

ANO 15 | v. 2 | n. 35 | 2024

Porto Alegre/RS
2024

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Organização

Centro de Estudos, de Capacitação e de Aperfeiçoamento da Defensoria Pública do
Estado do Rio Grande do Sul – CECADep

Arte da Capa

Thiago Silveira de Oliveira – ASCOM DPE/RS

Diagramação

Lucas Pasquetti Schäffer – CECADep/RS

Normalização

Sistemas de Bibliotecas Unipampa – SISBI

A REVISTA NÃO SE RESPONSABILIZA PELAS OPINIÕES, IDEIAS E CONCEITOS
EMITIDOS NOS TEXTOS, POR SEREM DE INTEIRA RESPONSABILIDADE DE SEUS
AUTORES.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [online] / Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul - Ano 15, v. 2, n. 35 - Porto Alegre DPE, 2024.

Semestral.

Modo de acesso: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria>

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN: 2177-8116

1.Direito. I. Rio Grande do Sul (Estado). II. Defensoria Pública.

CDU - 34 (05)

CDD - 340.05

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Nilton Leonel Arnecke Maria

CORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Marcelo Turela de Almeida

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Silvia Pinheiro de Brum

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Jaderson Paluchowski

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Aline Corrêa Lovatto

**CENTRO DE ESTUDOS, DE CAPACITAÇÃO E DE APERFEIÇOAMENTO DA
DEFENSORIA PÚBLICA – CECADep**

Fabiane Ruperti Lontra

EDITORA-CHEFE

Mariana Py Muniz

ASSISTENTES EDITORIAIS

Alessandra Quines Cruz

Angelita Maria Maders

Alisson de Lara Romani

Clóvis Adão Pizzamiglio Bozza Neto

Felipe Kirchner

João Batista Oliveira de Moura

Lisandro Luís Wottrich

Rodrigo dos Santos Ribeiro

GERENTE DA REVISTA

Lucas Pasquetti Schäffer

CONSELHO EDITORIAL E CIENTÍFICO DA REVISTA

Membros Nacionais

Alberto Milnickel Ruttke
Alexandre Brandão Rodrigues
Ana Maria Marchesan
André Ribeiro Giamberardino
Augusto Jobim do Amaral
Christiane Russomano Freire
Clara Moura Masiero
Daniel Kessler de Oliveira
Denise Luz
Eduardo Medeiros Cavalcanti
Fabiano Aita Carvalho
Fábio Vieira Heerd
Francis Moraes de Almeida
Giovana Buonicore
Helena Moura Fietz
Jorge Luís Terra da Silva
Juliano Viali dos Santos
Leonardo Sagrillo Santiago
Luciano de Faria Brasil
Mônica Medeiros Kother Macedo
Paulo César Carbonari
Renata Costa Farias Simeão
Rivana Barreto Ricarte de Oliveira
Roberta Silveira Pamplona
Sandra Beatriz Moraes da Silveira
Simone Schroeder
Tássia Aparecida Gervasoni
Vanessa Cerezer de Medeiros
Vanessa Chiari Gonçalves
Veyzon Campos Muniz

Membros internacionais

Helena Moura Fietz
Roberta Silveira Pamplona

PARECERISTAS AD HOC QUE ATUARAM NA EDIÇÃO N. 35

Álerton Emanuel Poletto Atitus Educação, Passo Fundo, Brasil.

Carlos Eduardo Ferreira Dos Santos – Universidade de Coimbra, Portugal.

Eduardo Aleixo Monteiro – Universidade de São Paulo, Brasil.

Felipe Lazzari Da Silveira – PUC, Porto Alegre, Brasil.

Giovana Buonicore – IMKN, Curitiba, Brasil.

Ivan Barbiero Filho – UNOCHAPECÓ, Chapecó, Brasil.

João Quinelato De Queiroz – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

José Roberto Sotero De Mello Porto – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Karine Montanari Migliavacca – Anhanguera, Porto Alegre, Brasil.

Leandro Antônio Padilha – UCS, Caxias do Sul, Brasil.

Roana Funke Goularte – UNICRUZ, Cruz Alta, Brasil.

Sabrina Staats – Atitus, Passo Fundo, Brasil.

Suzana Maria Fernandes Mendonça – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal.

Thaisy Perotto Fernandes – Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital, São Paulo, Brasil.

SUMÁRIO

EDITORIAL

Mariana Py Muniz

MENSAGEM AOS LEITORES

Lúcia Helena Galvão

Artigos da edição

Além dos likes: examinando o fenômeno do “sharenting”

Guilherme Manoel de Lima Viana, Antônio Cazarine

01-17

Análise da inconstitucionalidade superveniente e seu enfrentamento pelo STF na perspectiva da ADI nº 02/1990

Halandra Araujo Ferreira, Leonardo Cruz da França, Débora Fin

18-28

Controle de constitucionalidade no pensamento jurídico de Neil Maccormick: uma proposta institucional a partir da teoria argumentativamente

Raul Nicolas Dombek Coelho, Tatiana Facchini da Silva

29-50

A Defensoria Pública e a concepção quixotesca de justiça: um diálogo entre direito e literatura

Lorenzo de Carpena Ferreira Corrêa de Barros,
Enrico de Carpena Corrêa de Barros

51-66

A previsão de complexidades sociojurídicas da Amazônia nos concursos implementados pela Defensoria Pública: uma ferramenta de promoção do acesso à justiça

Daniel Bettanin e Silva, Tatiane Guedes Pires,
Raimundo Pereira Pontes Filho

67-87

Previsibilidade decisional e o sistema de precedentes brasileiro

João Gabriel Guimarães de Almeida,
Paulo Henrique Guilman Tanizawa

88-104

O voto do acionista-credor no plano alternativo: uma abordagem empírica

Ivana Harter

105-125

O sigilo do prontuário médico em sede de investigação criminal: estudo de caso

José Armando Ferreira Oliveira, Roberta Marina Cioatto

126-149

Agromilícias: conceito, características e a continuidade público-privada na violência contra camponeses

Felipe De Araújo Chersoni

150-169

Convidados

Evidências internacionais sobre tratamento penal. A prisão para além das ideologias

Marcos Rolim

170-196

EDITORIAL

É com muita satisfação e honra que venho apresentar mais uma edição da Revista da Defensoria Pública, a qual segue mantendo a sua magnitude no âmbito não apenas acadêmico e científico, mas, também, institucional e social.

Nesse sentido, na atual gestão do Defensor Público-Geral do Estado, Nilton Leonel Arnecke Maria, e diante da Coordenadora do CECADep, Defensora Pública Fabiane Ruperti Lontra, a Revista obteve uma atualização da sua equipe editorial e científica, com o objetivo de aperfeiçoamento e de adequação às normativas da CAPES, consequentemente para a manutenção do Qualis que já alcançamos, B2.

Além disso, no atual contexto social que nos encontramos, seja no Brasil, seja no exterior, onde fake news são propagadas em velocidade descomunal, o compromisso ético, científico e cultural da Revista se reforça, a fim de produzir um debate saudável, com argumentos e fundamentos concretos à resolução dos mais diversos conflitos que a sociedade moderna também nos coloca a cada dia.

Por isso, a Revista surge com maior pujança na tentativa de apresentar conteúdo crítico e científico de qualidade como forma de produzir consideráveis alterações nos mecanismos que envolvem não apenas o sistema de justiça, mas da sociedade como um todo. Afinal, questionar, criticar, reformular ideias, discuti-las com argumentos válidos, são medidas essenciais e indispensáveis ao crescimento e a reformulação e/ou superação de crenças e de paradigmas.

Primando pela diversidade, a edição da Revista, Ano 15, Volume 2, n. 35, inicia-se com o artigo intitulado “Além dos Likes: Examinando o fenômeno do “Sharenting”, o qual aborda o fenômeno do sharenting, onde pais compartilham ativamente informações sobre seus filhos nas redes sociais. A análise se estende para examinar os potenciais riscos e desafios associados ao sharenting, especialmente em relação à privacidade infantil. Também é abordado desafios e precauções no âmbito da cibersegurança, visando a proteção das informações compartilhadas. Ao reconhecer a necessidade de um equilíbrio entre a documentação digital da infância e a proteção da privacidade, oferece insights valiosos sobre como os pais podem adotar práticas mais conscientes.

Já o artigo “Análise da inconstitucionalidade superveniente e seu enfrentamento pelo STF na perspectiva da ADI nº 02/1990”, visa compreender como o Brasil, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade, a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02 de 1990, ratificou o entendimento no sentido de inadmitir em seu ordenamento jurídico a inconstitucionalidade superveniente de leis após a Constituição Federal de 1988. Na ocasião, os fundamentos manifestados pelos julgadores carregavam justificativas de cunho pragmático e político, pautando-se, essencialmente, na doutrina doméstica e na jurisprudência anterior à redemocratização do país. Destaca-se que o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade tem como plano de fundo o enfrentamento do legado autoritário do período da ditadura e a redemocratização no país, o que direciona a questão para o campo além do jurídico. Em função disso, examina-se no julgado o direito intertemporal e a vigência normativa entre o período autoritário e a redemocratização no Brasil através da metodologia da sociologia histórica.

O artigo “Controle de constitucionalidade no pensamento jurídico de Neil MacCormick: Uma proposta institucional a partir da teoria argumentativa”, busca delinear um modelo geral de controle de constitucionalidade a partir das contribuições de Neil MacCormick para a teoria da argumentação jurídica e para a compreensão do direito enquanto um fenômeno institucional. A partir da leitura extensiva da obra do jurista escocês, pretendeu identificar de que modo e em que medida suas propostas de controlabilidade racional da decisão judicial e de moralidade institucional podem influir para a consecução de uma maior solidez no exercício adjudicatório das cortes constitucionais.

Na esfera do Direito Institucional, o artigo “A Defensoria Pública e a concepção quixotesca de Justiça: Um diálogo entre direito e literatura”, propõe um estudo de Direito e Literatura no seu viés representacional. Mediante metodologia analítica-dialética e assumindo os pressupostos do constructo teórico de Paul Ricoeur, suscita-se a seguinte indagação: a atividade jurídica da Defensoria Pública brasileira pode ser considerada “quixotesca” a partir dos conceitos apreensíveis do clássico literário de Miguel de

Cervantes Saavedra? Por meio desse questionamento inicial, procura-se demonstrar que a forma como D. Quixote busca concretizar a justiça não pode ser considerada uma representação das funções e dos objetivos institucionais da Defensoria Pública: embora certos valores jurídicos inerentes à Defensoria Pública estejam representados nas ações e intenções de D. Quixote na diegese, a personagem cervantina ilustra problemas institucionais que a Defensoria Pública visa a corrigir.

Já o artigo “A previsão de complexidades sociojurídicas da Amazônia nos concursos implementados pela Defensoria Pública: Uma ferramenta de promoção do acesso à justiça”, buscou responder se a cobrança de conteúdos atinentes a essas complexidades nos respectivos concursos organizados pelas defensorias públicas inseridas no contexto amazônico podem auxiliar na promoção do acesso à justiça. Para tanto, realizou-se revisão de literatura referente às ondas renovatórias de acesso à justiça e às complexidades sociojurídicas da Amazônia, com destaque aos desafios da Era Digital na região, cotejando-se tais elementos com a missão institucional da Defensoria Pública. Utilizaram-se, nesse prisma, raciocínios indutivos, dedutivos e dialéticos, em uma pesquisa qualitativa. O estudo foi dividido em três partes: (i) análise das ondas renovatórias de acesso à justiça, no contexto da Era Digital e do interior da Amazônia brasileira; (ii) apanhado das complexidades sociojurídicas da Amazônia; e (iii) cotejo de tais elementos com a missão institucional da Defensoria Pública.

Em outra medida, o artigo “Previsibilidade Decisional e o Sistemas de Precedentes Brasileiro”, objetivou analisar o instituto do precedente brasileiro como forma de combate à insegurança jurídica. Por meio de análise comparativa e uso do método dedutivo, concluiu que inobstante não sejam tais precedentes conformes à realidade do common law, onde se originaram, o modelo brasileiro possui potencial para auxiliar na retomada da previsibilidade, vez que, por sua vinculação obrigatória advinda de suas teses, tem-se uma organização do uso de decisões judiciais como fontes de direito vinculantes em certas caracterizações, trazendo assim maior previsibilidade e, então, segurança jurídica ao sistema normativo brasileiro.

O artigo “O voto do acionista-credor no plano alternativo: uma abordagem empírica”, analisa a possibilidade de exercício de direito de voto pelo acionista/sócio e

credor da sociedade em recuperação judicial, tendo em vista as alterações promovidas pela Lei nº 14.112/2020 à Lei nº 11.101/2005 (“Lei de Falência e Recuperação Judicial” ou “LRF”), que previu a legitimidade residual dos credores para apresentação de proposta alternativa de reestruturação. O trabalho propõe uma abordagem empírica para compreender a relevância do voto do acionista no plano alternativo à luz (i) da análise da representatividade dos casos em que a apresentação do plano alternativo poderia evitar a falência da sociedade devedora e (ii) dos critérios considerados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo para o impedimento de voto do acionista, conforme interpretação do artigo 43 da LRF.

