ao meio ambiente e à população.

Para uma melhor análise dos danos decorrentes do manuseio exacerbado de tais agentes, especialmente no que tange a saúde pública, o Instituto Nacional de Câncer (INCA) (2015, *on-line*) publicou que o Brasil lidera o *ranking* de consumo de agrotóxicos no mundo, desde o ano de 2009. A partir da análise dos dados é possível perceber que o consumo demasiado de tais agentes químicos acarreta danos, principalmente aos produtores, ou seja, aqueles que têm contato direto, podendo levar, inclusive, a morte.

A partir desta temática, a professora e pesquisadora Larissa Bombardi (2017, p. 13) dedicou anos de estudos e pesquisas acerca da utilização de agrotóxicos no Brasil, realizou um levantamento sobre o envenenamento do meio ambiente, dos trabalhadores do campo e a dependência da produção agropecuária brasileira, trazendo um paralelo da problemática brasileira com o que ocorre na União Europeia.

A partir do estudo foi possível verificar que a utilização excessiva de agrotóxicos, em sua ampla maioria nocivos à saúde humana e ao meio ambiente, é prejudicial a toda população brasileira, sendo possível comprovar tal afirmação, por meio das notificações de intoxicação feitas pelo Ministério da Saúde, são mais de 25.000 (vinte e cinco mil), ou seja, 3.125 (três mil, cento e vinte e cinco) por ano, em média 8 (oito) intoxicações diárias (BOMBARDI, 2017, p. 54).

O Brasil estar no topo do *ranking* de consumo de produtos químicos já era previsto, tendo em vista que o país é um dos maiores produtores de alimentos agrícolas do mundo, entretanto, é um dos países mais atrasados em termos de fiscalização. Estima-se que cada brasileiro consome em média 05 (cinco) litros de agrotóxicos por ano, média muito acima do que é permitido pelas organizações mundiais. Para se ter ideia da gravidade da situação dos 50 (cinquenta) dos produtos químicos mais aplicados na agricultura brasileira, cerca de 22 (vinte e dois) são proibidos pela União Europeia e também pelos Estados Unidos. O consumo em larga escala acarreta diversos danos ambientais, tal como causam diversos tipos de doenças, como por exemplo, o câncer (SIRVINSKAS, 2019, p. 523-524).

Assim, percebe-se que embora o Brasil seja um país com extensas normas legislativas acerca do tema, não há eficácia na

fiscalização e punição por parte dos órgãos responsáveis.

Outro ponto relevante é o manuseio equivocado por parte dos agricultores, muitas vezes, ocorre sem a utilização de equipamentos de proteção individual (EPIs), causando danos não somente à saúde humana, mas também a todas as outras espécies (SOARES, 2010, p. 10).

Pode-se fazer afirmar ainda que com a crescente liberação a utilização destes agentes químicos não é de exclusividade dos agricultores capitalizados, mas também passou a ser utilizado por produtores familiares, que, em sua maioria não seguem as prescrições técnicas de uso. Deste modo, os pequenos produtores familiares não são submetidos a treinamentos específicos acerca do uso correto dos pesticidas, fazendo com que ocorra o manejo de forma inadequada de tais agentes. Sendo expostos aos riscos trazidos por tais produtos químicos (SOARES, 2010, p. 12-13).

Por este viés, em sua obra “Primavera Silenciosa” Rachel Carson (2010 [1962], p. 29) discorre que os pesticidas têm sido encontrados em quase todos os sistemas e que permanecem no solo por anos. Elenca, ainda, que todo ser humano está sujeito ao contato com tais agentes desde que é concebido até a morte.

Deste modo, há de se mencionar que somente após a publicação do livro de Rachel Carson, o problema ganhou dimensão e começou a ser discutido mundialmente, visando uma política sustentável. Segundo a escritora (2010 [1962], p. 24):

Produtos químicos não seletivos, com o poder de matar todos os insetos, os “bons” e os “maus”, de silenciar o canto dos pássaros e deter o pulo dos peixes nos rios, de cobrir as folhas com uma película letal e de permanecer no solo, tudo isso mesmo que o alvo em mira possa ser apenas umas poucas ervas daninhas ou insetos. **Será que alguém acredita que é possível lançar tal bombardeio de venenos na superfície da Terra sem torná-la imprópria para toda a vida?** Eles não deviam ser chamados de “inseticidas”, e sim “biocidas” (*grifo nosso*).

Sendo assim, percebe-se que o manejo e utilização de maneira exacerbada dos agrotóxicos geram inúmeros danos ambientais

sendo em grande parte irreversíveis e irre recuperáveis, bem como provocam uma cadeia de males e envenenamento a saúde humana e animal.

1.1 REVOLUÇÃO VERDE E SUA CONTRIBUIÇÃO NO AUMENTO DA UTILIZAÇÃO DOS AGROTÓXICOS

Nesta seção será abordado acerca da Revolução Verde que contribuiu para a crescente implementação e uso de agrotóxicos. Assim sendo, conceitua-se a Revolução Verde como sendo um modelo de inovações tecnológicas na agricultura, como por exemplo, a utilização de agrotóxicos, mecanização no campo, fertilização do solo para que houvesse um aumento na produtividade. Essa revolução fora iniciada por volta de 1940, entretanto foi nos anos de 1960 a 1970 que ocorreu um expressivo desenvolvimento agrícola (MENDES, M. *et al*, 2016, *on-line*).

Anteriormente ao advento da Revolução Verde, o ser humano não agredia a natureza de forma tão excessiva, somente se utilizava dos recursos naturais que lhe eram oferecidos para promover o seu sustento e de sua família. Foi então na idade Média e na Moderna que as agressões ao meio ambiente começaram e suas extensões perpetuam até os dias atuais (PIERANGELLI, 1989 *apud*, SIRVINSKAS, 2019 p. 81).

Assim, entende-se que após a Revolução Industrial e suas consequências sociais, ocorreu um significativo aumento na migração das famílias do campo para as cidades, ocasionando inúmeros desdobramentos econômicos, ou seja, fora necessária a modificação da demanda alimentícia, bem como, tornou-se essencial à implementação de extensos campos de produção, pois o modo de produção de alimentos da época foi considerado insuficiente (LIMA, 2018, p. 39-42).

Tais modificações acarretaram diversos danos ambientais, seus efeitos nocivos podem provocar danos ao ambiente local, regional, tal como comprometer o equilíbrio biológico do planeta (PIERANGELLI, 1989 *apud*, SIRVINSKAS, 2019 p. 81).

Por esta mesma linha discorreu Roberta Lima (2018, p. 42) ao elencar que pós-guerra entrou em discussão a problemática da escassez alimentícia. Sendo afirmado por

um corpo científico que a forma como ocorria a produção alimentícia, já não se adequava a realidade e não supria a demanda dos habitantes.

Verifica-se que desde a implementação das novas tecnologias produtivas advindas do nascimento da Revolução Verde, o consumo dos agrotóxicos cresceu. Desta forma, percebe-se que mesmo antes do término da Segunda Guerra Mundial, instituições como a *Ford* e *Rockefeller* passaram a investir em tecnologias cujo objetivo era o aprimoramento de sementes, como por exemplo, o trigo e o arroz (MENDES, *et al*, 2016, p. 4-5).

Suelen de Gaspi e Janete Lopes (2007, *on-line*) também abordam a temática em sua obra, ao apontarem que por volta de 1970 ocorreu uma ativa discussão a respeito das relações do ser humano e o meio ambiente, sendo elencado ainda que o modelo até então adotado possuía caráter predatório.

Deste modo, é perceptível que ao longo dos anos o meio ambiente foi visto como uma fonte inesgotável de recursos destinado às atividades econômicas, entretanto, após o advento da Revolução Verde e com os impactos decorrentes da mesma, foi então no século XX que a humanidade refletiu acerca do desenvolvimento sustentável que não vinha sendo praticado (GASPI; LOPES, 2007, *on-line*).

1.2 DA ALTERNÂNCIA DE GOVERNO E SEUS IMPACTOS

A alternância de governo na esfera Federal causa impactos tanto no aumento quanto na diminuição na liberação dos agrotóxicos, como é possível notar por notícias vinculadas pela mídia brasileira, ou ainda, ao verificar os informativos do Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento (MAPA). No ano de 2019 ocorreu um salto na liberação de agrotóxicos, para ativistas ambientalistas essa crescente liberação é preocupante, em contrapartida o governo e indústria alegam que o aumento se dá pela eficiência do sistema implementado (MELO, 2019 *in* G1, *on-line*).

Em conformidade com tópico acima exposto, a matéria publicada no *National Geographic* discorre que o aumento da liberação no ano de 2019 fomentou o debate sobre o uso de agrotóxicos no Brasil, uma vez que dos produtos liberados até julho daquele ano.

19,41% são classificados como extrema ou alta toxicidade e 32% foram banidos na União Europeia (DAMÁSIO, 2019 *in National Geographic, on-line*).

Tal aumento na liberação já era esperado, haja vista que o atual Presidente Jair Messias Bolsonaro, no período das eleições se posicionou a favor do “Pacote do Veneno”, o que ficou ainda mais claro com a nomenclatura da ministra Tereza Cristina para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) principal defensora do projeto de lei 6.299/02, conhecida como “PL do Veneno” (MACHADO, 2019 *in* EcoDebate, *on-line*).