E a revista avança para a área criminal com o artigo “O sigilo do prontuário médico em sede de investigação criminal: estudo de caso”, onde os autores realizam estudo de caso de decisão não unânime do TJRS contra acórdão que denegou, por maioria, ordem de Habeas Corpus em favor de médico diretor de hospital que se negara a entregar prontuários médicos requisitados por autoridade policial em razão de sigilo profissional. Nesse sentido, o trabalho pretende discutir a decisão final proferida em desacordo, com base em pesquisa bibliográfica e documental.

O artigo “Agromilícias: conceito, características e a continuidade público-privada na violência contra camponeses”, buscou caracterizar e conceituar agromilícias, para, na sequência, compreender a continuidade do público-privado nas dinâmicas dessas violências. Analisando reportagens em portais jornalísticos online e em trabalhos acadêmicos, quer conceituar o que é agromilícia. E, partir dessa conceituação, demonstrar permanências históricas nessa ferramenta de violências. O autor se ampara na literatura criminológica crítica, compreendendo que essas permanências históricas, dentre várias outras, incluem a continuidade público-privado nas ferramentas de punição.

Por fim, contamos com a contribuição de Marcos Rolim, nosso convidado, o qual nos brinda com o artigo “Evidências Internacionais sobre Tratamento Penal”. O artigo é um estudo de revisão que procura identificar algumas das mais importantes evidências internacionais a respeito do que funciona no tratamento penal, com destaque para o modelo de Risco, Necessidade e Responsividade (Modelo RNR), ainda pouco conhecido no Brasil. A pesquisa examinou os 15 artigos científicos mais relevantes segundo os

critérios bibliométricos do software Publish or Perish (Harzing, 2007), publicados em inglês, localizados na plataforma do Google Scholar, a partir das palavras de busca “RNR Model / impact” com o indicador booleano AND, sem definição de lapso temporal e que avaliaram os resultados do modelo no tratamento penal. Na revisão da literatura, foi possível reconstituir a história da doutrina do “nada funciona em prisões”, identificando sua inconsistência. Referências a outros projetos de tratamento penal exitosos, destacadamente na área da educação prisional, demandaram buscas específicas que privilegiaram revisões sistemáticas e estudos com metanálise. A conclusão é no sentido de que programas de tratamento penal podem cumprir papel destacado quanto à redução da reincidência, além de poderem propiciar outros benefícios às comunidades e às pessoas privadas de liberdade.

Para abrir esta edição, após alguns meses de espera em decorrência do maior desastre ambiental enfrentado pelo nosso Estado no ano de 2024, temos o prazer de estender aos nossos leitores um inspirador texto de saudação da ilustre filósofa e professora Lúcia Helena Galvão, o qual está disponível na próxima página.

Desejamos a todos, todas e todes, uma profícua leitura!

Mariana Py Muniz,

Editora Chefe da Revista da Defensoria Pública do RS.

MENSAGEM AOS LEITORES

O Rio Grande do Sul viveu, em tempos recentes, uma tragédia acompanhada de perto pelo Brasil e pelo mundo, e a superação de uma grave crise é constituída não apenas pela restauração daquilo que foi destruído e a reconquista daquilo que foi perdido, mas também por uma boa reflexão sobre o aprendizado que esta situação nos ofereceu.

Podemos refletir sobre, desde a coragem dos muitos socorristas envolvidos, alguns deles voluntários, até à difícil mas necessária percepção de que a única perda definitiva e incontornável é a de vidas, levando-nos a revalorizar a vida como aquilo que de mais precioso e sagrado possuímos. As perdas materiais, embora constituam uma tragédia à parte para aqueles que pouco têm, com uma boa dose de solidariedade e empatia, podemos ajudar a minimizar, como vemos que tem sido feito. Mais uma vez, afirma-se a colaboração mútua, às vezes pouco visível em situações de normalidade e difícil de mensurar, como um dos grandes fatores que dão sustentação a uma comunidade humana, e que deve, portanto, ser cultivada na formação do cidadão. Penso que é interessante destacar que os mais renomados estudiosos da moderna Antropologia Física apontam esta virtude, a colaboração entre os membros de um grupo, como a característica que fez os *Sapiens* sobreviverem e prevalecerem sobre as grandes dificuldades que enfrentaram, nos inícios.

Mas, para além daquilo que as águas levaram, é necessário também refletir sobre aquilo que permaneceu, que não se perdeu, que não se deixou arrastar. Neste ponto, o empenho constante de vários profissionais de instituições da área pública e até mesmo da privada, além de ONG's e colaboradores de todo o Brasil, não podemos deixar de reconhecer e valorizar o significativo esforço da Defensoria Pública, não apenas do Rio Grande do Sul, mas também de outros estados da federação, a fim de se colocar ao lado do cidadão, apoiando-o em suas mais diversas demandas: foram quase três mil atendimentos, desde orientações jurídicas até informações que direcionaram os necessitados na direção dos programas de auxílio aos quais poderiam recorrer.

Ou seja, um número mais que suficiente para dar a uma instituição o gratificante sentimento de dever cumprido.

O latim *defendere*, proteger de um golpe, é parente, em significado, dos verbos acolher, cuidar e preservar, que são, sem sombra de dúvidas, todos derivativos do poderoso verbo amar. Quem vive sob esta égide está autorizado a guardar em si o sadio orgulho daquele que, por definição, trabalha para o benefício do ser humano. Parabéns a todos!

Lúcia Helena Galvão,

Filósofa, professora, escritora, poetisa e palestrante.

ALÉM DOS LIKES: EXAMINANDO O FENÔMENO DO "SHARENTING"

BEYOND LIKES: EXAMINING THE PHENOMENON OF SHARENTING

MÁS ALLÁ DE LOS LIKES: EXAMINANDO EL FENÓMENO DEL SHARENTING

Guilherme Manoel de Lima Viana¹
Antônio Cazarine²

RESUMO

O artigo aborda o fenômeno do sharenting, onde pais compartilham ativamente informações sobre seus filhos nas redes sociais. Destaca-se o crescimento dessa tendência na era digital, evidenciando a relevância do tema. A análise se estende para examinar os potenciais riscos e desafios associados ao sharenting, especialmente em relação à privacidade infantil. São discutidos os impactos a longo prazo, salientando a importância de uma visão crítica sobre os efeitos desse compartilhamento precoce na vida das crianças. Também é abordado desafios e precauções no âmbito da cibersegurança, visando a proteção das informações compartilhadas. Ao reconhecer a necessidade de um equilíbrio entre a documentação digital da infância e a proteção da privacidade, oferece insights valiosos sobre como os pais podem adotar práticas mais conscientes. Ao trazer à tona essas discussões, o artigo contribui para a compreensão mais ampla do impacto do sharenting e destaca a importância crescente da cibersegurança na era da informação.

Palavras-chave: sharenting; privacidade infantil; cibersegurança; redes Sociais; impacto digital.

ABSTRACT

¹Mestre em Direito na Sociedade da Informação (Bolsista CAPES/BRASIL) no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas- FMU e Mestrando em Ciências Humanas e Sociais na Universidade Federal do ABC (UFABC). Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões pelo Centro Universitário Uni Dom Bosco (2022) e Pós-graduado em Direito Digital do Trabalho, Compliance Trabalhista e LGPD pela Faculdade Verbo Educacional (2023). E-mail: guilherme.manoel@unifesp.br; ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-4623-0552>.

²Advogado, Mestre e Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro dos grupos de pesquisa Estado e Economia no Brasil e Filosofia do Direito (Neo)Kantiana. E-mail: antonio_cazarine@hotmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-7106-3019>.

The article addresses the phenomenon of sharenting, where parents actively share information about their children on social media. It highlights the growing trend of this behavior in the digital age, underscoring the relevance of the topic. The analysis extends to examine the potential risks and challenges associated with sharenting, especially concerning child privacy. Long-term impacts are discussed, emphasizing the importance of a critical perspective on the effects of this early sharing on children's lives. Challenges and precautions in the realm of cybersecurity are also addressed, aiming to protect the shared information. Recognizing the need for a balance between digital documentation of childhood and privacy protection, the article provides valuable insights on how parents can adopt more mindful practices. By bringing these discussions to the forefront, the article contributes to a broader understanding of the impact of sharenting and highlights the growing importance of cybersecurity in the information age.

Keywords: sharenting; child privacy; cybersecurity; social media; digital impact.

RESUMEN

El artículo aborda el fenómeno del sharenting, donde los padres comparten activamente información sobre sus hijos en las redes sociales. Destaca el crecimiento de esta tendencia en la era digital, resaltando la relevancia del tema. El análisis se extiende para examinar los riesgos y desafíos potenciales asociados con el sharenting, especialmente en relación con la privacidad de los niños. Se discuten los impactos a largo plazo, destacando la importancia de una visión crítica de los efectos de este intercambio temprano en la vida de los niños. También se abordan desafíos y precauciones en el ámbito de la ciberseguridad, con el objetivo de proteger la información compartida. Al reconocer la necesidad de un equilibrio entre la documentación digital de la infancia y la protección de la privacidad, ofrece información valiosa sobre cómo los padres pueden adoptar prácticas más conscientes. Al sacar a la luz estas discusiones, el artículo contribuye a una comprensión más amplia del impacto del sharenting y destaca la creciente importancia de la ciberseguridad en la era de la información.

Palabras clave: sharenting; privacidad de los niños; la seguridad cibernética; redes sociales; impacto digital.

Data de submissão: 08/03/2024

Data de aceite: 27/11/2024

1 INTRODUÇÃO

Na era digital contemporânea, o fenômeno do *sharenting* emerge como uma prática ubíqua, onde pais compartilham ativamente informações sobre seus filhos

nas redes sociais. Este artigo busca contextualizar, destacar a relevância e justificar a pesquisa, fundamentando-se em referências pertinentes ao objetivo proposto. A exposição precoce da vida infantil online traz consigo implicações significativas, sendo essencial compreender os desafios e potenciais riscos associados.

O contexto digital, permeado por redes sociais, propicia o compartilhamento incessante de momentos familiares. No entanto, a prática do *sharenting* levanta questões cruciais sobre a privacidade infantil e a segurança online, demandando uma análise crítica das implicações a longo prazo.

A pesquisa é motivada pela necessidade de compreender como o *sharenting* impacta a privacidade das crianças e identificar estratégias para mitigar possíveis riscos. A relevância crescente do tema na sociedade contemporânea justifica uma investigação aprofundada sobre as consequências dessa prática para o desenvolvimento infantil e a segurança digital.

O aumento exponencial do *sharenting* levanta a seguinte questão: como essa prática afeta a privacidade das crianças e quais são os riscos envolvidos, considerando a exposição constante nas redes sociais?

O objetivo primordial é analisar criticamente os impactos do *sharenting* na privacidade infantil, fornecendo insights valiosos para pais, educadores e profissionais da área digital.

Espera-se que esta pesquisa contribua para a conscientização sobre os riscos associados ao *sharenting* e ofereça diretrizes práticas para a promoção de uma parentalidade digital mais segura e consciente.

Cada seção abordará aspectos específicos da pesquisa. Na 1ª seção, será apresentada uma revisão detalhada da literatura relacionada ao *sharenting*. A 2ª seção discutirá os potenciais riscos e desafios associados, enquanto a seção examinará os efeitos a longo prazo na privacidade das crianças. E por fim, a 3ª seção abordará os desafios e precauções no âmbito da cibersegurança, proporcionando uma visão abrangente da problemática em questão.

2 CONCEITO DE SHARENTING

As redes sociais são plataformas digitais que permitem que pessoas se conectem, compartilhem informações, ideias, interesses e interajam entre si de maneira virtual. Essas plataformas proporcionam um espaço online onde usuários podem criar perfis pessoais, estabelecer conexões com outros usuários e compartilhar conteúdo diversificado, como textos, imagens, vídeos e links. Segundo Cláudio Torres:

As mídias sociais são sites na Internet que permitem a criação e o compartilhamento de informações e conteúdos pelas pessoas e para as pessoas, nas quais o consumidor é ao mesmo tempo produtor e consumidor da informação. Elas recebem esse nome porque são sociais, ou seja, são livres e abertas à colaboração e interação de todos, e porque são mídias, ou seja, meios de transmissão de informações e conteúdo (Torres, 2009, p. 113).

O principal objetivo das redes sociais é facilitar a comunicação e a interação social em um ambiente virtual. Elas possibilitam que usuários expressem suas opiniões, mantenham contato com amigos, familiares e colegas, descubram novas tendências, notícias e eventos, além de participarem de comunidades específicas com interesses em comum.

Existem diversas redes sociais, cada uma com suas características distintas e públicos-alvo específicos. Algumas das mais populares incluem Facebook, Instagram, Twitter, LinkedIn, Snapchat e TikTok. Cada plataforma tem suas próprias funcionalidades e propósitos, proporcionando uma variedade de experiências para os usuários.

Desempenham um papel significativo na sociedade contemporânea, impactando a forma como as pessoas se comunicam, consomem informações e constroem relações.

As redes sociais têm experimentado uma notável evolução ao longo das décadas. Inicialmente, surgiram como plataformas simples para conectar usuários e compartilhar mensagens. Com o tempo, a incorporação de multimídia, como fotos e vídeos, transformou essas plataformas em espaços mais visuais. O advento do Orkut no início dos anos 2000 marcou uma mudança significativa, popularizando as redes sociais em escala global. Conforme Raquel Recuero:

Com o passar do tempo, no entanto, vi que esses sites transformam os processos de estabelecimento desses laços, e que influenciam sim as redes offline. Primeiro porque essas ferramentas mantêm as redes mais conectadas, ainda que de forma mais "artificial". Segundo porque essas conexões têm impactos no capital social gerado nas redes e na difusão de informações. Assim, por exemplo, o fato de eu anexar pessoas na minha rede do Orkut faz com que essas, mesmo que não me conheçam e interajam comigo no meu cotidiano, tenham acesso às informações a meu respeito, saibam mais sobre quem eu sou, do que gosto e, inclusive, como eu interajo (Recuero, 2009, p. 24).

O surgimento do Instagram e Snapchat revolucionou a forma como as pessoas compartilham momentos, priorizando a visualização instantânea e a narrativa visual. A proliferação de smartphones impulsionou a mobilidade nas redes sociais, permitindo que usuários interajam em qualquer lugar. Baronso Lucena Ferreira et al. destaca que:

Com a popularização dos dispositivos móveis que contam com linguagens e sistemas de programação mais complexos, como os palmtops e, mais recentemente os smartphones, os softwares passaram a segmentar suas funções nestes aparelhos em aplicativos, que são softwares concebidos para tarefas específicas de um usuário. Esse fato distingue os aplicativos de outros programas (Ferreira et al, 2013, p. 40).

O Instagram transformou a maneira como compartilhamos momentos visuais, substituindo gradualmente a prática tradicional de revelar fotos. Antes, as fotos reveladas eram apreciadas em álbuns físicos, uma forma tangível de registrar

memórias. Com a ascensão do Instagram, esse cenário mudou drasticamente. Lessa (2014, p. 4) afirma:

Em um pequeno espaço de tempo, o Instagram se tornou uma ferramenta indispensável de mídia social para muitas pessoas, principalmente porque o conteúdo fotográfico chama mais atenção do que as postagens baseadas em texto. Com os internautas mais exigentes por conexões instantâneas e conteúdo visualmente atraente para mantê-los engajados e educados, não é de se admirar que o Instagram tornou-se tão popular para indivíduos (Lessa, 2014, p. 4).

A plataforma oferece uma vitrine digital para a expressão pessoal, permitindo que usuários compartilhem instantaneamente fotos e vídeos com amigos e seguidores ao redor do mundo. A facilidade de capturar e publicar momentos efêmeros trouxe uma dinâmica instantânea e efervescente às nossas vidas online.

A estética visual tornou-se uma parte integral da experiência do Instagram, com filtros e ferramentas de edição permitindo que os usuários personalizem suas fotos de maneiras criativas. A narrativa visual substituiu o ritual de folhear álbuns de fotos, e os comentários e curtidas oferecem uma interação imediata e tangível.

O Instagram não apenas redefiniu a forma como compartilhamos imagens, mas também influenciou comportamentos sociais. Eventos importantes, viagens e momentos do dia a dia são agora compartilhados instantaneamente, alimentando uma cultura visual que celebra a autenticidade e a estética.

Embora as fotos reveladas tenham seu charme nostálgico, o Instagram trouxe uma praticidade inegável, conectando pessoas de maneiras mais rápidas e globais. A mudança para o digital não apenas acelerou a disseminação de memórias, mas também redefiniu nossa percepção de como compartilhamos e preservamos os momentos significativos da vida.

O termo *sharenting* refere-se à prática de pais compartilharem ativamente informações sobre seus filhos nas redes sociais. O *sharenting* é uma combinação das palavras *parenting* (parentalidade, em inglês) e *sharing* (compartilhamento, em inglês).

Esse fenômeno tem ganhado destaque com o crescimento exponencial do uso de plataformas digitais. Pais, muitas vezes movidos pelo desejo de documentar o desenvolvimento de seus filhos, compartilham fotos, vídeos e detalhes pessoais, criando uma presença digital desde os primeiros momentos de vida.

O fenômeno de pais compartilhando informações sobre seus filhos nas redes sociais experimentou um notável crescimento nas últimas décadas.

As redes sociais oferecem aos pais uma plataforma para celebrar conquistas, desde os primeiros passos até as realizações escolares, tornando-se um diário virtual da infância de seus filhos. Fotos adoráveis, anedotas engraçadas e marcos importantes tornam-se instantaneamente compartilháveis, criando um registro digital da jornada de crescimento de suas crianças. Bianca Louise Wagner e Josiane Rose Petry Veronese explicam:

A internet tem possibilitado uma forma nova de arquivamento de fotos, textos, notícias e informações. O registro antes feito em cadernos e diários,

execução essa que era eminentemente individual, deu lugar a memórias criadas digitalmente e de forma coletiva. Portanto, para cada dado que se insere em uma rede social são incorporadas curtidas, comentários, correções, reflexões e manifestações das mais diversas formas (Wagner; Veronese; 2022, p. 77).

No entanto, essa tendência também suscita questões relacionadas à privacidade e segurança das crianças. Compartilhar informações íntimas online levanta preocupações sobre a exposição excessiva e o consentimento, uma vez que as crianças podem não ter controle sobre o conteúdo compartilhado por seus pais.

Em meio a essas considerações, é evidente que o compartilhamento de informações sobre os filhos nas redes sociais se tornou uma parte significativa da experiência parental moderna.

A tendência de *sharenting* reflete a crescente importância das redes sociais na vida cotidiana, mas também levanta questões sobre a privacidade e segurança das crianças. O compartilhamento excessivo de informações pode expor os pequenos a riscos, desde roubo de identidade até possíveis consequências psicológicas relacionadas à exposição constante.

3 IMPACTO NA PRIVACIDADE INFANTIL

O fenômeno do *sharenting*, no qual os pais compartilham ativamente informações e imagens de seus filhos nas redes sociais, trouxe consigo um debate crucial sobre os impactos na privacidade infantil.

A privacidade é um conceito fundamental que se refere ao direito e à capacidade de uma pessoa controlar o acesso e a divulgação de suas informações pessoais. Trata-se da esfera individual na qual uma pessoa pode exercer seu direito de manter detalhes sobre sua vida, sentimentos, pensamentos e atividades longe do escrutínio ou intervenção de outros. Anderson Schreiber explica:

O direito à privacidade abrange, hoje, não apenas a proteção à vida íntima do indivíduo, mas também a proteção de seus dados pessoais. Em outras palavras: o direito à privacidade hoje é mais amplo que o simples direito à intimidade. Não se limita ao direito de cada um ser 'deixado só' ou de impedir a intromissão alheia na sua vida íntima e particular. Transcende essa esfera doméstica para alcançar qualquer ambiente onde circulem dados pessoais do seu titular, aí incluídos suas características físicas, código genético, estado de saúde, crença religiosa e qualquer outra informação pertinente à pessoa. Nesse sentido, a privacidade pode ser definida sinteticamente como o direito ao controle da coleta e da utilização dos próprios dados pessoais. Viola a privacidade, portanto, não apenas o voyeur que se vale de uma luneta para captar a intimidade de sua vizinha, mas também a companhia que, ao ter acesso ao endereço e número de telefone fornecidos por um cliente, aliena esses dados pessoais para outra empresa, de ramo diverso, sem qualquer consulta ou autorização do seu titular, que passa a receber mensagens publicitárias enviadas em série pela adquirente (Schreiber, 2014, p. 138-139).

Régis Schneider Ardenghi destaca as características do direito à intimidade, reconhecendo-o como um direito da personalidade:

Como direito de personalidade, o direito à intimidade é geral porque assiste a todas as pessoas; vitalício porque acompanha a pessoa durante toda a sua existência; intransmissível, imprescritível, impenhorável e não sujeito à desapropriação porque não pode ser desvinculado de cada pessoa, dada sua condição de direito fundamental. É direito subjetivo privado porque confere às pessoas um poder em face dos seus semelhantes de se resguardarem de intromissões e de publicidade na esfera mais reservada da existência, como também a faculdade de fazer concessões nesse terreno. Vale, então, destacar que uma certa dose de reserva e de recolhimento é de importância fundamental para o desenvolvimento saudável da personalidade, pois o desenvolvimento do sentimento de família e de infância só se desenvolveu nos séculos XVI e XVII, quando a família buscou, no restrito círculo familiar, motivos de vida em comum, e no cotidiano do lar, criou espaços privados de convivência, adquirindo consciência de espaço privado e público, e gosto pela vida isolada (Ardenghi, 2016, p. 238).

Esse direito à privacidade é considerado crucial para o bem-estar individual e a autonomia. Envolve a proteção de informações sensíveis, como dados pessoais, histórico médico, comunicações privadas e outros aspectos da vida pessoal. A privacidade também se estende ao espaço físico, garantindo que as pessoas possam desfrutar de certos lugares sem intromissões não autorizadas.

Embora essa prática ofereça aos pais uma plataforma para documentar momentos preciosos e manter conexões, ela também apresenta potenciais riscos e desafios significativos.

Um dos principais riscos associados ao *sharenting* é a exposição excessiva da vida privada das crianças. Fotos, marcos de desenvolvimento e detalhes pessoais tornam-se publicamente acessíveis, muitas vezes sem o consentimento informado das crianças, que estão em uma fase da vida em que não podem compreender totalmente as implicações a longo prazo. Também cria um terreno fértil para problemas adicionais, como *bullying* e *cyberbullying*. A Lei Federal nº 13.185/2015 estabeleceu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática, abordando o fenômeno do bullying. Em seu artigo 1º, primeiro inciso, define:

[...] considera-se intimidação sistemática (*bullying*) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas (Brasil, 2015).

Além disso, no parágrafo único do artigo 2º, a Lei enfatizou:

[...] há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (*cyberbullying*), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios

para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial (Brasil, 2015).

O *bullying* é um comportamento repetitivo e intencional de intimidação, agressão ou hostilidade, geralmente realizado por uma pessoa ou grupo mais forte em relação a outra, que se encontra em uma posição de vulnerabilidade. Esse comportamento pode manifestar-se de diversas formas, como verbalmente, fisicamente ou de maneiras mais sutis, como exclusão social. Para Cleo Fante e José Augusto Pedra:

Nos envolvidos em bullying, principalmente os que foram vitimados, sendo expostos a situações intimidatórias e constrangedoras, pode ocorrer a formação de uma estrutura psicológica caracterizada por autoestima rebaixada e inabilidades relacionais. Eles poderão ter suas mentes dominadas por pensamentos e emoções marcadas por excessiva insegurança, ansiedade, angústia, medo, vergonha, etc., prejudicando sua capacidade de raciocínio e aprendizado, favorecendo o surgimento de um perfil emocional, que, aos olhos do agressor, caracteriza-o como alguém que não oferecerá resistência aos seus ataques. Nesse caso, o indivíduo poderá ter comprometimentos no desenvolvimento da inteligência, da capacidade de criatividade e liderança, bem como sérios problemas no desenvolvimento afetivo, familiar, social e laboral (Fante; Pedra, 2008, p. 84).

Além disso, Beatriz Santomauro elucida:

Todo mundo que convive com crianças e jovens sabe como eles são capazes de praticar pequenas e grandes perversões. Debocham uns dos outros, criam os apelidos mais estranhos, reparam nas mínimas “imperfeições” – e não perdoam nada. Na escola, isso é bastante comum. Implicância, discriminação e agressões verbais e físicas são muito mais frequentes do que o desejado. Esse comportamento não é novo, mas a maneira como pesquisadores, médicos e professores encaram vem mudando. Há cerca de 15 anos, essas provocações passaram a ser vistas como uma forma de violência e ganharam nome: bullying (palavra do inglês que pode ser traduzida como “intimidar” ou “amedrontar”) (Santomauro, 2010, p. 68).