Além destes fatores, faz-se necessária a menção da Portaria nº 43 de 2020 do MAPA que estabelece prazos de aprovação tácita, ou seja, de forma implícita para atos de liberação sob responsabilidade da Secretaria de Defesa Agropecuária, do MAPA. De acordo com a Portaria em seu artigo 2º, os prazos para a aprovação tácita no que diz respeito aos agrotóxicos são de 60 (sessenta) dias.

No que concerne à Portaria nº 43 de 2020, o partido Rede Sustentabilidade interpôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 656), alegando que a referida portaria e seus prazos de liberação automática visa à liberação facilitada, põem em risco à saúde humana, bem como o meio ambiente (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), 2020, *on-line*).

A partir de então, é perceptível que a alternância de governo, bem como a forte e presente bancada ruralista no Congresso Nacional desempenham um significativo fator de influência na liberação de tais agentes químicos.

Em relação aos governos anteriores, a liberação dos agrotóxicos foi a maior dos últimos 14 (quatorze) anos, desde o início do ano de 2019 chegaram a 467 (quatrocentos e sessenta e sete) o número de autorizações, sendo que destes 63 (sessenta e três) foram retirados por decisão judicial, maior número desde o ano de 2005 (SUDRÉ *in* Brasil de Fato, 2019, *on-line*).

Outro ponto importante a ser destacado nessa temática é a nova classificação adotada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) que agora possui 05 (cinco) divisões, quais sejam: i) extremamente tóxico, ii) altamente tóxico, iii) moderadamente tóxico, iv) pouco tóxico e v) improvável de causar

dano agudo. Até o momento era regulada desde 1989 e possuía 04 (quatro) divisões (SUDRÉ, *in* Brasil de Fato, 2019, *on-line*).

Segundo tal matéria, cerca de 800 (oitocentos) agrotóxicos pertenciam à categoria “extremamente tóxica”, mas a partir das novas divisões somente 43 (quarenta e três) estão abarcados pela categoria (SUDRÉ *in* Brasil de Fato, 2019, *on-line*). O que pode representar a interação de iludir o consumidor quanto a toxicidade destes tipos de produto químico.

De acordo com notícia publicada pela Fiocruz, a bancada ruralista que atua em defesa dos proprietários rurais, têm sua maioria na Frente Parlamentar da Agropecuária (FPA) e tem por um dos objetivos, reduzir os gastos do setor do agronegócio, aumentando assim a margem de lucro do setor (PORTELA; TOURINHO, 2016, *on-line*).

Desta forma, a bancada ruralista após vitória do “centrão” (um conjunto de partidos que possuem o objetivo de proximidade com o executivo para auferir vantagens a certos grupos), começou a ampliar a discussão acerca da liberação dos pesticidas, sendo retomada a análise da “PL do Veneno”. Após a eleição de Arthur Lira como líder da Câmara dos Deputados, a FPA já remeteu uma lista com pautas de caráter prioritário do grupo, como é o caso da “PL do Veneno” que possui o objetivo de flexibilizar a liberação dos produtos, inclusive produtos proibidos pela atual legislação (GRIGORI, *in* Agência Pública Repórter Brasil, 2021, *on-line*).

Os ruralistas veem na eleição de Lira uma oportunidade de avançar suas pautas, mas antes mesmo de qualquer avanço com a “PL do Veneno” os congressistas ruralistas já estão atuando para que haja maior agilidade nas liberações. Importante ainda mencionar que, em 2019, o deputado Alexandre Padilha (PT/SP) tentou acabar com decretos que visam à aprovação de novos pesticidas pela ANVISA, mas foi derrubado pela Comissão de Agricultura, e o líder dos ambientalistas no Congresso, deputado Rodrigo Agostinho, pontua que a aprovação e liberação de novos agentes químicos é a prioridade para a bancada ruralista e dificilmente é possível derrubar estas pautas (GRIGORI, *in* Agência Pública Repórter Brasil, 2021, *on-line*).

Há de se elencar ainda, que mesmo diante da crise sanitária causada pela pandemia do COVID-19, as novas liberações dos

agrotóxicos não pararam. No ano de 2020 houve a liberação de 461 (quatrocentos e sessenta e um) novos pesticidas nocivos ao meio ambiente e à saúde humana, destaca-se ainda que somente no mês de janeiro de 2021 foram liberados 56 (cinquenta e seis) novos pesticidas (G1, 2021, *on-line*).

A Campanha Permanente Contra os Agrotóxicos (2021, *on-line*), aponta que desde janeiro de 2019, ano de posse do atual governo federal até fevereiro de 2021, cerca de 1.059 (mil e cinquenta e nove) agrotóxicos foram liberados, para uso industrial e nas plantações, sendo o maior registro do MAPA desde o ano 2000.

Por tal razão, constata-se que as modificações governamentais federais e da bancada ruralista no Congresso, contribuíram significativamente para a variação da liberação de produtos químicos, bem como evidencia-se que, em paralelo, ocorre a flexibilização na legislação ambiental, cuja finalidade é a modificação da fauna e flora, eliminando seres considerados nocivos para obter maior produtividade e lucratividade com a agricultura.

2 LEGISLAÇÃO AMBIENTAL

Nesta seção será abordado acerca da legislação ambiental pertinente ao assunto, às alterações e flexibilizações realizadas nos últimos anos, analisar-se-á, também, os procedimentos e quais órgãos são responsáveis pela liberação dos agrotóxicos, tal como serão examinadas as decisões judiciais que versam sobre a temática.

Inicialmente é preciso elencar que segundo a doutrina majoritária o direito ambiental é um direito de terceira geração, por tal razão, fora apresentada nova perspectiva de vida ao ser humano no século XXI, devendo este pensar não só em si individualmente, mas na coletividade e na preservação ambiental para que haja a efetiva manutenção do equilíbrio ecológico, proteção à saúde e vida humana e das futuras gerações (MILKIEWICZ; LIMA, 2016, p. 3).

Anteriormente à Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), no período do Brasil Império, o meio ambiente e os recursos naturais eram vistos como elementos para obter e desenvolver atividade econômica (ANTUNES, 2019, p 42). Sendo assim, percebe-se que a preocupação com a qualida-

de de vida e com o meio ambiente em tal período da história era escassa, servindo apenas como um mecanismo de auferir lucratividade.

Ressalta-se ainda que antes mesmo do advento da Carta Magna, havia a lei 6.938/81 que regulamenta a respeito do Sistema Nacional do Meio Ambiente, foi então através de tal dispositivo legal que o Ministério Público (MP) começou a ingressar com as primeiras ações civis públicas, ocorre que somente com o advento da Lei 7.347/85 as ações se tornaram constantes e eficazes (SIRVINSKAS, 2018, p. 80).

Dentre os dispositivos legais que abordam o presente tema, pode-se fazer menção ao disposto no artigo 3º, inciso I da Lei 6.938/81, que dispõe a definição de meio ambiente como sendo um conjunto que abriga e rege a vida e todas suas formas.

Entretanto, de acordo com o ensinamento de Paulo Antunes (2019, p. 41-43) a principal fonte formal do Direito Ambiental é a Carta Magna de 1988, nela foi reservado um capítulo voltado especialmente ao meio ambiente e sua proteção, com o advento desta passou a visar à manutenção de um meio ambiente sadio, sendo reconhecido como direito fundamental.

Assim sendo, o constituinte originário objetivou a proteção ao meio ambiente, tal como a qualidade de vida às populações atuais e às gerações futuras através de uma adequada utilização dos recursos naturais disponíveis.

Seguindo os ensinamentos de José Afonso da Silva, foi com a mais recente das Constituições que trouxe a questão ambiental e esta foi inserida no Título VIII da “Ordem Social” (SILVA, 2004, p. 319-321).

Segundo dispõe em sua obra, Paulo Antunes (2019, p. 41) afirma que antes do advento da CRFB/88 as referências de proteção ambiental não eram feitas de maneira sistemática e sim com pequenas menções, sem que houvesse um capítulo unicamente reservado à proteção ambiental.

Além da CRFB/88, temos as leis infraconstitucionais, desta forma o direito ambiental passou a possuir uma vasta regulamentação de normas protetoras instituídas principalmente pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA), pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) (AMADO,

2014, p. 46).

Em sua obra, Fiorillo (2013, p. 42) discorre que em face do crescimento tecnológico por razão das demandas sociais do século XXI, a CRFB/88 através do seu artigo 225 constituiu elementos e fundamentos para a criação e proteção dos valores ambientais, além de atribuir o direito ao meio ambiente equilibrado à posição de direito fundamental.

Deste modo, esclarece que direitos fundamentais são aqueles concebidos como direitos dos cidadãos em face do Estado. Desta maneira o legislador não está autorizado apenas a fixar limites, mas também deverá observar os limites que foram estabelecidos pela CRFB/88 e impor restrições (MENDES, G., 2012, p. 116-119).

Assim sendo, no tocante a liberação dos agrotóxicos, é necessário que ocorra uma análise do disposto no § 4º do artigo 220, bem como artigo 225, §1º, inciso V, ambos da CRFB/88 que evidencia os agrotóxicos como sendo agentes químicos prejudiciais à saúde e ao meio ambiente, devem ser regulamentados e com produção controlada.