Por sua vez, o *cyberbullying* refere-se ao uso de tecnologias digitais, como redes sociais, mensagens de texto ou e-mails, para intimidar, ameaçar ou humilhar outra pessoa. O *cyberbullying* amplifica o alcance do comportamento prejudicial, já que as agressões podem ocorrer de maneira virtual, muitas vezes de forma anônima, e atingir um público mais amplo. Isso inclui a disseminação de rumores, insultos online, divulgação não autorizada de informações pessoais e até mesmo a criação de perfis falsos para difamar ou perseguir a vítima.

À medida que fotos, marcos de desenvolvimento e detalhes pessoais são compartilhados online, as crianças podem se tornar alvo de comentários prejudiciais e assédio, comprometendo seu bem-estar emocional.

O *bullying* virtual pode se manifestar de várias maneiras, desde comentários negativos até a manipulação de imagens compartilhadas pelos pais. Essas

experiências podem ter efeitos duradouros na autoestima e na saúde mental das crianças, ampliando os impactos negativos associados ao *sharenting*.

A conscientização sobre esses riscos é essencial para que os pais possam adotar práticas mais conscientes e responsáveis ao compartilhar informações sobre seus filhos. Considerar o impacto a longo prazo, proteger a privacidade das crianças e promover um ambiente online seguro são passos cruciais para mitigar os potenciais efeitos adversos do *sharenting*. Enquanto as redes sociais oferecem uma plataforma para compartilhar alegrias e conquistas, é vital equilibrar isso com a proteção da privacidade e bem-estar das crianças.

A criação de uma pegada digital extensa e permanente para as crianças, decorrente do *sharenting*, destaca uma preocupação fundamental relacionada à gestão da reputação online ao longo do tempo. À medida que as crianças crescem, o conteúdo compartilhado na infância pode assumir novos significados e implicações, impactando sua imagem pública de maneiras imprevisíveis.

Comentários, curtidas e compartilhamentos, inicialmente destinados a celebrar momentos e conquistas, podem, com o tempo, contribuir para uma narrativa digital que as crianças não tiveram controle ao serem expostas online desde tenra idade. Anderson Schreiber explica as questões relacionadas ao direito ao esquecimento:

O que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. E não raro o exercício do direito ao esquecimento impõe ponderação com o exercício de outros direitos, como a liberdade de informação, sendo certo que a ponderação nem sempre se resolverá em favor do direito ao esquecimento. O caso concreto deve ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na contínua divulgação da notícia com os risos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida (Schreiber, 2014, p. 174).

Isso pode resultar em desafios significativos quando atingem a adolescência, momento em que começam a desenvolver sua identidade independente. Dessa forma, Anderson Schreiber relata:

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste do seu suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente. Pior: dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De um lado, é certo que o público tem direito a relembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito (Schreiber, 2014, p. 172).

A percepção externa formada pelas interações online pode influenciar não apenas a autoestima das crianças, mas também as interações sociais e as oportunidades futuras. Questões relacionadas à privacidade, exposição excessiva e

até mesmo possíveis julgamentos podem se tornar desafios que as crianças enfrentarão ao navegar pelo cenário digital em constante evolução.

Diante do crescente número de crianças atuando como influenciadoras nas redes sociais, um caso específico trouxe à tona a questão do *sharenting*. Alice Secco, uma criança de apenas dois anos, tornou-se viral no TikTok e Instagram ao surpreender a todos ao pronunciar palavras difíceis da língua portuguesa com incrível desenvoltura.

Embora não possua um perfil próprio, Alice é a grande estrela dos conteúdos compartilhados nos perfis de sua mãe, Morgana Secco, que acumula mais de quatro milhões de seguidores no TikTok, mais de três milhões e quatrocentos mil no Instagram e duzentos e sessenta mil inscritos no YouTube.

O sucesso da pequena logo resultou em cobertura midiática em diversos veículos de informação, além de contratos publicitários lucrativos nas redes sociais da mãe. Em vídeos publicados no TikTok, Alice protagonizou anúncios para uma instituição bancária, alcançando tanto êxito que garantiu sua participação em um comercial veiculado em dezembro de 2021, transmitido tanto na televisão quanto na internet.

Alice foi selecionada pelo Banco Itaú para liderar uma campanha ao lado da célebre atriz Fernanda Montenegro, conforme narram Bianca Louise Wagner e Josiane Rose Petry Veronese:

No comercial, protagonizado por Alice e a acadêmica artista Fernanda Montenegro, a atriz repete as palavras ditas pela menina, como “respeito”, “esperança”, “humanidade”. Depois, Alice profere a frase “amor entre as pessoas”, o que é respondido por Fernanda Montenegro: “ah, isso muda o mundo”. Depois, é Fernanda quem se dirige à menina e pergunta: “Quem te ensinou, minha filha, quem?”, que responde: “a vida” (Wagner; Veronese, 2022, p.97).

Após a rápida viralização do conteúdo publicitário, não demorou para que a imagem da criança se tornasse tema de memes abrangendo os mais variados assuntos. Contudo, Morgana Secco expressou insatisfação diante de toda a repercussão. Em um comunicado divulgado em sua conta no Instagram, a mãe de Alice afirmou que a família não aprova a associação da imagem da criança a memes relacionados a questões políticas ou religiosas. Além disso, enfatizou que não concede autorização para o uso por parte de empresas ou instituições que não possuam qualquer vínculo contratual.

No entanto, é amplamente reconhecido que exercer controle sobre o uso da imagem na internet, determinando quais memes podem ou não ser criados, é uma tarefa praticamente impossível. Nesse contexto, Michel Alcoforado explica:

Da mesma maneira que o que acontece em Las Vegas já não fica mais em Las Vegas, campanhas publicitárias ou virais da internet permanecerão para todo sempre no mundo digital, disponíveis para a busca, ainda que, quando adulto, o influencer negue as escolhas dos pais, a maneira como a própria identidade foi compartilhada. Assim, o apagamento dos rastros, memes e usos das imagens é quase impossível. Daqui até a eternidade, todas as vezes que jogamos o nome de Alice nos buscadores virtuais

aparecerão os milhares de links com sua carinha de bebê falando palavras de difícil pronúncia (Alcoforado, 2022).

Portanto, é crucial que os pais considerem cuidadosamente as implicações a longo prazo do *sharenting*. Encontrar um equilíbrio entre compartilhar momentos significativos e proteger a privacidade e a reputação futura das crianças é essencial para garantir que a pegada digital não se torne uma carga negativa ao longo de suas vidas.

4 DESAFIOS E PRECAUÇÕES NO ÂMBITO DA CIBERSEGURANÇA

A segurança online refere-se às medidas e práticas adotadas para proteger dados, dispositivos e informações durante o uso da internet. Ela envolve a implementação de estratégias destinadas a salvaguardar contra ameaças cibernéticas, ataques maliciosos e violações de privacidade. Isso inclui, mas não se limita a, proteção contra malware, uso de senhas seguras, práticas de navegação seguras, atualizações regulares de *software*, autenticação multifatorial e conscientização sobre ameaças online.

Ela é essencial para garantir a integridade, confidencialidade e disponibilidade de dados pessoais e informações sensíveis. À medida que as interações digitais se tornam cada vez mais integradas à vida cotidiana, a proteção contra ciberameaças torna-se uma preocupação crítica para indivíduos, empresas e organizações. Adotar boas práticas de segurança online é fundamental para mitigar riscos e manter um ambiente digital seguro.

A segurança online tornou-se uma preocupação crucial, especialmente quando se trata do *sharenting*. Envolve proteger informações pessoais contra ameaças digitais, como ciberataques, *phishing*³ e, no contexto do *sharenting*, riscos associados à exposição pública de dados sobre as crianças.

A restrição de idade para criar contas em redes sociais, geralmente estabelecida em 13 anos, destaca a preocupação com a proteção de crianças e adolescentes online. No entanto, o gerenciamento de contas pelos pais não elimina completamente os desafios associados ao compartilhamento online das vidas de seus filhos. Tania Zagury, afirma que:

Sim, existe uma idade e forma adequada de uso da web, mas envolve e depende da segurança dos pais, orientação clara e objetiva aos filhos e também de supervisão contínua, de forma a garantir os benefícios e a afastar, o mais possível, os riscos (Zagury, 2017, p. 22).

A autora ainda sugere que:

³É uma prática de fraude online que tem o objetivo de enganar pessoas para obter informações sensíveis, como senhas, números de cartões de crédito ou outras informações pessoais. Geralmente, isso é feito por meio de mensagens falsas, como e-mails, mensagens de texto ou sites fraudulentos, que se passam por entidades confiáveis. Os golpistas tentam persuadir as vítimas a fornecerem informações confidenciais, muitas vezes induzindo-as a clicar em links maliciosos ou a realizar ações que beneficiam os fraudadores.

não seria mais prudente manter essas criaturinhas inocentes em função de seu bem-estar físico mental, o mais longe possível de monitores e seus possíveis predadores? Não seria mais natural deixá-las fora das redes sociais pelo maior tempo possível e incentivar brincadeiras de pega-pega, boneca, casinha, jogar bola, em vez de serem estimulados precocemente a apreciar roupas e a fazer caras e bocas frente a uma câmera? (Zagury, 2017, p.27).

Mesmo com a melhor das intenções, as plataformas podem não oferecer proteção suficiente, especialmente considerando que as crianças podem não compreender completamente os riscos inerentes ao compartilhamento online. Isso cria um ambiente em que as informações sobre a infância e a adolescência das crianças podem ser acessadas por um público extenso, muitas vezes sem um controle eficaz.

Além disso, a exposição constante no ambiente digital desde uma idade precoce pode impactar a percepção que as crianças têm da privacidade. Elas podem se acostumar a compartilhar detalhes pessoais sem avaliar completamente as consequências. Isso destaca a necessidade de uma abordagem educativa, orientando crianças sobre a importância da privacidade online e capacitando-as a tomar decisões informadas sobre o que compartilhar e com quem.

Embora os pais possuam a responsabilidade de gerenciar as contas digitais de seus filhos, é crucial reconhecer que a vida online das crianças está diretamente envolvida. Nesse contexto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), inspirado pela Convenção sobre os Direitos da Criança da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1989, estabelece nos artigos 3º, 4º e 5º diretrizes que reafirmam o princípio da proteção integral. Esses artigos destacam a necessidade de salvaguardar os direitos das crianças e dos adolescentes, promovendo sua proteção e garantindo sua tutela de forma prioritária. De acordo com essas disposições:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais (Brasil, 1990, grifo nosso).

Esses dispositivos asseguram que crianças e adolescentes tenham seus direitos respeitados em todas as esferas, incluindo a digital, destacando a

responsabilidade dos pais em resguardar sua integridade física, emocional e moral. O compartilhamento excessivo de informações pessoais ou momentos íntimos dos filhos pode, inadvertidamente, expor os menores a riscos, como a violação de sua privacidade ou mesmo situações de exploração e abuso. Assim, cabe aos pais refletirem sobre o impacto de suas escolhas no ambiente online, equilibrando a liberdade de expressão com a obrigação de proteger os direitos fundamentais dos seus filhos.

Ao revelar instantaneamente a localização, atividades e rotinas das crianças, os pais inadvertidamente abrem portas para a possibilidade de rastreamento por parte de pessoas mal intencionadas. Renato Santino ressalta:

A situação é preocupante. Por mais ingênua que pareça, dependendo da situação, uma foto, por exemplo, pode dizer muito: locais que você frequenta, a localização exata da sua casa, a escola que seu filho estuda, bens que você possui... E, na internet, para mentes criminosas, esse tipo de informação pode ser usadas para uma série de golpes, fraudes e até para planejar um sequestro (Santino, 2019).

Essa prática cria uma vulnerabilidade potencial, pois o compartilhamento imediato fornece informações em tempo real sobre o paradeiro preciso das crianças. Esses detalhes precisos podem ser explorados por indivíduos com más intenções, expondo as crianças a riscos de segurança e comprometendo sua privacidade. De acordo com Pereira:

Cada vez mais crianças são usuárias de perfis em redes sociais ou quando não são as titulares de uma conta, seus próprios pais e familiares continuam a expor seus feitos, hábitos ou atividades através de postagens na rede. São estes atos que muitas vezes tornam o menor de idade alvo de investidas mercadológicas, cyberbullying ou até mesmo de pedófilos. (Pereira, 2015, p.4)

A imediatez do compartilhamento em tempo real não apenas oferece aos potenciais invasores a capacidade de monitorar a localização das crianças, mas também pode contribuir para a formação de padrões previsíveis de atividade. Essa previsibilidade pode ser explorada por pessoas mal intencionadas, aumentando ainda mais os riscos associados à segurança das crianças.

Diante desses desafios, é essencial que os pais estejam cientes dos perigos inerentes ao compartilhamento em tempo real. Avaliar cuidadosamente as configurações de privacidade, limitar a exposição de informações específicas e considerar os possíveis impactos a longo prazo são medidas cruciais para proteger a segurança e privacidade das crianças em um ambiente digital dinâmico e complexo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em conformidade com as disposições da Constituição Federal, reforça a importância da preservação da imagem como um meio fundamental para garantir o direito ao respeito assegurado aos menores de idade:

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideais e crenças, dos espaços e objetos pessoais (Brasil, 1990).

Essa prática cria uma vulnerabilidade potencial, uma vez que o compartilhamento imediato fornece informações em tempo real sobre o paradeiro das crianças. Isso pode ser explorado por aqueles com más intenções, colocando a segurança e privacidade das crianças em risco.

Nesse cenário, é imperativo que os pais examinem minuciosamente as configurações de privacidade em suas contas de redes sociais. Limitar a exposição de informações sensíveis, como a localização exata, é uma medida crucial para mitigar os riscos associados ao compartilhamento em tempo real. Além disso, conscientizar-se dos potenciais perigos envolvidos e considerar os impactos a longo prazo do compartilhamento imediato são práticas essenciais.

Alex Bessas narra um caso trágico e comovente que ilustra vividamente os perigos da exposição de crianças e adolescentes nas redes sociais. Lucas, aos 16 anos e filho da cantora Walkyria Santos, tornou-se vítima da crueldade online. Ao postar um vídeo no TikTok, uma inocente brincadeira adolescente, ele não esperava a reação implacável da internet. Os comentários maldosos e odiosos rapidamente inundaram suas redes sociais, transformando uma experiência que deveria ser leve em um pesadelo virtual (Bessas, 2021).

Segundo o relato de Alex Bessas, Walkyria Santos, mãe de Lucas, expressou pesar pela morte de seu filho e compartilhou os detalhes do ocorrido:

Hoje, dia 3 de agosto de 2021, eu perdi meu filho, uma dor que só quem sente vai entender. E isso é sobre o último post que eu havia feito, os comentários. Ele postou um vídeo no TikTok, uma brincadeira de adolescente com os amigos, e achou que as pessoas fossem achar engraçado. Mas não acharam. Como sempre as pessoas estão destilando ódio na internet. Como sempre as pessoas deixam comentários maldosos. Meu filho acabou tirando a vida. Eu estou desolada, eu estou acabada, eu estou sem chão (Bessas, 2021).

Infelizmente, esse episódio trágico revela como a disseminação do ódio nas redes sociais pode ter consequências devastadoras para a saúde mental e bem-estar dos jovens. A cultura tóxica dos comentários online, muitas vezes anônimos, contribui para a pressão psicológica sobre crianças e adolescentes, exacerbando vulnerabilidades já presentes nessa fase crucial do desenvolvimento.

O caso de Lucas suscita uma reflexão profunda sobre a necessidade urgente de promover um ambiente online mais seguro e compassivo para os jovens. Além de evidenciar os riscos da exposição digital, destaca a importância de educar a sociedade sobre os impactos reais de suas palavras online. Este triste incidente reforça o imperativo de combater a cultura do ódio nas redes sociais e de fortalecer os mecanismos de apoio emocional para crianças e adolescentes que enfrentam pressões digitais cada vez mais avassaladoras.

Além disso, a prática de compartilhar detalhes específicos, como a localização exata, pode inadvertidamente expor as crianças a ameaças como o

sequestro. A sensibilização para esses perigos é fundamental, incentivando os pais a ponderarem sobre as implicações a longo prazo e a adotarem práticas mais seguras ao documentar a vida de seus filhos online. A segurança online e a proteção da privacidade devem ser prioridades essenciais ao participar do *sharenting*.

5 CONCLUSÃO

Nesta pesquisa, foi realizada uma exploração abrangente do fenômeno do *sharenting*, destacando sua prevalência na era digital e os impactos significativos na privacidade infantil. A contextualização revelou a onipresença dessa prática, sublinhando a necessidade crescente de compreender suas implicações profundas.

Ao realizar uma análise detalhada dos potenciais riscos e desafios associados ao *sharenting*, foi identificada a exposição constante das crianças online, ressaltando a vulnerabilidade inerente a essa prática. A análise crítica dos efeitos a longo prazo na privacidade infantil enfatizou a importância de equilibrar o compartilhamento online com a proteção dos direitos e bem-estar das crianças.

A seção dedicada aos desafios e precauções em cibersegurança destacou a urgente necessidade de conscientização e práticas seguras no ambiente digital, enfatizando a responsabilidade coletiva na garantia de um ambiente online seguro para as crianças.

Em síntese, esta pesquisa ofereceu uma compreensão aprofundada dos impactos do *sharenting*, ressaltando a importância de uma parentalidade digital consciente. Em perspectiva futura, é recomendável investigar estratégias educativas eficazes para orientar pais, educadores e crianças sobre práticas seguras nas redes sociais.

Além disso, a exploração das políticas e regulamentações relacionadas ao *sharenting* pode fornecer insights valiosos, destacando a necessidade premente de uma legislação específica para proteger a privacidade infantil no cenário digital. A criação de diretrizes mais eficazes no âmbito digital se mostra essencial para construir ambientes online seguros e conscientes para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ALCOFORADO, Michel. **Os direitos de imagem da bebê-prodígio Alice Secco e o 'sharenting' digital**. UOL. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/colunas/michel-alcoforado/2022/01/15/sharenting-os-usos-sobre-a-imagem-de-alice-secco.htm>. Acesso em: 15 jan. 2024.

ARDENGUI, Régis Schneider. Direito à vida privada e direito à informação: colisão de direitos fundamentais. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 19, n. 25, p. 227-251, 2012. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/57/58>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BESSAS, Alex. Superexposição nas redes sociais traz risco para crianças e adolescentes. **O Tempo**, Belo Horizonte, 2021. Disponível em:

<https://www.otempo.com.br/mobile/interessa/superexposicao-nas-e-as-redes-sociais-traz-risco-para-criancas-e-adolescentes-1.2522956>. Acesso em: 28 jan. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.185, de 6 de novembro de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying)**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm. Acesso em: 28 jan. 2024.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 30 jan. 2024.

FANTE, Cleo; PEDRA, José Augusto. **Bullying escolar: perguntas e respostas**. Porto Alegre: Artmed, 2008. 132 p.

FERREIRA, Baronso Lucena et al. **Instagram e publicidade**: manual de uso prático do instagram para empresas. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/baronsolucena/trabalho-final-formatado-para-impresso>. Acesso em: 12 jan. 2024.

LESSA, Rafael. **Os segredos do Instagram**: como usar o Instagram para alcançar sucesso na vida e nos negócios, 2014.

PEREIRA, Marília do Nascimento. A SUPEREXPOSIÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS REDES SOCIAIS: necessária cautela no uso das novas tecnologias para a formação de identidade. In: III **Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**: mídias e direitos na sociedade em rede, 2015, Santa Maria. Anais eletrônicos. Santa Maria: UFSM, 2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-14.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2024.

RECUERO, Raquel. **Redes Sociais na Internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009.

SANTINO, Renato. Os perigos da exposição desenfreada nas redes sociais. **Olhar Digital**, 2019. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2019/02/08/videos/os-perigos-da-exposicao-desenfreada-nas-redes-sociais/>. Acesso em: 28 jan. 2024

SANTOMAURO, Beatriz. Cyberbullying: a violência virtual. **Revista Nova Escola**. São Paulo. Ano XXV nº 233, p. 66 – 73, 2010. Disponível em: https://novaescola.org.br/conteudo/1530/cyberbullying-a-violencia-virtual?_gl=1*11dirpl*_gcl_au*MTQxMjMzMTQyMS4xNzMTOTYyNTI0. Acesso em: 20 de dez. 2024.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TORRES, Cláudio. **A bíblia do marketing digital**: tudo o que você queria saber sobre marketing e publicidade na internet e não tinha a quem perguntar. São Paulo: Novatec editora, 2009.

WAGNER; Bianca Louise, VERONESE; Josiane Rose Petry. **Sharenting: imperioso falar em direito ao esquecimento**. [recurso eletrônico] – Caruaru-PE: Editora Asces, 2022.165 p. ISBN: 978-65-88213-23-0. Publicação financiada pelo IEA. Disponível em: <https://cpgd.paginas.ufsc.br/files/2022/10/Sharenting-FINALIZADO-24-10-22.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2024.

ZAGURY, Tania. **Os novos perigos que rondam nossos filhos, para papais do século 21**. Editora: Bicicleta Amarela Rocco, 2017.

**ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE E SEU
ENFRENTAMENTO PELO STF NA PERSPECTIVA DA ADI Nº 02/1990**

*ANALYSIS OF SUPERVENING UNCONSTITUTIONALITY AND ITS
CONFRONTATION BY THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT (STF)
FROM THE PERSPECTIVE OF DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY
(ADI) Nº 02/1990*

*ANÁLISIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE Y SU
ENFRENTAMIENTO POR EL STF DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ADI Nº
02/1990*

**Halandra Araujo Ferreira¹
Leonardo Cruz da França²
Débora Fin³**

RESUMO

A presente pesquisa visa compreender como o Brasil, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade, a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02 de 1990, ratificou o entendimento no sentido de inadmitir em seu ordenamento jurídico a inconstitucionalidade superveniente de leis após a Constituição Federal de 1988. Na ocasião, os fundamentos manifestados pelos julgadores carregavam justificativas de cunho pragmático e político, pautando-se, essencialmente, na doutrina doméstica e na jurisprudência anterior à redemocratização do país. A relevância deste julgado reside no fato de que o paradigma poderia ter sido rompido sob a égide da Constituição Federal de 1988, a fim de demonstrar a hegemonia e superioridade hierárquica da nova ordem constitucional. Isto porque, na época, parte da doutrina brasileira e de outros países sustentavam a viabilidade de análise constitucional de normas anteriores à Constituição. Destaca-se que o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade tem como plano de fundo o enfrentamento do legado autoritário do período da ditadura e a redemocratização no país, o que direciona a questão para o campo além do jurídico. Em função disso, examina-se no julgado o direito intertemporal e a

¹Pesquisadora bolsista vinculada à CAPES; Mestranda em Direito pela UFRGS; Bacharela em Direito UFRGS; E-mail: halandra@outlook.com. ORCID: 0009-0001-0669-8388.

²Advogado, Assistente Jurídico do MPF; Mestrando em Direito pela UFRGS; E-mail: leonardo.adv.ba@hotmail.com. ORCID: 0000-0002-6923-939X.

³Especialista em Direito Público pela PUCRS; Bacharela em Direito pela UFRGS; E-mail: deborafin94@gmail.com. ORCID: 0009-0005-9160-062X.

vigência normativa entre o período autoritário e a redemocratização no Brasil através da metodologia da sociologia histórica.

Palavras-chave: direito constitucional; Supremo Tribunal Federal; inconstitucionalidade superveniente; redemocratização.

ABSTRACT

This research seeks to understand how Brazil, within the scope of the Federal Supreme Court, in control of constitutionality, from the judgment of Direct Action of Unconstitutionality No. 02 of 1990, ratified the understanding in the sense of disallowing in its legal system the supervening unconstitutionality of laws after the Federal Constitution of 1988. At the time, the foundations expressed by the judges carried justifications of a pragmatic and political nature, essentially based on domestic doctrine and jurisprudence prior to the country's redemocratization. The relevance of this judgment lies in the fact that the paradigm could have been broken under the aegis of the 1988 Federal Constitution, in order to demonstrate the hegemony and hierarchical superiority of the new constitutional order. This is because, at the time, part of Brazilian doctrine and that of other countries supported the viability of constitutional analysis of norms prior to the Constitution. It is noteworthy that the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality has as its background the confrontation of the authoritarian legacy of the period of dictatorship and redemocratization in the country, which directs the issue to the field beyond the legal. As a result, the judgment examines intertemporal law and the normative validity between the authoritarian period and redemocratization in Brazil through the methodology of historical sociology.

Keywords: constitutional law; Federal Supreme Court; supervening unconstitutionality; redemocratization.

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo comprender cómo Brasil, en el ámbito del Supremo Tribunal Federal, en control de constitucionalidad, a partir del fallo de la Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 02 de 1990, ratificó el entendimiento en el sentido de no admitir en su ordenamiento jurídico la inconstitucionalidad sobrevenida de leyes posteriores a la Constitución Federal de 1988. En esa ocasión, los fundamentos expresados por los jueces llevaban justificaciones de carácter pragmático y político, basándose esencialmente en la doctrina nacional y en la jurisprudencia anterior a la redemocratización del país. La relevancia de este fallo radica en el hecho de que el paradigma podría haber sido roto bajo la égida de la Constitución Federal de 1988, con el fin de demostrar la hegemonía y superioridad jerárquica del nuevo orden constitucional. Esto se debe a que, en ese momento, parte de la doctrina brasileña y de otros países sostenían la viabilidad de un análisis constitucional de normas anteriores a la Constitución. Cabe destacar que el juicio de la Acción Directa de Inconstitucionalidad tiene como telón de fondo

el enfrentamiento con el legado autoritario del período de la dictadura y la redemocratización del país, lo que dirige la cuestión más allá del campo jurídico. En función de esto, se examina en el fallo el derecho intertemporal y la vigencia normativa entre el período autoritario y la redemocratización en Brasil de la metodología de la sociología histórica.