Em concordância com os ensinamentos de Celso Fiorillo e Gilmar Mendes, a obra de Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 416-419) faz menção à temática como um dos deveres estatais assumidos através do pacto constitucional, tendo como obrigação de promover o pleno desenvolvimento social e ambiental.

Por meio destes diferentes posicionamentos, pode-se afirmar que a legislação ambiental deve visar à diminuição das liberações de agentes que colocam em risco a saúde da sociedade, bem como o meio ambiente. No entanto, no cenário atual brasileiro é possível analisar que ocorre certa flexibilização no que diz respeito à liberação dos agrotóxicos, que será elencado no decorrer deste artigo.

A lei nº 7.802/89 regulamentada pelo Decreto nº 4.074/02, dispõe a respeito dos agrotóxicos, seus componentes e afins, com uma séria de regras e limitações, entretanto de acordo com o cenário atual percebe-se que a liberação vem ocorrendo de maneira indiscriminada.

Neste sentido, ressalta-se que a garantia constitucional veda o retrocesso, no estudo em tela essa vedação ao retrocesso é voltada especificamente aos direitos fundamentais, como é o caso do direito ao meio ambiente equilibrado e o direito à saúde. Ou seja, é de-

ver do Estado a promoção de medidas tanto legislativas, quanto administrativas que visem o combate a degradação ambiental, podendo até responder e ter que reparar os danos causados ao meio ambiente e às pessoas (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 428-434).

Ainda em conformidade com Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 448-449), evidencia-se que a flexibilização da legislação no tocante à esfera ambiental gera grande preocupação no cenário brasileiro. Seguindo a análise da legislação brasileira é importante destacar, ainda, que há um *déficit* em termos de proteção ambiental existentes atualmente, como é possível verificar na questão do aquecimento global que sofre aumento gradativo nas últimas décadas, sendo necessária a existência de medidas eficazes e fiscalização no sentido de “recuar” as práticas poluidoras.

Além das legislações acima mencionadas, pode-se fazer menção também a tal assunto no que se refere a esfera internacional, como por exemplo, a convenção de Estocolmo, sendo aprovada pelo Brasil por meio do Decreto nº 204, de 7 de maio de 2004, e promulgação do texto da Convenção em 2005, por meio do Decreto nº 5.472, de 20 de junho de 2005 (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2021, *on-line*).

Tal convenção definiu compromissos como: i) medidas de controle relacionadas a todas as etapas do ciclo de vida, ii) produção, iii) importação, iv) exportação, v) uso e vi) destinação final das substâncias Poluentes Orgânicos Persistentes (POPs), o que inclui os agrotóxicos (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2021, *on-line*).

Assim, constata-se que é dever do Estado a elaboração da legislação objetivando a tutela ambiental, bem como a criação das políticas públicas por meio dos órgãos estatais visando à proteção e a conscientização ambiental.

2.1 ÓRGÃOS RESPONSÁVEIS E SUAS ATRIBUIÇÕES

A Lei nº 7.802/89, que por sua vez é regulamentada pelo Decreto nº 4.074/02, dispõe acerca da pesquisa, experimentação, produção, embalagem e rotulagem, transporte, armazenamento, comercialização, importação e exportação, tal como a destinação final dos

agrotóxicos e seus afins, estabelecendo quais os órgãos responsáveis e os procedimentos realizados para que ocorra a liberação de tais agentes.

O referido Decreto revogou expressamente os decretos nº 98.816/90, 99.657/90, 991/93, 3.550/00, 3.694/00 e 3.828/01, todos os decretos versavam acerca dos agrotóxicos e afins.

A competência para que ocorra o registro de tais agentes químicos é do órgão federal, nos termos do artigo 3º, *caput* da lei nº 7.802/89, no entanto os Estados e o Distrito Federal podem criar sistemas de registro dentro de suas competências, conforme prevê o artigo 24, incisos V, VI, VIII e XII da CRFB/88.

Assim sendo, em conformidade com o portal da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) (2020, *on-line*), para que ocorra a liberação e o registro dos agrotóxicos são necessários alguns requisitos. Primeiro em concordância com o Decreto lei nº 4.074/02, tais agentes só poderão ser fabricados e comercializados se atender às exigências dos órgãos federais que são responsáveis pelo setor agrícola, meio ambiente e saúde.

Posteriormente o produto passa pela avaliação do Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento (Mapa) que avaliará a eficiência e potencial na agricultura, logo após o IBAMA avaliará o potencial poluidor do produto, por meio de ensaios físicos, químicos e biológicos, sendo avaliada a classificação de periculosidade que pode variar em até 05 (cinco) níveis, já a ANVISA avaliará a toxicidade e quais as condições de uso e se é seguro.

No entanto é o Mapa o responsável pelo registro do produto. Há de se destacar também que tais agentes registrados não possuem data de validade, mas podem passar por uma reavaliação, tais competências encontram-se previstas no Capítulo II do Decreto 4.074/02.

Segundo o artigo 31 do Decreto 4.074/02 há casos em que ocorre a proibição do registro de agrotóxicos, como por exemplo, os que o Brasil não dispõe de métodos que impeçam que seus resíduos provoquem danos à saúde e ao meio ambiente, os que não possuem antídoto, os teratogênicos, os carcinogênicos, os mutagênicos, os que provoquem distúrbios hormonais, que colocam em risco o ser humano e os que causem danos ao meio ambiente.

Em conformidade com o capítulo

II do Decreto nº 4.074/02 e com a ANVISA, cabe ao MAPA, ao Ministério da Saúde e do Meio Ambiente estabelecer exigências de informações que deverão ser apresentadas pelo requerente, diretrizes com o objetivo de diminuição de riscos, parâmetros de rótulos e bulas, métodos para análise de resíduos, promover a reavaliação toxicológica, avaliar pedidos de cancelamento do registro, autorizar o fracionamento e embalagem, controlar, fiscalizar e inspecionar a produção, importação e exportação, controlar a qualidade, fornecer esclarecimento sobre o uso, prestar apoio às unidades federativas de fiscalização, manter o sistema de informações sobre agrotóxicos e publicar no Diário oficial da União os pedidos e as concessões.

Ainda em conformidade com o dispositivo legal no artigo 5º e incisos cabe ao Mapa avaliar a eficiência agronômica dos agrotóxicos e conceder o registro, já o artigo 6º e incisos dispõe sobre as competências do Ministério da Saúde, quais sejam, avaliar e classificar toxicologicamente, avaliar a eficiência, estabelecer o intervalo de reentrada, conceder e monitorar os registros.

Cabe ao Ministério do Meio Ambiente de acordo com o artigo 7º e incisos do Decreto nº 4.074/02 avaliar o agente quanto sua eficácia na proteção de florestas e outros ecossistemas, avaliar o potencial de periculosidade ambiental, avaliação ambiental e conceder o registro em concordância com as análises dos demais órgãos.

Segundo a Lei nº 7.082/89 a competência da União é de legislar sobre a matéria dos agrotóxicos, controlar, fiscalizar, analisar os produtos e através de órgãos competentes realizar a prestação de apoio às unidades federativas que não dispuserem de meios necessários.

Os Estados e o Distrito Federal nos moldes dos artigos 23 e 24 da CRFB/88 possuem competência de legislar sobre aspectos internos e os Municípios ficam responsáveis por legislar de maneira supletiva sobre uso e armazenamento, na forma do artigo 32 da CRFB/88.

No que refere ao registro das empresas fabricantes, tanto nos Estados, Distrito Federal e municípios possuem requisito *sine qua non*, devendo haver apresentação do produto a esfera federal, tanto para pessoas físicas ou jurídicas, e nos casos em que a empresa pro-

duza outros produtos além dos agrotóxicos, deverá haver instalações diferentes para que não ocorra a contaminação (SIRVINSKAS, 2019, p. 526).

Já em relação à importação e exportação de tais produtos, só poderá ocorrer se registrados em órgão federal, de acordo com as exigências de setores públicos e do meio ambiente e agricultura. Cabe ressaltar que com o advento da lei nº 11.936/09 passou a ser proibida a exportação, fabricação e exportação do Dicloro-Difenil-Tricloroetano (DDT) no Brasil (SIRVINSKAS, 2019, p. 527).

Ressalta-se que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de lei nº 713/99, cujo objetivo é excluir os produtos químicos que possuem os seguintes ingredientes: abamectina, acefato, benomil, carbofurano, cihexatina, endossulfam, forato, fosmete, heptacloro, lactofem, lindano, metamidofós, monocrotofós, paraquate, paratina metilica, pentaclorofenol, tiram e tricorfom, alguns destes já proibidos pela ANVISA, no entanto outros ainda circulam no mercado, tal projeto foi apensado ao Projeto de lei nº 4.412/12, que determina a devolução de tais produtos (SIRVINSKAS, 2019, p. 525-526).

2.2 ANÁLISE DAS DECISÕES E JURISPRUDÊNCIAS

Primeiramente, importante destacar que a discussão acerca dos agrotóxicos está atrelada à poluição química desde as décadas de 1960 e 1970. Visando tal proteção, alguns Estados iniciaram reivindicações e começaram a elaborar dispositivos no que diz respeito à matéria, como por exemplo, as leis nº 7.747/82 e 7.827/83 que previa a distribuição e comercialização de agrotóxicos nos estados do Rio Grande do Sul e do Paraná respectivamente, que acabaram sendo julgados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (SARLET; FENTERSEIFER, 2017, p. 216-218).