Palabras clave: derecho constitucional; Tribunal Supremo Federal; inconstitucionalidad sobrevenida; redemocratización.

Data de submissão: 12/09/2024

Data de aceite: 25/11/2024

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo compreender como o Brasil, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), em controle de constitucionalidade, ratificou a impossibilidade de ocorrência de inconstitucionalidade superveniente das leis, mesmo após Constituição de 1988, a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02 de 1990.

As argumentações constantes na decisão contemplam justificativas de cunho pragmático e político, na medida em que se pautaram na doutrina brasileira e na jurisprudência anterior do STF. A principal crítica reside no fato de que o paradigma poderia ter sido rompido sob a égide da Constituição de 1988, a fim de demonstrar a hegemonia e superioridade hierárquica do novo ordenamento jurídico. Isto porque parte da doutrina brasileira, assim como doutrinas e outros países, sustentava a viabilidade de análise constitucional de leis anteriores à Constituição.

O Brasil adota um sistema de constitucionalidade misto, o que leva à conclusão de que a opção pela análise por meio da via abstrata e direta não impediria a apreciação dos casos pelos demais órgãos jurisdicionais, como ocorre em outros países. Além disso, em outras situações, o STF teria que enfrentar a questão pela via concreta – por meio de Recurso Extraordinário fundamentado no art. 102, III, alínea ‘a’ e ‘c’ da CF/88. Então porque não analisar pela via abstrata? Ressalta-se que o impedimento de análise pela via direta ou abstrata permite a perpetuação dos efeitos das normas infraconstitucionais, ainda que manifestamente contrárias à nova ordem, por mais tempo no ordenamento, gerando insegurança jurídica (Orozco; Solano, 2010, p. 99,) e instabilidade da supremacia constitucional (Barroso, 2013, p. 153).

A partir dessa discussão, surgem as teses doutrinárias sobre a teoria da recepção das normas, da revogação e da inconstitucionalidade superveniente. A análise sobre a recepção trata das normas pré-constitucionais no plano na existência, de modo que não seria necessário realizar um juízo de validade ou invalidade (Tavares, p.569).

Os posicionamentos doutrinários que constam na decisão carregam tanto força argumentativa quanto críticas, conduzindo o debate para o campo além do

jurídico. Nesse contexto, analisou-se a questão através do método da sociologia histórica (Peixoto, 2022) – observação comparativa dos países da América Latina com a pretensão de compreender como as Cortes restaram incipientes ao enfrentamento do legado autoritário dos períodos ditatoriais – e seus reflexos no cenário brasileiro (Baggio; Berni, 2022).

Assim sendo, o presente texto se organizará da seguinte forma: breve resumo dos votos da ADI n. 02; Aplicação da metodologia da sociologia histórica; A Constituição de 1988 e o giro da redemocratização; O cenário da inconstitucionalidade superveniente e seu enfrentamento pelo STF na atualidade; e a Conclusão.

2 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 02

No ano de 1990, pouco tempo após a entrada em vigor da Constituição de 1988, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02, em que a Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (FENEN) pleiteou a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos previstos em normas editadas antes da exegese da nova ordem constitucional.

De acordo com a requerente, o Decreto-Lei nº 532/1969 e o Decreto Federal nº 95.921/1988 traziam competências indevidas aos Conselhos Estaduais de Educação, pois permitiam a fixação de parâmetros, pelo órgão, para reajustes de valores relacionados aos serviços educacionais prestados por estabelecimentos privados de ensino, em desacordo com a nova Constituição, que dispunha ser possível a intervenção do Estado na matéria apenas para evitar o aumento arbitrário dos lucros.

Vale ressaltar que o mérito da ação sequer foi debatido; a discussão da ADI nº 2 girou em torno da declaração de revogação das normas anteriores à Constituição, caso em que o pedido não deveria ser conhecido; se as normas fossem consideradas vigentes, hipótese que resultaria no conhecimento do objeto e na posterior discussão quanto às suas inconstitucionalidades. O julgamento causou divergência entre os membros do STF à época, reavivando o debate sobre a possibilidade de controle concreto das normas pré-constitucionais.

O relator da ADI, Ministro Paulo Brossard, iniciou seu voto se valendo da posição sedimentada na Corte: defendendo ser inviável a inconstitucionalidade superveniente com base na jurisprudência consolidada à época pela Corte Suprema (Brossard, 1992, p. 129-132). Tal argumento foi rebatido posteriormente, no sentido de que, as decisões anteriores da Corte não são insuperáveis, sobretudo diante de circunstâncias sociais que justificam a alteração de entendimento. Diante da vigência da Constituição de 1988, o único dever da Corte seria o de se olhar para trás para não cometer os erros do passado, como em um retrovisor, e continuar seguindo em frente. A democratização e as revoluções de tempos nebulosos deveriam ser enfrentadas; a Constituição exigia esse enfrentamento.

Brossard inicia a construção de seu argumento dispondo que com o surgimento de uma nova Constituição há duas possibilidades para as normas já existentes. A primeira ocorrerá quando as leis pré-constitucionais forem compatíveis com a nova ordem e, portanto, seguirão vigendo; a segunda se dará nos casos de

as normas anteriores serem incompatíveis com a nova Constituição, hipótese em que serão revogadas.

Para o relator é inviável que nestes casos seja aplicada a tese da inconstitucionalidade, pois para tanto é necessária a edição da norma fora das competências fixadas pela Constituição ao legislador e, para isso, faz-se imprescindível que o criador da lei saiba quais são as regras dentro da quais está operando, o que apenas poderá ocorrer diante da vigência da Constituição.

Surge, assim, a ideia de que a Constituição seria um elemento normativo balizador da atividade legiferante, de modo que a lei seria inconstitucional quando o legislador excede aos limites constitucionais impostos à sua atividade (Brossard, 1992, p. 126). Com isso, a lei só poderia ser declarada inconstitucional com relação à Constituição vigente no momento da sua edição, e não em face das anteriores ou posteriores (Brossard, 1992, p. 127). Brossard vincula a declaração de inconstitucionalidade ao ato do legislador, como se não se pudesse destacar a lei do seu criador, o autor de sua obra. No entanto, a análise de inconstitucionalidade é uma comparação em abstração, uma vez que projetada para o mundo jurídico a lei torna-se autônoma, ou seja, desvinculada de sua autoria.

O argumento do Ministro relator, que considera a atuação do legislador como ato ultra vires (Brossard, 1992, p. 138), é frágil, e foi rapidamente rebatido pelo voto do ministro Sepúlveda Pertence, quando destacou que vincular a inconstitucionalidade da lei ao ato do legislador seria o mesmo que redundar a inconstitucionalidade material em inconstitucionalidade formal, somente esta última não pode subsistir para controle de constitucionalidade de normas prévias à Constituição (Barroso, 2009, p.160).

A inconstitucionalidade estar vinculada apenas à Constituição vigente à época limita a efetividade das normas constitucionais futuras; isso quer dizer que o conteúdo da Constituição é analisado em abstrato, e as formalidades para a criação da lei são observadas em concreto, retratando uma inconstitucionalidade formal. Somente esta última que deve ser verificada com base na constituição vigente à época.

Outro argumento que transpassa ao debate do julgamento é a presunção de constitucionalidade das leis produzidas sob a égide da Constituição. Para Brossard, as normas pré-constitucionais não poderiam ser presumidamente constitucionais com relação a outra Constituição que não a vigente à época de sua edição; assim, para ele, a partir do momento em que a Constituição de 1988 entrou em vigência, todas os dispositivos criados anteriormente se presumem inconstitucionais, logo, não haveria motivos para as declarar como tal. Nesse mesmo sentido, cabe salientar, se posiciona o Ministro Castro Nunes.

Ainda, a Corte trata da questão relativa à no âmbito do conflito de normas. Nesse sentido, a decisão apresenta que aos critérios de solução de antinomia de normas podem ser aplicados mais de um critério quando o resultado prático deles forem o mesmo (Bobbio, 1995, p. 106; Canotilho, 2003, p. 1306). Assim, no caso concreto seria utilizado tanto o critério da temporalidade quanto da hierarquia das normas. Outrossim, conclui-se que quando se puder aplicar o critério de superioridade hierárquica, poder-se-ão afastar os demais (Mendes, 2011, p. 499; Nunes, 1943, p. 602-603). Conforme defendido pelo Ministro Relator, não há como

sustentar que a lei maior irá valer menos ou que terá menores efeitos do que a lei menor.

Os efeitos da eventual declaração de inconstitucionalidade das normas pré-constitucionais também foram trazidos ao debate. Isso porque a norma inconstitucional opera efeitos *ex tunc*, ou seja, que retroagem à data de sua edição, sendo considerada inválida desde então.

Eventual lei pré-constitucional, ainda que de acordo com a Constituição vigente à época de sua edição, se declarada inconstitucional deveria ter sua nulidade reconhecida desde seu advento; na prática, portanto, mesmo seus efeitos produzidos quando estava de acordo com a ordem constitucional seriam nulos.

O contrário acontece com as normas que são revogadas, cujos efeitos não retroagem - ou seja, são *ex nunc* -, o que, para Brossard (1992), corrobora a tese de que o caso tratado se refere a uma hipótese e revogação, haja vista que as normas apenas deixarão de vigor da data da vigência da nova Constituição para frente.

Diferentemente é o entendimento de Sepúlveda Pertence, que afirma ser viável, nos casos das normas pré-constitucionais, sua declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, ou seja, que não retroagirão à data da vigência da nova Constituição. A argumentação é baseada na inovação jurídica proporcionada pela nova Constituição, ou seja, a nova Constituição torna-se o novo fundamento de validade da ordem nacional, e todas as normas possuem um novo fundamento de validade (Zavascki, 2017).

Assim, enquanto para Brossard o caso é claramente de revogação, Sepúlveda acredita ser possível tanto a declaração de revogação das normas quanto sua declaração de inconstitucionalidade (Brossard, 1992, p. 141).

Ao final, a conclusão a qual a Corte chega é de que o caso seria para revogação do dispositivo legal. Assim, como o instrumento da ADI visa a declaração de uma norma como inconstitucional, o caso concreto se mostra incompatível com a ferramenta utilizada, logo, ficou prejudicada a análise do mérito. Com a não apreciação do mérito da questão, a lei segue no ordenamento jurídico, podendo produzir efeitos.

3 A APLICAÇÃO DA SOCIOLOGIA HISTÓRICA

A análise da sociologia histórica permite uma hibridação das disciplinas, de modo a formar um método próprio de análise do objeto. Para tanto, há uma análise de ampliação geográfica e temporal, oportunizando uma comparação entre convergências e divergências quanto ao objeto de estudo (Peixoto, 2022, p. 04).

Destaca-se que a grande vantagem da aplicação da metodologia em questão é a abordagem ampla e comparativa. Nesse sentido, há possibilidade de avaliar o objeto numa perspectiva dinâmica e não estática, comparando os fatos de diversos países e considerando um lapso de tempo razoável, o que permite a compreensão mais ampla do fenômeno.

A intenção deste trabalho é analisar por um viés além do estritamente jurídico o direito intertemporal e a vigência normativa de período democrático e autoritário no Brasil, onde se pode concluir que há uma continuidade de

autoritarismo, mesmo após os fins dos regimes totalitários, que leva à conclusão de uma democracia considerada formal (Baggio, 2022, p. 470).

3.1 A HIBRIDAÇÃO DA DISCIPLINA E A ANÁLISE HORIZONTAL DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Voltando para o problema de análise deste trabalho, observa-se a violação reiterada da Constituição de 1988 em decorrência da omissão do STF. A opção de se enfrentar o tema de inconstitucionalidade de leis vigentes antes da Constituição é uma decisão que vai além de argumentos puramente jurídicos.

A Corte Suprema tem certa liberdade de agenda que permite tanto o enfrentamento de determinadas situações quanto a omissão em outras, de acordo com o ativismo e a intervenção da análise de questões político-jurídicas.

Neste sentido, diversos são os países que adotaram a forma de enfrentamento pela via do controle concentrado de constitucionalidade de normas pré-constitucionais; o STF, contudo, mostrou-se tímido em relação a esse enfrentamento, o que permite a divergência de interpretação sobre normas anteriores à Constituição analisadas nos processos individuais, com potencial fragilização das normas constitucionais em detrimento de leis anteriores e hierarquicamente inferiores. Como assevera o Ministro Sepúlveda Pertence no voto durante o julgamento da ADI nº 02:

A inconstitucionalidade superveniente não é absurda e resiste às críticas apontadas. Fechar as portas da ação direta conduziria a indefinição das situações a cada juiz do caso concreto, para que só depois de muito tempo a matéria chegasse ao Supremo por meio de recurso, sem a uniformização do entendimento, e enquanto isso a Constituição seria frequentemente violada e os jurisdicionados sofrem com a insegurança jurídica.

Apesar de todo o esforço da doutrina em defender a possibilidade de inconstitucionalidade superveniente, o STF manteve seu entendimento de inviabilidade deste tipo de controle, o que conduziu o legislador a incluir na competência da Corte o julgamento da Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental (ADPF), que possibilita o enfrentamento de normas pré-constitucionais (Barroso, 2022, p. 525).

Assim, a atitude de enfrentamento pela via abstrata de controle de normas pré-constitucionais veio por meio de iniciativa do legislador, que ampliou a competência constitucional do STF, solucionando o problema da competência do Tribunal (Mendes, 2011, p. 3675). No entanto, resta saber se a Corte atuou no front de combate aos inimigos da democracia.

Alguns julgamentos permitem-nos concluir que não foi efetivo o enfrentamento pela Corte:

Na tentativa de construir um futuro democrático e inclusivo para a população brasileira, fomos sobrepondo fatos mais imediatos às mazelas de nossa transição política e de nossa constituinte sem enfrentá-las, colocando-as no lugar de posições minoritárias em relação à mobilização e à vontade popular. Ao fazer isso, aceitamos a amálgama autoritária persistente de nossa história e nos afastamos, de maneira não intencional, da chance concreta presente em todo processo transicional de enfrentamento de questões imprescindíveis para a democracia (Baggio, 2022, p. 473).

Apesar da nova composição do amadurecimento democrático, a ADPF 153 e a ADPF 130, refletem o posicionamento de continuidade autoritária dos discursos antidemocráticos vivenciados no Brasil antes de 1988 (Baggio 2022, p. 472,). Assim, se verifica que o problema não seria em si a impossibilidade jurídica de analisar a matéria, mas o descaso de se enfrentar uma série de repercussões políticas decorrentes da queda da hegemonia ideológica da ditadura militar.

4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O GIRO DA REDEMOCRATIZAÇÃO

Como se viu, o STF omitiu-se durante anos no que tange ao enfrentamento das questões atinentes às normas prévias à Constituição de 1988, principalmente alegando a tradição jurisprudencial da Corte em julgados anteriores. Todavia, a nova ordem constitucional se mostrou um marco de relevância democrática e de ruptura em larga escala, de modo que efetivamente, para fiel cumprimento da Constituição, o Tribunal deveria – e seria esperado dele – se posicionar realizando um filtro constitucional da legislação infraconstitucional vigente.

Aliás, as normas produzidas antes da vigência da Constituição merecem um olhar ainda mais acurado, considerando que a maioria foram expedidas em períodos de ditaduras e mereciam passar por um filtro criterioso da Corte, velando para um novo modelo democrático e não para continuidade de um modelo de normatização autoritária.

Não é por outra razão que André Tavares considera que as normas pré-constitucionais não serão analisadas pela ótica do plano da validade, não se tratando de caso para declaração de inconstitucionalidade ou revogação, mas sim através do plano da existência, devendo ser declarada a inexistência das normas, pois com uma nova ordem constitucional há também uma novação do ordenamento jurídico (Tavares, 2023, p. 567).

A partir de tal entendimento se extrai que toda nova Constituição inaugura uma nova ordem jurídica, pois a Constituição é a norma fundamental de um ordenamento (Kelsen, 1999, p. 141; Bobbio, 1995, p. 71). Isso, contudo, não ocorre na maior parte da América Latina, o que inclui o Brasil (Tavares, 2023, p. 567); nesses países é como se houvesse uma perpetuação dos regimes anteriores, principalmente quando a Corte Constitucional se omite de enfrentar a velha herança legislativa deixada por regimes ditatoriais.

De fato, numa transição de regime autoritário para uma nova dimensão democrática as Cortes Constitucionais assumem um papel principal de valorização e manutenção da soberania popular e de agente penalizador dos responsáveis pela

desordem institucional do país (Torelly, 2012, p. 301). Compete à Corte avaliar a herança autoritária e perfectibilizar a transição de regime autoritário ao democrático.

4.1 O CENÁRIO DA INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE E O ENFRENTAMENTO PELO STF NA ATUALIDADE

A inconstitucionalidade superveniente na atualidade foi recentemente considerada dentro do ordenamento jurídico pelo STF (Barroso, 2022, p. 60). Foi no julgamento da ADI n. 3937/SP, que o Tribunal reconheceu a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade superveniente à norma.

Vale destacar que, o fenômeno não apresenta a análise de dois textos constitucionais, mas sim a mutação constitucional do texto da Constituição, o que gera uma inconstitucionalidade superveniente à norma antes declarada constitucional. Em síntese, por tanto tempo se defendeu a impossibilidade de inconstitucionalidade superveniente pelo Tribunal e hoje já há um avanço no entendimento sobre a sua possibilidade.

5 CONCLUSÃO

Através da análise da ADI nº 2 restou claro que a solução trazida à época pelo STF não se mostrou eficaz. Isso porque ao declarar que o caso seria de revogação dos dispositivos legais, não sendo, portanto, de sua competência realizar a apreciação das normas, a Corte deixou de analisar o mérito da questão, não resolvendo o problema que lhe foi proposto.

A ineficácia da decisão, inclusive, foi corroborada posteriormente com a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), ferramenta destinada à realização do controle abstrato/concreto das normas pré-constitucionais. Ao que parece, não havia justificativa jurídica cabal para aderir a impossibilidade de análise da questão pela Corte; a decisão se mostrou político-constitucional e pragmática. Como destacar Gilmar Mendes:

Não se deve olvidar, outrossim, tal como enfatizado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que o debate sobre a inconstitucionalidade ou revogação do direito pré-constitucional em face do direito constitucional superveniente está imantado por uma opção político-constitucional e pragmática, que, diante da inequívoca razoabilidade das orientações, faz prevalecer uma das duas posições ou, ainda, permite desenvolver fórmulas de compromisso, com vistas à preservação de competência da jurisdição ordinária para conhecer de questões nos sistemas de controle concentrado (Mendes, 2013, p.496).

Em uma perspectiva sociológica, pode-se inferir que houve uma negação à mudança social que ocorreu com o período de redemocratização, pois mesmo com a ruptura da ordem constitucional anteriormente vigente a decisão trazida pelo STF se pautou na continuidade de entendimentos da época ditatorial. Mais do que isso, mesmo com a criação da ADPF, que possibilita apreciação quanto às questões pré-

constitucionais, as conclusões da Corte quanto às matérias analisadas por tal via também tem assumido, em grande medida, uma posição de continuidade, uma vez que mantém no ordenamento algumas normas do período autoritário pautando-se em motivações que, por vezes, parecem ter cunho mais políticos do que jurídico.

Ampliando a visão para além do Brasil, é possível perceber que em grande parte dos países da América Latina há uma dificuldade em resolver os problemas das normas pré-constitucionais com o advento de uma nova ordem. Tal conclusão é possível, cabe salientar, através de uma análise pautada na comparação individualizadora da história de tais países, que validam a tese de que mesmo após o término do regime autoritário há certa permanência dos entendimentos exarados e consolidados previamente.

Embora o atual cenário brasileiro tenha, hoje, uma ferramenta destinada à apreciação das normas pré-constitucionais, há ainda um longo caminho a ser percorrido no que tange à análise de tais legislações, seja pela pouca utilização do instrumento criado ou pela tradição de continuidade que a Corte Brasileira tem seguido em alguns casos específicos.

REFERÊNCIAS

BAGGIO, Roberta Camineiro. Democracia e autoritarismo: armadilhas do processo constituinte brasileiro. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 9, n.2, p. 451-476, maio/ago. 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v9i2.84276>.

BAGGIO, Roberta Camineiro; BERNI, Paulo Eduardo. Breves ajustes à contribuição da sociologia histórica ao constitucionalismo latino-americano. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. E-book. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/8188466/mod_resource/content/1/INTERPRETA%C3%83%C3%83O%20E%20APLICA%C3%83%C3%83O%20DA%20CONSTITUI%C3%83%C3%83O%20-%20LUIS%20ROBERTO%20BARROSO.pdf. Acesso em: 20 dez. 2024.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

BITTENCOURT, Lúcio. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BROSSARD, Paulo. A Constituição e as leis anteriores. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, n.180, p. 126-127, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. **La pregiudizialità costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1957.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. Inconstitucionalidade superveniente: usos, desusos e mutações. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n.3. p. 201-221, 2017.

LEAL, Victor Nunes. Leis complementares da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 7, jan./mar. 1947. p. 390.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional - 2002/2010**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo. **La fuerza normativa de las constituciones frente a las normas preconstitucionales**. Tese doctoral. Universidad Castilla- La Mancha. Facultad de Ciências jurídicas y sociales, 2010.

PEIXOTO, Rodrigo Luz. **A articulação entre constitucionalismo e violência estatal: impunidade e responsabilidade do Estado na República brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2015.

TORELLY, Marcelo Dalmás. **Justiça de transição e Estado Constitucional de Direito: a perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**, São Paulo, RT, 2017.

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PENSAMENTO JURÍDICO DE
NEIL MACCORMICK: UMA PROPOSTA INSTITUCIONAL A PARTIR DA TEORIA
ARGUMENTATIVA**

*JUDICIAL REVIEW IN THE LEGAL THOUGHT OF NEIL MACCORMICK: AN
INSTITUTIONAL PROPOSAL FROM ARGUMENTATIVE THEORY*

*CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE
NEIL MACCORMICK: UNA PROPUESTA INSTITUCIONAL A PARTIR DE LA
TEORÍA ARGUMENTATIVA*

**Raul Nicolas Dombek Coelho¹
Tatiana Facchini da Silva²**

RESUMO

A presente pesquisa busca delinear um modelo geral de controle de constitucionalidade a partir das contribuições de Neil MacCormick para a teoria da argumentação jurídica e para a compreensão do direito enquanto um fenômeno institucional. A partir da leitura extensiva da obra do jurista escocês, pretendeu-se identificar de que modo e em que medida suas propostas de controlabilidade racional da decisão judicial e de moralidade institucional podem influir para a consecução de uma maior solidez no exercício adjudicatório das cortes constitucionais. Inexistindo uma teoria geral do *judicial review* no pensamento de MacCormick, promoveu-se uma construção propositiva dos elementos centrais de uma abordagem argumentativa do controle de constitucionalidade tendo por premissas os conceitos e ilações do jusfilósofo sobre a argumentação jurídica no Estado de Direito constitucional. Como conclusão, foi possível constatar na obra “maccormickiana” a existência de guias conceituais e interpretativos relevantes para

¹Mestrando em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Analista Judiciário junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. E-mail: raul.coelho27@gmail.com. ORCID: [0000-0002-3703-4576](https://orcid.org/0000-0002-3703-4576).

²Mestranda em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direitos Humanos, Responsabilidade Social e Cidadania Global pela PUC-RS. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Paraná. Advogada. E-mail: tatiana.facchini.silva@gmail.com. ORCID: [0009-0001-2229-7648](https://orcid.org/0009-0001-2229-7648).

a oxigenação e abertura ética das decisões constitucionais, os quais se alinham a uma pretensão possível de objetividade, coerência, coesão e universalidade na avaliação de validade constitucional das normas.

Palavras-chave: Neil MacCormick; controle de constitucionalidade; teoria da argumentação; teoria institucional do direito.

ABSTRACT

This article seeks to outline a general model of judicial review based on Neil MacCormick's contributions to the legal reasoning theory and to the understanding of law as an institutional phenomenon. From an extensive reading of the Scottish jurist's work, it was aimed to identify how and to what extent his proposals for the rational controllability of judicial decisions and institutional morality can influence the achievement of greater solidity in the adjudicative exercise of constitutional courts. In the absence of a general theory of judicial review in MacCormick's theory, it was intended to draw a propositional construction of the central elements of an argumentative approach to judicial review, having as premises the concepts and conclusions of the legal philosopher about legal argumentation in the constitutional Rule of Law. As a conclusion, it was possible to verify in MacCormick's work the existence of conceptual and interpretive guides relevant to the oxygenation and ethical openness of constitutional decisions, which are aligned with a possible claim of objectivity, coherence, cohesion and universality in the assessment of constitutional validity of norms.

Keywords: Neil MacCormick; constitutionality control; argumentation theory; institutional theory of law.