Nesta subseção serão expostas e analisadas algumas decisões acerca do tema, como por exemplo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 656), que fora proposta pela Rede Sustentabilidade em Face da Portaria 43 de 21 de fevereiro de 2020, já citada anteriormente, dispõe acerca da liberação tácita para os atos de responsabi-

lidade da Secretaria de Defesa Agropecuária e do Mapa, com fulcro no artigo 10º, caput do Decreto nº 10.178/19 (STF, ADPF 656, Ministro Ricardo Lewandowski, Decisão Monocrática, 2020, p.1).

Para o requerente a liberação tácita dos agrotóxicos e outros produtos químicos nocivos à saúde humana afrontam a Carta Maior e seus preceitos básicos, sendo assim, o relator Ministro Ricardo Lewandowski deferiu liminarmente a suspensão dos dispositivos até que haja decisão definitiva do Plenário. Logo após, os Ministros Dias Toffoli, Edson Fachin e Alexandre de Moraes acompanharam o voto do relator e também deferiram a medida liminar em julgamento virtual (STF, ADPF 656, Ministro Ricardo Lewandowski, Decisão Monocrática, 2020, p.2).

O Ministro Ricardo Lewandowski discorreu que diante da grave lesão à saúde pública evidenciada na inicial, não resta dúvida que a medida liminar demanda uma decisão urgente, e tal providência se torna ainda mais necessária tendo em vista a pandemia decorrente do COVID-19, sendo necessário que ocorra o impedimento de mais um agravo à saúde pública (STF, ADPF 656, Ministro Ricardo Lewandowski, Decisão Monocrática, 2020, p. 2-3).

Desta forma o Ministro relator deferiu medida cautelar pleiteada para suspensão da eficácia dos itens 64 a 68 da tabela 1 do artigo 2º da Portaria 43/20 até devolução da vista solicitada pelo Ministro Roberto Barroso e a conclusão do julgamento virtual.

O julgamento iniciou-se em 12 de junho de 2020 e foi finalizado de forma virtual no dia 19 de junho de 2020, na data de 22 de junho de 2020 teve medida liminar deferida por unanimidade, visando à suspensão dos itens supracitados. Fora interposto agravo regimental no dia 09 setembro de 2020 e remetido à conclusão ao Ministro Relator (STF, ADPF 656, Ministro Ricardo Lewandowski, Decisão Monocrática, 2020, p.3-4).

Assim sendo, o Tribunal deferiu, de forma unânime, a medida pleiteada para a suspensão dos itens 64 a 68, do artigo 2º da referida portaria, tendo sido publicado no Diário de Justiça Eletrônico (DJE) na data de 31 de agosto de 2020, posteriormente foi interposto embargos de declaração por intermédio do Advogado Geral da União (AGU) tendo sido os autos remetidos ao relator (STF, ADPF 656,

on-line).

Neste mesmo sentido, também temos a ADPF 658 proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) igualmente interposta em face da Portaria nº 43/2020 que também obteve através dos votos dos ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Edson Fachin e Alexandre de Moraes a medida liminar pleiteada para suspensão dos itens 64 a 68 da 01 tabela do artigo 2º da referida portaria, sendo o Ministro Ricardo Lewandowski relator (ADPF 658, Certidão de Julgamento, 2020, *on-line*).

Na ADPF 658, acima mencionada, a medida liminar foi deferida na data de 22 de junho de 2020 por unanimidade, nos moldes do voto do relator, em plenário virtual que ocorreu entre os dias 12 de junho de 2020 a 19 de junho de 2020. Na data de 29 de junho de 2020 foi expedido ofício comunicando que o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu julgamento colegiado nos termos da certidão, logo após em 09 de setembro de 2020, fora interposto embargo de declaração e remetido à conclusão ao relator (ADPF 658, Certidão de Julgamento, 2020, *on-line*).

Ressalta-se que tanto a ADPF 656, quanto a 658 foram deferidos por unanimidade a suspensão dos itens anteriormente citados e em ambas foram interpostos recursos.

Assim sendo, em relação ao cenário das decisões judiciais pode-se fazer menção também à decisão proferida pelo Desembargador Francisco Roberto Machado do TRF-5 deferindo a suspensão do registro de 63 agrotóxicos feitos em setembro de 2019 (TOOGE in G1, 2019, *on-line*).

Neste mesmo sentido, é possível verificar que segundo o entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos moldes dos artigos 14, §1º da Lei 6.938/81 c/c artigo 4º, VII do mesmo instituto legal, fica obrigado, independente de culpa a reparar os danos causados ao meio ambiente (REsp 769.753. 2009, Relator Ministro Herman Benjamin, Acórdão p. 2-3).

Ante todo o exposto evidencia-se que a interferência do judiciário na esfera ambiental é de tamanha importância para que haja a preservação dos direitos constitucionais voltados para a preservação do meio ambiente e para a saúde humana.

3 DOS PRINCÍPIOS AMBIENTAIS

Para melhor compreensão acerca do tema estudado no presente artigo, nesta seção serão analisados alguns dos princípios do direito ambiental. Desta forma, segundo Frederico Amado (2014, p. 83), os princípios são caracterizados como as normas jurídicas que visam à fundamentação no sistema jurídico em cada caso concreto.

Assim pode-se afirmar que os princípios ambientais são institutos utilizados como recursos pelo magistrado para a análise de cada caso concreto e sua solução diante de uma omissão ou lacuna legislativa, por meio de analogia, costumes e princípios gerais nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (ANTUNES, 2019, p.40).

Por esta mesma linha, é possível elencar que os princípios ambientais não se sobrepõem um ao outro, tão pouco há hierarquia entre eles, ou seja, em cada caso concreto sua aplicação e resolução devem ser observadas a ponderação e proporcionalidade (FERREIRA, 2014, p.8).

Pode-se fazer menção ainda que os princípios incorporados por meio da Declaração Mundial para o Estado de Direito Ambiental, tem por objetivo alcançar a justiça ambiental, assim na CRFB/88 tais princípios ecológicos foram incorporados por intermédio do artigo 225, de modo a ocorrer à responsabilização e a reparação dos danos causados ao meio ambiente (LEITE; SILVEIRA; BETTEGA, 2017, p. 183-185).

Para Luís Sirvinskas (2019, p. 139-153), os princípios são caracterizados como procedimento basilar e fundamental para a resolução de uma questão jurídica. Nesta seara pode-se fazer menção a imensidade de princípios ambientais, cerca de 10 (dez) elencados em diversas obras.

Entretanto, neste artigo serão elencados e observados apenas alguns destes princípios e suas características, como por exemplo, o princípio da prevenção que se encontra assegurado no artigo 225 da CFRB/88 e tem como base a análise científica. A partir do momento em que uma ação licenciada põe em risco o meio ambiente (AMADO, 2014, p. 84-85). Através deste mesmo raciocínio Rômulo Sampaio (2017, p. 39) aborda que o princípio da prevenção atua nos casos em que há ris-

cos ambientais, sendo necessária a proibição, tendo em vista o iminente dano que potencialmente poderá ocorrer.

Os pontos de vista acima expostos, está em rota de colisão ao posicionamento de Fiorillo (2013, p. 67-68) que discorre acerca do princípio da prevenção como sendo um, senão o mais importante do direito ambiental, uma vez que os danos na maior parte das vezes possuem caráter irreversível e irrecuperável.

Além do princípio de prevenção há de se fazer menção ao princípio da precaução, do desenvolvimento sustentável e do poluidor-pagador, este que se caracteriza pelo fato de o poluidor ter o dever de ser responsabilizado pelo dano que ocasionou, por meio de suas atividades (AMADO, 2014, p. 94).

Deste modo, visando à busca por conscientização em relação à preocupação com as questões ambientais, fora necessário a instituição de normas objetivando a sustentabilidade e visando por fim na degradação do meio ambiente, desta forma o princípio de precaução busca a intervenção do poder público através da constatação de um dano ocorrido por fruto de uma ação ou omissão (SAMPAIO, 2017, p. 33/39).

Já o princípio do desenvolvimento sustentável, seguindo o pensamento de Sirvinskas (2019, p. 143), busca atender tanto às necessidades sociais ou econômicas do ser humano, quanto à preservação do meio ambiente de modo a preservar todas as formas de vida na terra. Ao discorrer sobre este princípio o Doutor em Direito Rômulo Sampaio (2017, p. 43) aborda acerca da necessidade de inclusão do meio ambiente nos demais processos devendo ser analisado juntamente com outros.

Além do tocante a esfera ambiental e a aplicação destes princípios no que se refere à utilização dos agrotóxicos, cujo objetivo é a proteção do meio ambiente, importante ainda mencionar que sua aplicação vai além da esfera ambiental, como por exemplo, o princípio da prevenção que pode ser aplicado no que diz respeito a casos relacionados a saúde pública.

3.1 DOS PRINCÍPIOS DA SUSTENTABILIDADE E PREVENÇÃO

O princípio da sustentabilidade ou do desenvolvimento sustentável obteve sua primeira aparição no final dos anos de 1970, mas

a expressão e sua consagração como princípio ambiental se deu na ECO-92, se caracterizando então, como um mecanismo para conciliar o desenvolvimento econômico e a proteção ao meio ambiente, através da utilização de forma consciente dos recursos não renováveis, que são aqueles recursos naturais que se escassos não serão mais regenerados ou que o tempo para renovação é muito demorado, como por exemplo, água, petróleo, entre outros (SIRVINSKAS, 2019, p. 143).

Pode-se classificar a sustentabilidade como a busca pelo equilíbrio entre a necessidade de desenvolvimento econômico humano e a preservação do meio ambiente com o objetivo de assegurar o desenvolvimento de todas as espécies humanas, cuja finalidade é a diminuição da fome, miséria, desperdício e também da degradação ambiental (SIRVINSKAS, 2019, p. 144).

Assim, a sustentabilidade tem por objetivo manter e até mesmo recuperar o equilíbrio do meio ambiente, implicando então no uso racional dos recursos naturais para que ocorra o desenvolvimento econômico satisfatório aos seres humanos e ao mesmo tempo não ocorra o esgotamento dos recursos naturais disponíveis e a colocação da vida humana em risco (SILVA, 2016, p.8).

No que se refere ao princípio da sustentabilidade é importante destacar que por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 42/03 foi inserido na CRFB/88 um dispositivo especial voltado à proteção ambiental, bem como a teoria da sustentabilidade, nos termos do artigo 170, VI da CFRB/88.

O princípio da sustentabilidade ou do desenvolvimento é caracterizado como a busca pelo desenvolvimento econômico de maneira sustentável, que está em harmonia com o princípio da prevenção, o qual será posteriormente destrinchado no presente estudo (ANTUNES, 2020, p. 42).

Assim, há de se falar no Estado Socioambiental de Direito, que se baseia na superação do estado Social, se comprometendo com a prevenção e estudos acerca dos quadros de risco e degradação ambiental, tendo como marco a integralização de demandas do desenvolvimento humano de maneira sustentável, tal constitucionalismo ambiental foi criado com o objetivo de diminuir as desigualdades e trazer acesso à qualidade e bem-estar, trazendo por meio do constituinte originário rol exemplifi-

cativo de deveres de proteção ambiental nos termos do artigo 225, §1º da CFRB/88 (SARLET; FENTERSEIFER, 2017, p. 62-63).

Já no que se refere ao princípio da prevenção ou também denominado como princípio da precaução ou cautela, esse é classificado como a capacidade de estudar e agir antecipadamente, de modo a prever e evitar danos ao meio ambiente ou a terceiros, ou seja, quando há estudos acerca de possíveis danos irreversíveis deve haver medidas eficazes para prevenção. Tal instituto jurídico também está previsto no ordenamento jurídico por meio do artigo 1º da Lei de Biossegurança nº 11.105/05 (SIRVINSKAS, 2019, p. 146).

Por intermédio de tal instituto o licenciamento ambiental, os estudos de riscos e impactos deverão ser realizados e requeridos através das autoridades públicas competentes, assim agindo com o intuito de diminuir os danos decorrentes de certas atividades. No entanto, tal princípio não exclui definitivamente os danos ambientais, mas sim avalia se deverá haver ou não o deferimento do licenciamento ambiental, devendo ser observadas as políticas empregadas na atividade (ANTUNES, 2020, p.51).

Em conformidade com os pensamentos anteriormente expostos, Fabiano Oliveira (2017, p. 108) discorre que o princípio da prevenção está diretamente ligado ao risco conhecido, este por sua vez é identificado por meio das pesquisas e levantamento de dados, podendo ser aplicado nos seguintes casos: i) estudo prévio de impacto ambiental; ii) Licenciamento ambiental; iii) poder de polícia ambiental e. iv) auditorias ambientais.

Assim é possível observar que por meio da análise feita pelo princípio da prevenção e levando em consideração as técnicas e políticas empregadas nas atividades que serão deferidas ou indeferidas por meio do licenciamento ambiental e outros institutos, está diretamente ligado ao princípio do equilíbrio e sustentabilidade anteriormente mencionados, cujo objetivo é a mão dupla entre o desenvolvimento econômico e a preservação ambiental.

3.2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

Neste tópico serão analisadas e estu-

dadas as formas como ocorrem a responsabilização pelo uso de maneira descomedida de agrotóxicos e como ocorre em cada esfera de aplicação, ou seja, civil, penal e administrativa.

Assim é possível observar que através do disposto no artigo 225, §3º da CFRB/88, as atividades e condutas que possuem caráter lesivo e causam danos ambientais deverão os infratores serem responsabilizados, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, tal responsabilização se dá na esfera penal e administrativa além da obrigação de reparação dos danos. Assim há de se falar da responsabilização triplíce do direito ambiental (SILVA; BRAUNER, 2016, *on-line*).

Para melhor compreensão deve-se classificar os tipos de responsabilização, assim segundo a definição legislativa, trazida por meio dos artigos 70 a 76 da Lei nº 9.605/98, regulamentados ainda pelo decreto nº 6.514/08, a responsabilidade Administrativa é toda infração administrativa de caráter omissivo que viole normas jurídicas ou normas regulamentadoras de proteção ambiental (SIRVINSKAS, 2019, p. 177).

No que se refere à responsabilidade penal anteriormente à lei nº 9.605/98 não existia infrações penais de cunho ambiental, apenas algumas menções em lei separadas e no Código Penal, no entanto, com o advento da lei supracitada foram inseridas 05 (cinco) categorias de crimes ambientais, quais sejam: crimes contra fauna; contra flora; de poluição e demais crimes ambientais; contra o ordenamento urbano e cultural e contra a administração ambiental, atuando de forma repressiva (SIRVINSKAS, 2019, p. 177).

Já no que se refere à responsabilidade civil a legislação é voltada para as ações de obrigação de fazer, cujo objetivo é, se possível, a reparação dos danos ambientais e até mesmo a compensação pecuniária decorrente de danos irreversíveis, além disso, há previsão do ordenamento jurídico para a responsabilização objetiva, ou seja, responsabilização sem apuração de culpa (SIRVINSKAS, 2019, p. 178).

No tocante à responsabilização civil é possível elencar a teoria do risco na utilização dos agrotóxicos, sendo divididas em duas categorias: a do risco integral e do risco criado, este se caracteriza pelo emprego de qualquer atividade que crie ou exponha alguém ao

risco de dano nos termos do artigo 927 do Código Civil, aquele por sua vez se caracteriza na obrigação de reparar todo e qualquer dano independente da existência de culpa e sendo excluída qualquer hipótese de exclusão de responsabilidade, sendo esta a mais utilizada pelos tribunais (GOMES; SERRAGLIO, 2017, p. 315-316).

Importante elencar ainda, que o direito ambiental surge como uma ferramenta para tutelar o bem jurídico meio ambiente, ganhando autonomia por intermédio da lei da Política Nacional do Meio Ambiente nº 6.938/81 (SILVA; BRAUNER, 2016, *on-line*).

Por este mesmo viés é importante elencar que o legislador preocupado com as proporções negativas advindas da utilização dos agrotóxicos, implementou por meio do artigo 14 da lei de agrotóxicos nº 7.082/89 a responsabilização penal, civil e administrativa, *in verbis*:

Art. 14. As responsabilidades administrativa, civil e penal pelos danos causados à saúde das pessoas e ao meio ambiente, quando a produção, comercialização, utilização, transporte e destinação de embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, não cumprirem o disposto na legislação pertinente, **cabem:**

a) **ao profissional**, quando comprovada receita errada, displicente ou indevida;

b) **ao usuário ou ao prestador de serviços**, quando proceder em desacordo com o receituário ou as recomendações do fabricante e órgãos registrantes e sanitário-ambientais;

c) **ao comerciante**, quando efetuar venda sem o respectivo receituário ou em desacordo com a receita ou recomendações do fabricante e órgãos registrantes e sanitário-ambientais;

d) **ao registrante** que, por dolo ou por culpa, omitir informações ou fornecer informações incorretas;

e) **ao produtor**, quando produzir mercadorias em desacordo com as especificações constantes do registro do produto, do rótulo, da bula, do folheto e da propaganda, ou não der destinação às embalagens vazias em conformidade com a legislação pertinente;

f) **ao empregador**, quando não fornecer e não fazer manutenção dos equipamentos adequados à proteção da saúde dos trabalhadores ou dos equipa-

mentos na produção, distribuição e aplicação dos produtos (*Grifo nosso*).

Assim, pode-se verificar que a responsabilização cai sobre os infratores sejam eles pessoas jurídicas ou físicas e até mesmo o Estado poderá ser responsabilizado, conforme dispõe alínea “d” do artigo supracitado.

Destaca-se então que a responsabilização dos entes públicos acontecerá nos casos em que houver omissão na fiscalização, ou se sua conduta gerou danos, como por exemplo, a autorização de atividade cujo risco já havia sido previsto. Assim é possível observar que é poder-dever do Estado assegurar os interesses coletivos e promover a preservação ambiental, cumprindo também o disposto na legislação ambiental, caracterizando, assim, a indisponibilidade do interesse público (GOMES; SERRAGLIO, 2017, p. 318).

Tal responsabilização poderá ocorrer de forma solidária em conjunto com a responsabilização das empresas produtoras de agrotóxicos, tendo em vista que os dois são considerados poluidores diretos e indiretos, observando assim a teoria do risco integral, bem como o princípio do pagador poluidor (GOMES; SERRAGLIO, 2017, p. 317-319).

Neste sentido é possível observar o entendimento da Superior Tribunal de Justiça no sentido da responsabilização do Estado de forma objetiva e solidária:

AMBIENTAL. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL (LEI 9.985/00). OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO ILEGAL POR PARTICULAR NO PARQUE ESTADUAL DE JACUPIRANGA. TURBAÇÃO E ESBULHO DE BEM PÚBLICO. DEVER-PODER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO. OMISSÃO. ART. 70, § 1º, DA LEI 9.605/1998. DESFORÇO IMEDIATO. ART. 1.210, §1º, DO CÓDIGO CIVIL. ARTIGOS 2º, I E V, 3º, IV, 6º E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE). CONCEITO DE POLUIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DE NATUREZA SOLIDÁRIA, OBJETIVA, ILIMITADA E DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO [...]. **8. Quando a autoidade ambiental? tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a**

promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de co-responsabilidade? (art. 70, § 3º, da Lei 9.605/1998, grifo acrescentado). [...]

13. A Administração é solidária, objetiva e ilimitadamente responsável, nos termos da Lei 6.938/1981, por danos urbanístico ambientais decorrentes da omissão do seu dever de controlar e fiscalizar, na medida em que contribua, direta ou indiretamente, tanto para a degradação ambiental em si mesma, como para o seu agravamento, consolidação ou perpetuação, tudo sem prejuízo da adoção, contra o agente público relapso ou desídia, de medidas disciplinares, penais, civis e no campo da improbidade administrativa. [...]

18. Recurso Especial provido (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1071741/SP, Segunda Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin, julgamento em 24/03/2009 - *Grifo nosso*).

Neste mesmo sentido é possível observar os posicionamentos das Cortes superiores não divergem, pois o STF no Recurso Extraordinário nº 559622/PR o qual julgou a responsabilização do Estado por inobservância ao seu dever legal de prevenção e reparação de danos por depósito de agrotóxicos em local inapropriado o que ocasionou danos ambientais.

Nesta perspectiva é possível citar a Apelação Cível nº 70016598203 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) que julgou a responsabilidade das empresas fabricantes de agrotóxicos, pois o produto não oferecia segurança, bem como não havia instruções em seu rótulo sobre uso e riscos, além disso, a embalagem dizia ser produto de baixa toxicidade, mas restou constatado que o produto acarretava mais malefícios do que previa, ensejando então a responsabilização.

Desta forma, observa-se que é possível a responsabilização do Estado por danos causados ao meio ambiente, bem como a responsabilização solidária das empresas fabricantes dos agrotóxicos, nos termos do artigo 225, §3º da CRFB/88, uma vez que seria de inadmissível a aplicação da lei somente aos entes privados, sem atribuir a Administração Pública a responsabilização pelo descumprimento.

mento da lei. Tratando-se de um mecanismo para impedir o ente público de se omitir, tal como de seus agentes, assim prevê o artigo 37, §6º da CRFB/88 e o princípio da precaução (GOMES; SERRAGLIO, 2017, p. 317-318).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico demonstra que a proteção ambiental e a saúde humana são princípios assegurados pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional, sendo possível a intervenção do poder judiciário no que tange a aplicabilidade da previsão legislativa e a responsabilização ao agente infrator e a figura do Estado.

Deste modo, as informações trazidas ao decorrer do texto contribuíram para a discussão na seara do Direito, tendo em vista que o Brasil é um país com ampla legislação ambiental, entretanto é um dos países mais defasado em termos de fiscalização, evidenciando a flexibilização das normas por parte dos órgãos responsáveis nas suas atribuições.

Neste sentido, a pesquisa no primeiro momento abordou acerca do conteúdo histórico e como surgiu a implementação dos agrotóxicos, cujo objetivo é o extermínio dos seres vivos considerados prejudiciais às grandes áreas de plantio.

Deste modo, verificou-se que após a revolução industrial e verde foi necessária a implantação de extensos campos de produção agrícola para suprir a demanda alimentícia, constatou-se então, que não havia uma preocupação com a degradação ambiental, o ser humano apenas via como uma fonte de lucratividade inesgotável, de modo a negligenciar totalmente o desenvolvimento sustentável.

A partir de tal pesquisa, por meio das notícias e obras elencadas ao longo do trabalho, verificou-se ainda que o uso de tais agentes químicos gera danos irreversíveis ao meio ambiente, como a poluição do solo, ar, rio, lagos, lençóis freáticos, contaminação dos animais, bem como a saúde do produtor rural que detém o contato direto e dos consumidores finais, gerando uma cadeia de mortes, podendo comprometer o equilíbrio biológico do planeta.

Constatou-se também, que o Brasil lidera o *ranking* de liberação e utilização de agrotóxicos no mundo, estimando, que cada brasileiro consome em média 5 litros de agrotóxicos ao ano, média maior do que a prevista

e autorizada pelos órgãos mundiais.

A crescente e desordenada liberação está diretamente ligada à alternância de governo na esfera federal, sendo possível verificar que houve expressivo aumento nas liberações desde o ano de 2019, março maior desde os anos 2000.

Além de tal fator, a bancada ruralista no Congresso Nacional em muito contribuiu para que ocorra a liberação dos agentes químicos, com isso conclui-se por meio da análise dos julgados e jurisprudência que o Brasil necessita da intervenção do judiciário para atuar em favor da preservação e garantia constitucional e frear e responsabilizar os infratores pelo envenenamento em massa.

Por tal razão, constata-se que as modificações governamentais federais e da forte bancada ruralista no congresso, contribuiu tanto no aumento da liberação quanto para a diminuição para se obter maior produtividade e lucratividade com a agricultura.

Por fim, fora possível identificar através dos princípios ambientais a forma como o Estado pode ser responsabilizado pelos danos causados ao meio ambiente e por seu agravamento, decorrente de sua ação ou omissão de maneira a negligenciar seu dever de controlar e fiscalizar a liberação, utilização e destinação de tais agentes químicos, bem como a responsabilização das empresas fabricantes.

A partir da problemática que fora apresentada evidenciou-se a importância da discussão e análise acerca da liberação desordenada dos agrotóxicos e afins, bem como a consequente responsabilização tríplice (Civil, Penal e Administrativa) pelos danos causados, visto que o mesmo pode impactar significativamente no meio ambiente e na saúde humana, servindo de base para as futuras pesquisas voltadas para a mesma temática.

REFERÊNCIAS

1. AMADO, Frederico. **Direito Ambiental Esquematizado**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Método, 2014.
2. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 20ª. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
3. _____, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
4. BOMBARDI, Larissa Mies. Geografia do Uso de Agrotóxicos no Brasil e Conexões com a União Européia. **Laboratório de**

- Geografia Agrária- FFLCH-USP**, São Paulo- SP, 2017. Disponível em <https://conexaoagua.mpf.mp.br/arquivos/agrotoxicos/05-larissa-bombardi-atlas-agrotoxico-2017.pdf>. Acesso em 05 abr. 2021.
5. BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). **Registros e Autorizações de Agrotóxicos**. Brasília- DF, 2020. Disponível em <http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/agrotoxicos/produtos/registro>. Acesso em 10 out. 2020.
 6. BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). **Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes**. Brasília- DF, 2021. Disponível em <https://antigo.mma.gov.br/seguranca-quimica/convencao-de-estocolmo.html>. Acesso em 30 out. 2021.
 7. _____. Instituto Nacional de Câncer (INCA). **Posicionamento do Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva Acerca dos Agrotóxicos**. Rio de Janeiro- RJ, 06 abr. 2015. Disponível em <https://www.inca.gov.br/sites/ufu.sti.inca.local/files//media/document//posicionamento-do-inca-sobre-os-agrotoxicos-06-abr-15.pdf>. Acesso em 03 out. 2020.
 8. _____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília- DF: Presidência da República, 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 28 set. 2020.
 9. _____. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 42 de 19 de Dezembro de 2003**. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília- DF, 19 dez. 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc42.htm. Acesso em 29 maio 2021.
 10. _____. **Decreto nº 991, de 24 de Novembro de 1993**. Altera o Decreto nº 98.816, de 11 de janeiro de 1990, no que dispõe sobre a regulamentação da Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília- DF, 25 nov. 1993. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/D991.htm Acesso em 07 nov. 2020.
 11. _____. **Decreto nº 3.550, de 27 de Julho de 2000**. Dá nova redação a dispositivos do Decreto nº 98.816, de 11 de janeiro de 1990, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília- DF, 28 jul. 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3550.htm. Acesso em 07 nov. 2020.
 12. _____. **Decreto nº 3.694, de 21 de Dezembro de 2000**. Altera e inclui dispositivos ao Decreto nº 98.816, de 11 de janeiro de 1990, que dispõe sobre o controle e a fiscalização de agrotóxicos, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília- DF, 22 dez. 2000. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:2000-12-21;3694>. Acesso em 07 nov. 2020.
 13. _____. **Decreto nº 3.828, de 31 de Maio de 2001**. Altera e inclui dispositivos ao Decreto nº 98.816, de 11 de janeiro de 1990, que dispõe sobre o controle e a fiscalização de agrotóxicos e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília- DF, 01 jun. 2001. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:2001-05-31;3828>. Acesso em: 07 nov. 2020.
 14. _____. **Decreto nº 4.074, de 04 de Janeiro de 2002**. Regulamenta a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília- DF, 04 jan. 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/D4074.htm Acesso em 07 nov. 2020.

- gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4074.htm. Acesso em 07 out. 2020.
15. _____. **Decreto nº 6.514 de 22 de Julho de 2008**. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília- DF, 22 jul. 2008. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm. Acesso em 29 maio 2021.
 16. _____. **Decreto nº 98.816, de 11 de Janeiro de 1990**. Regulamenta a Lei nº 7.802, de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília- DF, 12 jan. 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d98816.htm. Acesso em 07 nov. 2020.
 17. _____. **Decreto nº 99.657, de 26 de Outubro de 1990**. Acrescenta artigo e parágrafo único ao Decreto nº 98.816, de 11 de janeiro de 1990, que regulamenta a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília- DF, 27 out. 1990. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1990-10-26:99657>. Acesso em 07 nov. 2020.
 18. _____. **Decreto nº 10.178 de 18 de Dezembro de 2019**. Regulamenta dispositivos da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, para dispor sobre os critérios e os procedimentos para a classificação de risco de atividade econômica e para fixar o prazo para aprovação tácita e altera o Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, para incluir elementos na Carta de Serviços ao Usuário. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília- DF, 18 dez. 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10178.htm. Acesso em 29 maio 2021.
 19. _____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília- DF, 4 set. 1942. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 29 maio 2021.
 20. _____. **Lei nº 6.938 de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília- DF, 02 set. 1981. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em 10 abr. 2021.
 21. _____. **Lei nº 7.082 de 11 de Julho de 1989**. Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília- DF, 11 jul. 1989. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7802.htm. Acesso em 08 out. 2020.
 22. _____. **Lei nº 7.347 de 24 de Julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília- DF, 27 jul. 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em 09 out. 2020.
 23. _____. **Lei nº 7.747, de 22 de Dezembro de 1982**. Dispõe sobre o controle de agrotóxicos e outros biocidas a nível estadual e dá outras providências. DOE n.º 110, de 22 dez. 1982. Rio Grande do Sul- RS. Disponível em <http://www.al.rs.gov.br/>

- [filerepository/repLegis/arquivos/07.747.pdf](#). Acesso em 07 nov. 2020.
24. _____. **Lei nº 7.827, de 29 de Dezembro de 1983**. Dispõe que a distribuição e comercialização no território do Estado do Paraná, de produtos agrotóxicos e outros biocidas, ficam condicionadas ao prévio cadastramento perante a Secretaria de Agricultura e Secretaria do Interior e adota outras providências. Representação nº 1.246-6-PR, de 23 set. 1986. Paraná-PR. Disponível em http://www.iap.pr.gov.br/arquivos/File/Legislacao_ambiental/Legislacao_estadual/LEIS/LEI_ESTADUAL_7827_1983.pdf. Acesso em 07 nov. 2020.
25. _____. **Lei nº 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] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília- DF, 12 fev. 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em 29 maio 2021.
26. _____. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília- DF, 10 jan. 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 29 maio 2021.
27. _____. **Lei nº 11.105 de 24 de Março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTN-Bio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília- DF, 24 mar. 2005. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em 29 maio 2021.
28. _____. **Lei nº 11.936 de 14 de Maio de 2009**. Proíbe a fabricação, a importação, a exportação, a manutenção em estoque, a comercialização e o uso de diclorodifeniltricloreto (DDT) e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília- DF, 14 maio 2009. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111936.htm. Acesso em 29 maio 2021.
29. _____. **Portaria nº 43 de 21 de Fevereiro de 2020**. Estabelece os prazos para aprovação tácita para os atos públicos de liberação de responsabilidade da Secretaria de Defesa Agropecuária, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, conforme caput do art. 10 do Decreto nº 10.178, de 18 de dezembro de 2019. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília- DF, 27 fev. 2020. Disponível em <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-43-de-21-de-fevereiro-de-2020-244958254>. Acesso em 28 set. 2020.
30. _____. **Projeto de Lei nº 713/99**. Altera a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, que “dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e a rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências”. Disponível em <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/15764>. Acesso em 08 nov. 2020.
31. _____. **Projeto de Lei nº 4.412/12**. Altera a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, para banir os agrotóxicos e componentes que especifica, e dá outras providências. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=555279>. Acesso em 08 nov. 2020.
32. _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1071741 - SP (2008/0146043-5)**. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Marilda de Fátima Stankievski; Fazenda do Estado de São Paulo. Brasília-DF, 14 maio 2021.

- lia- DF, Relator: Ministro Herman Benjamin. 16 dez. 2010. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1071741&b=ACOR&p=fal-se&l=10&i=8&operador=mesmo&tipo=visualizacao=RESUMO>. Acesso em 16 abr. 2021.
33. _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 769.753- SC (2005/0112169-7)**. Recorrente: União; Ministério Público Federal; Mauro Antonio Molossi. Recorrido: Os mesmos. Interessado: Município de Porto Belo- SC. Brasília- DF, Relator: Ministro Herman Benjamin. 10 jun. 2011. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6161760&num_registro=200501121697&data=20110610&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 18 out. 2020.
34. _____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 559622- PR**. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Brasília-DF, Relator: Ministro Gilmar Mendes. 22 ago. 2013. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2548187>. Acesso em 17 abr. 2021.
35. _____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 656 Distrito Federal**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Interditado: Secretário de Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento: Brasília- DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 01 abr. 2020. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5866860>. Acesso em 26 maio 2021.
36. _____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 656 Distrito Federal**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Interditado: Secretário de Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento: Brasília- DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 1 abr. 2020. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia-NoticiaStf/anexo/ADPF656liminar.pdf>. Acesso em 26 maio 2021.
37. _____. Supremo Tribunal Federal. **Me-**
- didá Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 658 Distrito Federal**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Interditado: Secretário de Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento: Brasília- DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5870470>. Acesso em 14 out. 2020.
38. _____. Supremo Tribunal Federal. **Rede questiona possibilidade de liberação automática de registro de agrotóxicos pelo Ministério da Agricultura**. Brasília- DF, 2020. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=438752&ori=1>. Acesso em 04 out. 2020.
39. _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70016598203**. Apelante/Apelado: Jorge Nauro Cardoso dos Santos. Apelante/Apelado: BASF Brasileira S/A- Indústrias Químicas. Rio Grande do Sul- RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz. 26 mar. 2007. Disponível em https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas=-solar/?aba=jurisprudencia&q=70016598203&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 29 maio 2021.
40. CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. [Traduzido por Cláudia Sant'Anna Martins]. São Paulo: Gaia, 2010.
41. COLETIVO CAMPANHA PERMANENTE CONTRA OS AGROTÓXICOS E PELA VIDA. **Mais Agrotóxicos no mercado: impactos no Brasil**. São Paulo- SP, 31 mar. 2021. Disponível em <https://contraosagrototoxicos.org/mais-agrototoxicos-no-mercado-impactos-no-brasil/>. Acesso em 01 abr. 2021.
42. DAMASIO, Kevin. Liberação recorde reacende debate sobre uso de agrotóxicos no Brasil. Entenda. *National Geographic*, São Paulo- SP, 26 jul. 2019. Disponível em <https://www.nationalgeographicbrasil.com/meio-ambiente/2019/07/liberacao-recorde-reacende-debate-sobre-uso-de-agrototoxicos-no-brasil-entenda>. Acesso em 27 set. 2020.
43. FERREIRA, Renata Gomes. O princípio da Precaução como Fundamento da

- Inversão do Ônus da Prova em matéria Ambiental. **Acervo Digital UFPR**, Curitiba- PR, 2014. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/42073/R%20-%20E%20-%20RENATA%20GOMES%20FERREIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 11 abr. 2021.
44. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
45. GASPI, Suelen de; LOPES, Janete Leige. **Desenvolvimento Sustentável e Revolução Verde: uma aplicação empírica dos recursos naturais para o crescimento econômico das mesorregiões do Paraná**. XI Encontro Regional de Economia (ANPEC-Sul) Economia e Tecnologia-UFPR, Paraná- PR, 2008. Disponível em http://www.economiaetecnologia.ufpr.br/XI_ANPEC-Sul/artigos_pdf/a4/ANPE-C-Sul-A4-08-desenvolvimento_sustenta.pdf. Acesso em 04 out. 2020.
46. GOMES, Daniela; SERRAGLIO, Humberto Zilli. A Responsabilidade civil decorrente do uso e da produção de agrotóxicos no Brasil. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**. Rio Grande do Sul- RS. v. 7, n. 2, 2017. (pp. 305-325). Disponível em <http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/download/4408/31>. Acesso em: 16 maio 2021.
47. G1. **GOVERNO LIBERA O REGISTRO DE 51 AGROTÓXICOS GENÉRICOS E 5 INÉDITOS PARA USO DOS AGRICULTORES**. G1 Agro, São Paulo- SP, 11 jan. 2021. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2021/01/11/governo-libera-o-registro-de-51-agrotoxicos-genericos-e-5-ineditos-para-uso-dos-agricultores.ghtml>. Acesso em 03 abr. 2021.
48. GRIGORI, Pedro. Bancada ruralista retoma PL do Veneno e vê ‘oportunidade de resolver isso de uma vez’. **Agência Pública/Repórter Brasil**, São Paulo- SP, 15 mar. 2021. Disponível em <https://reporter-brasil.org.br/2021/03/bancada-ruralista-retoma-pl-do-veneno-e-ve-oportunidade-de-resolver-isso-de-uma-vez/>. Acesso em 03 abr. 2021.
49. LEITE, José Rubens Morato; SILVEIRA, Paula Galbiatti; BETTEGA, Belisa. Princípios Estruturantes do Estado de Direito para a Natureza. In DINNEBIER, Flávia França (org.); LEITE, José Rubens Morato (org.). **Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza**. São Paulo: Instituto O direito por um Planeta Verde. 2017, p. 166-201. Disponível em <http://www.ccj.ufpb.br/sda/contents/documentos/e-book-estado-de-direito-ecologico-prof-dr-jose-rubens-morato-leite.pdf>. Acesso em 13 abr. 2021.
50. LIMA, Roberta Oliveira. **AGRO(TECH) OU AGRO(TÓXICO)? Sustentabilidade, riscos, futuras gerações e justiça ambiental**. Niterói: Editora Multifoco, 2018.
51. MACHADO, Kátia. Como funciona o processo de liberação dos agrotóxicos no Brasil. **EcoDebate**, [S.I.] 05 set. 2019. Disponível em <https://www.ecodebate.com.br/2019/09/05/como-funciona-o-processo-de-liberacao-dos-agrotoxicos-no-brasil/>. Acesso em 05 out. 2020.
52. MELO, Luísa. Ritmo de liberação de agrotóxicos em 2019 é o maior já registrado. **Portal G1**, São Paulo- SP, 26 maio 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2019/05/26/ritmo-de-liberacao-de-agrotoxicos-em-2019-e-o-maior-ja-registrado.ghtml>. Acesso em 01 out. 2020.
53. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade- Estudos de Direito Constitucional**. 4^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
54. MENDES, Marcela Ruy Félix, *et al.* Revolução Verde: reflexões acerca da questão dos agrotóxicos. **Revista Científica do Centro de Estudos em Desenvolvimento Sustentável da UNDB**, Goiás- GO, n° 4, vol. 1, jan/jul. 2016. Disponível em http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/6461/material/revolu%C3%A7%C3%A3o_verde_e_agrot%C3%B3xicos_-_marcela_ruy_f%C3%A9lix.pdf. Acesso em 03 out. 2020.
55. MILKIEWICZ, Larissa; LIMA, José Edmilson de Souza. Análise do registro de agrotóxico no direito ambiental brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo- RS, vol. 14, n. 2, p. 154-179, set. 2018 - ISSN 2238-0604. Disponível em <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1624/1833>. Acesso em 16

- out. 2020.
56. OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direito Ambiental**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.
57. PORTELA, Graça; TOURINHO, Raíza. Pressão política dificulta redução do uso de agrotóxicos no Brasil. **Portal FIOCRUZ**, Rio de Janeiro- RJ, 28 jan. 2016. Disponível em <https://portal.fiocruz.br/noticia/pressao-politica-dificulta-reducao-do-uso-de-agrotoxicos-no-brasil>. Acesso em 01 out. 2020.
58. SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Direito Ambiental**. Fundação Getulio Vargas (FGV) Direito Rio. Rio de Janeiro- RJ, 2017. Disponível em https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u1882/direito_ambiental_2017-2_0.pdf. Acesso em 15 abr. 2021.
59. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
60. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves Considerações sobre o Princípio de Retrocesso em Matéria Ambiental à luz do atual cenário de Flexibilização da Legislação Ecológica Brasileira. In DINNEBIER, Flávia França (org.); LEITE, José Rubens Morato (org.). **Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza**. São Paulo- SP: Instituto O direito por um Planeta Verde. 2017, p. 413-481. Disponível em <http://www.ccej.ufpb.br/sda/contents/documentos/e-book-estado-de-direito-ecologico-prof-dr-jose-rubens-morato-leite.pdf>. Acesso em 14 out. 2020.
61. SILVA, Carina Goulart da; BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. A Tríplice Responsabilidade Ambiental e a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Universidade Federal do Rio Grande do Sul- RS (FURG). **JURIS**, vol. 26, n. 2, p. 71-87, 2016. Disponível em <http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7657/5882-18414-1-PB.pdf?sequence=1>. Acesso em 20 maio 2021.
62. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**: Revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 76. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
63. SILVA, Yago Bock Xavier da. **O princípio da sustentabilidade na gestão ambiental empresarial**. PUCRS, Rio Grande do Sul- RS, dez. 2016. Disponível em https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/yago_-silva_2016_2.pdf. Acesso em 14 abr. 2021.
64. SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 16ª ed. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2018.
65. _____, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2019.
66. SOARES, Wagner Lopes. **Uso dos agrotóxicos e seus impactos à saúde e ao ambiente: uma avaliação integrada entre a economia, a saúde pública, a ecologia e a agricultura**. Rio de Janeiro- RJ, mar. 2010. Disponível em https://bvssp.iciet.fiocruz.br/pdf/25520_tese_wagner_25_03.pdf. Acesso em 10 out. 2020.
67. SUDRÉ, Lu. Agrotóxicos: 44% dos princípios ativos liberados no Brasil são proibidos na Europa. **Brasil de Fato**. São Paulo- SP, 06 Ago. 2019. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2019/08/06/agrotoxicos-44-dos-principios-ativos-liberados-no-brasil-sao-proibidos-na-europa/>. Acesso em 04 out. 2020.

A ENTREVISTA SOCIOECONÔMICA NA ANÁLISE DA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC/LOAS

Caio Márcio Gutterres Taranto¹
Jonathan Costa Ferreira²

RESUMO

O Benefício de Prestação Continuada – BPC, instituído pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), nº 8.742/93, é de cunho assistencial, na modalidade transferência de renda e integrante da seguridade social brasileira (no vértice da assistência social). É devido ao idoso maior de 65 anos e aos deficientes de qualquer idade, possuindo o valor do salário-mínimo vigente; ademais, possui critérios objetivos para a concessão, como renda máxima *per capita* de $\frac{1}{4}$ de salário-mínimo (qualquer modalidade de LOAS) e impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial de longo prazo que impossibilite o requerente de participar de forma plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições às demais pessoas. Possui intrínseca conexão ao princípio da dignidade da pessoa humana, visto que proporciona o mínimo existencial para os mais vulneráveis. Para promover análise de cada caso concreto, faz necessário que entrevista socioeconômica tenha ampla abrangência. A constatação social deverá contemplar, dentre outros elementos, a renda percebida por cada integrante do núcleo familiar e a fonte de tal renda – visto que benefícios previdenciários de até 1 salário-mínimo não serão considerados para o cálculo da renda *per capita*. Cabe destacar, ainda, o caráter subsidiário do Estado, porquanto caso existam formas de plena assistência familiar, sem prejuízo de sua própria manutenção, o indeferimento do requerimento de LOAS é a medida a se impor sendo, portanto, essencial o adequado preenchimento das informações acerca da composição familiar. Deverá, ainda, fornecer informações acerca das mais diversas despesas despendidas pelo núcleo familiar, como gastos com medicamentos, fraldas, consultas médicas, aluguel, luz, água e gás. Com o advento das leis n. 13.146/2015 e n. 14.176, ambas de 2021, tais gastos poderão ampliar a renda *per capita máxima para* até $\frac{1}{2}$ do *salário-mínimo*. Além das informações prestadas pelo cidadão, fotografias da residência são acessórias à entrevista e essenciais para a constatação da miserabilidade, posto que através dessas verificar-se-á o tamanho do imóvel, o nível de conservação da estrutura e dos móveis, além do número de cômodos. A entrevista poderá, ainda, ser realizada por Oficiais de Justiça, assistentes sociais e psicólogos. Em virtude do aumento de demandas envolvendo este benefício, a Vara Federal de Teresópolis desenvolveu o formulário em anexo, adaptado às mais diversas circunstâncias sociais e econômicas, para que servidores do Poder Judiciário possam proceder ao levantamento como instrumento de gestão e efetividade do processo.

Palavras-chave: Benefício de Prestação Continuada. Dignidade da pessoa humana. Entrevista socioeconômica (constatação social).

REFERÊNCIAS

1. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2022.
2. FERREIRA, Marisa. **Direito Previdenciário Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2021.
3. LEITÃO, André Studart. **Manual de direito previdenciário**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (Programa incorporado à Universidade Veiga de Almeida – UVA). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Juiz Federal. Professor do Centro Educacional Serra dos Órgãos - UNIFESO

² Discente do Curso de Graduação em Direito do Centro Educacional Serra dos Órgãos - UNIFESO