RESUMEN

Esta investigación busca esbozar un modelo general de control de constitucionalidad basado en los aportes de Neil MacCormick a la teoría de la argumentación jurídica y a la comprensión del derecho como fenómeno institucional. A partir de una lectura extensa de la obra del jurista escocés, se buscó identificar cómo y en qué medida sus propuestas sobre la controlabilidad racional de las decisiones judiciales y la moral institucional pueden influir en el logro de una mayor solidez en el ejercicio adjudicativo de los tribunales constitucionales. Ante la ausencia de una teoría general del control judicial en el pensamiento de MacCormick, se impulsó una construcción preposicional de los elementos centrales de un enfoque argumentativo del control de constitucionalidad, teniendo como premisas los conceptos y conclusiones del filósofo del derecho sobre la argumentación jurídica en la Regla constitucional de Ley. Como conclusión, se pudo constatar en el trabajo de MacCormick la existencia de guías conceptuales e interpretativas relevantes para la oxigenación y apertura ética de las decisiones constitucionales, las cuales se alinean con una posible pretensión de objetividad,

coherencia, cohesión y universalidad en la valoración de la validez constitucional de las normas.

Palabras clave: Neil MacCormick; control de constitucionalidad; teoría de la argumentación; teoría institucional del derecho.

Data de submissão: 12/03/2024

Data de aceite: 11/04/2024

1 INTRODUÇÃO

A obra de Neil MacCormick delinea um modelo único de teoria do direito que tem como suas preocupações centrais a compreensão da natureza institucional do fenômeno jurídico, a teoria da decisão judicial em relação aos aspectos argumentativos e interpretativos do direito aplicado e, por fim, a razão prática e seus desdobramentos e intersecções nos âmbitos do discurso moral e do discurso jurídico. A questão da validade legal, intimamente relacionada com muitos de seus temas de estudo, permeia a obra do jurista escocês sem que, no entanto, se torne objeto específico e nodal de análise. Nesse sentido, discussões desenvolvidas à luz do constitucionalismo, mais especificamente debates sobre o controle de constitucionalidade, se tornam tangenciais e esparsas na extensa obra de MacCormick, carecendo de uma sistematização conceitual que permita, de imediato, identificar o modelo defendido pelo jurista para declaração de invalidez normativa por vício de inconstitucionalidade.

Nesse contexto, a presente pesquisa pretende esboçar os contornos da estrutura de controle de constitucionalidade contida, implícita e explicitamente, na obra de Neil MacCormick. Para tanto, promove-se extensa pesquisa bibliográfica, sobretudo nas fontes primárias de autoria do jurista estudado, mas também em seus comentadores, nacionais e internacionais, extraindo conceitos relevantes e proposições que demonstrem um modelo de controle de constitucionalidade compatível com as concepções ontológicas e pragmáticas defendidas por MacCormick a respeito do Direito. Desse modo, adota-se uma metodologia

eminentemente bibliográfica e exploratória em face da literatura já produzida sobre o marco teórico adotado.

Inicialmente, busca-se esquadrihar os elementos centrais da teoria institucional do Direito, faceta central em toda a obra do jusfilósofo escocês. Nesse sentido, pretende-se compreender as noções de institucionalidade e institucionalização, bem como os processos de formação e consolidação de normas em um Estado de Direito orientado pelo regime político democrático. Em um segundo momento, parte-se a uma exposição particularizada da teoria da argumentação e interpretação em MacCormick, analisando-se não apenas o modelo interpretativo proposto como também intersecções entre o direito e a moralidade no pensamento do jusfilósofo, tendo-se por base para uma compreensão preliminar do papel ocupado pela validade normativa em sua visão teórica do direito. Por fim, o trabalho se volta especificamente para a questão de controle de constitucionalidade, delineando um sistema geral de controle a partir dos conceitos e propostas inicialmente apresentados à luz de estudos complementares já realizados sobre esta temática na obra de MacCormick em relação ao modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, investigando sua compatibilidade e adequação com as linhas gerais da proposta do jurista.

2 O DIREITO ENQUANTO ORDEM NORMATIVA INSTITUCIONAL

De acordo com Neil MacCormick, o direito, assim como outras formas de lei – canônica, desportiva, etc. – tem por objetivo precípua uma aspiração à ordem. Em outras palavras, a sociedade exige, para seu funcionamento, algum nível de ordenamento e organização e, a partir daí, são estabelecidos padrões de comportamento que devem ser seguidos de forma vinculante por todos aqueles que ocupem determinado território (Kozicki; Pugliese, 2018, p. 163). Essa ordem é institucional justamente porque advém de um conjunto de regras pré-estabelecidas pelas Instituições do Estado (Pires, 2020, p. 52), representadas por autoridades incumbidas de criar, aplicar e interpretar normas, tais como legisladores, administradores públicos e magistrados (Silva, 2017, p. 175).

Para entender o direito enquanto instituição de ordem normativa, o autor inicia sua análise a partir da concepção de “fatos institucionais”. Para ele, os fatos institucionais são aqueles que dependem, para apreensão de seu significado, da interpretação a partir da referência de algum quadro normativo. Conseqüentemente, a concepção dos fatos institucionais pode ser bastante útil à compreensão do Direito de Estado contemporâneo, que está repleto de instituições como o contrato, a propriedade, casamento, etc.

Antes de adentrar propriamente ao estudo das nuances que envolvem a normatividade institucional, contudo, o Autor procura oferecer exemplos de como tal fenômeno pode surgir até mesmo em contextos desprovidos de regras ou normas explícitas. Para tanto, ele utiliza do exemplo da fila que, nas palavras de MacCormick, pode ser considerada uma prática de sucesso enquanto uma espécie de “instituição sócio-moral” (MacCormick, 2007a, p. 14).

É preciso, para que tal prática funcione, que seus participantes reconheçam minimamente a existência de uma ordem a ser seguida, de modo que, em sendo observada a referida ordem, aqueles que dela participam terão suas expectativas atendidas. Para tanto, não se mostra necessário, ao menos em um primeiro momento, a formação de normas explicitamente articuladas, já que a ação comum, por meio da cooperação de participantes conscientes, conduz aos resultados almejados (MacCormick, 2007a, p. 14).

Não obstante, ainda que existam fenômenos sociais em que a ideia de normatividade surja de maneira espontânea e quase orgânica – como o exemplo das filas – no momento em que tal prática é transposta para um âmbito oficial (estatal, comercial, etc.), alguém pode receber a tarefa de decidir celeumas que surjam a partir de tal prática, tais como: em que momento a fila foi formada? Há possibilidade de se reservar um assento a um ausente? Há participantes que devam ter preferências sobre outros?

Inicia-se, então, um ponto de virada em por meio do qual as normas implícitas podem ser tornar explícitas, práticas informais tornam-se formais e convenções podem tornar-se instituições (Dwier, 2008, p. 825). A partir daí, a cooperação mútua tratada anteriormente é substituída por uma autoridade externa formada por

aqueles que fornecem determinado serviço (Kozicki; Pugliese, 2018, p. 166). Passam a existir, então, não apenas normas sobre determinada prática, mas sim, normas de decisão sobre a prática em questão (MacCormick, 2007a, p. 23).

Na medida em que institucionalização de práticas inicialmente informais tende a se utilizar de normas por escrito e, considerando em que textos escritos precisam ser interpretados, a adoção de tais regras é geralmente acompanhada de um elemento adicional, qual seja: a determinação de pessoas, geralmente em posição de autoridade, responsáveis por aplicar e interpretar as normas (Kozicki; Pugliese, 2018, p. 166). Além disso, MacCormick prevê que a articulação das regras explícitas conta com dois elementos essenciais. O primeiro deles especifica uma situação hipotética que pode surgir e é chamado de “fato operativo” (FO), enquanto que a decisão a ser tomada acerca de tal situação é chamada de “consequência normativa” (MacCormick, 2007a, p. 25). Dessa forma, a articulação expressa de normas surge a partir do seguinte raciocínio: “sempre que FO, então CN”.

Qual é, porém, a força prática de tais normas explícitas? Ao tratar sobre esse tema, o autor estabelece uma divisão em 3 pisos distintos: em primeiro lugar, tem-se as normas de aplicação absoluta, que são aquelas pelas quais o Fato Operativo (FO) apenas pode ser atendido pela aplicação absoluta e irrestrita da Consequência Normativa (CN). Em segundo lugar, encontram-se as normas de aplicação estrita, nas quais aquele encarregado da aplicação da norma recebe algum grau de discricionariedade para fazer exceções ou ainda para anular a regra em casos especiais. Por fim, estão as normas de aplicação discricionária. Nelas, é esperado do tomador de decisão que ele considere cada caso a partir de todos os fatores que lhe pareçam relevantes e, apenas então, decida pela aplicação ou não da regra cabível (MacCormick, 2007a, p. 27).

Ainda assim, para a tomada de decisão, ainda que discricionária, não deve haver uma liberdade total daquele encarregado de tal tarefa. O Autor propõe, para tanto, uma discricionariedade “guiada” por critérios de justiça, sensatez, eficiência, racionalidade etc. que auxiliem, dentre as diversas opções possíveis, a tomada de decisão que melhor contemple o caso concreto (Kozicki; Pugliese, 2018, p. 168).

Em determinadas situações, uma decisão pode ser baseada no critério de eficiência – colocando assim, em segundo plano, considerações sobre justiça, por exemplo. E vice-versa. Portanto, considerando que tais critérios pressupõem necessariamente um juízo de valor do tomador da decisão, são eles conceituados pelo autor enquanto valores, princípios, ou mesmo princípios gerais (MacCormick, 2007a, p. 28). Referidos valores ou princípios podem ser aplicados a uma extensa lista de situações e estão disseminados na ordem institucional.

Ainda acerca da construção das práticas de institucionalização, o Autor observa o poder coercitivo que a ordem institucional exerce no processo de aplicação e cumprimento das normas. Em suma, dentro da ordem institucional, torna-se extremamente difícil – ou quase impossível – o acesso a determinado serviço sem que as regras da instituição sejam satisfeitas, o que as tornam restrições praticamente impenetráveis (a não ser que se esteja diante de uma violação deliberada). Surgem nesse contexto, portanto, as chamadas “agências institucionais”, que recebem a atribuição de formular e administrar as regras entre diferentes pessoas ou entes (MacCormick, 2007a, p. 34).

Segundo o autor, o papel das agências institucionais é crucial para o funcionamento da ordem e a manutenção da coerência dentro de um Estado Constitucional Moderno, pois são elas que garantem a execução, administração e aplicação das leis (MacCormick, 2007a, p. 35).

É também característica desse Estado a distinção entre os poderes legislativo, executivo e judiciário e a necessária separação entre eles. Porém, como garantir que referido Estado tenha tais poderes governamentais de forma que sejam eles diferenciados entre si e, ao mesmo tempo, equilibrados? A resposta, segundo o Autor, vem por meio de “práticas apropriadas” (normas, regras e princípios) que sejam reconhecidos e aceitos por todos aqueles que o compõem (MacCormick, 2007a, p. 40).

Assim, a partir do momento que os integrantes de tal ordem estatal reconhecem que eventual estatuto (ou constituição, como se explicará melhor adiante) aprovado por um parlamento deve ser seguido e respeitado; reconhecem, ainda, que o poder executivo é exercido por um chefe de estado e, por fim,

reconhecem que autoridade final na interpretação de leis e regras promulgadas pelo poder legislativo é exercida por um conjunto de juízes organizados em um sistema de tribunais, está-se, então, diante de poderes executivo, legislativo e judiciário institucionalizados e, em última análise, de um Estado institucionalizado (MacCormick, 2007a, p. 40).

Ademais, como introduzimos acima, um dos principais pontos que envolvem a construção de um Estado no contexto de uma ordem normativa institucional é a existência de um conjunto de regras comuns a todos os seus integrantes e cuja legitimidade seja reconhecida pelos cidadãos. Justamente por isso, segundo MacCormick, a existência de um Estado pressupõe a existência de uma constituição (MacCormick, 2007a, p. 45).

De onde advém, porém, a normatividade da constituição? Em outras palavras, o que faz as pessoas sentirem-se na obrigação de cumprir as diretrizes constitucionais? Sendo MacCormick, tal senso de dever remonta-se, mais uma vez, às convenções, que nascem – em um primeiro momento – como práticas informais e que, em última análise, garantem legitimidade às instituições (Dwier, 2008, p. 829).

A constituição, portanto, não necessariamente pressupõe a existência de um documento escrito. Ela representa, por outro lado, a funcionalidade das relações institucionais que operam de acordo com o que está estabelecido no texto escrito. A compreensão do funcionamento de uma ordem jurídica territorial, com o Judiciário, o Executivo e o Legislativo interagindo, nos permite explicar o que está contido em uma constituição (MacCormick, 2007a, p. 47).

O poder judiciário – e os Tribunais – nesse contexto, desempenham papel fundamental. Em muitos Estados, como no caso do Brasil, existem tribunais constitucionais responsáveis por interpretar a Constituição, que, por sua vez, sustenta todo o conjunto normativo. Para além disso, em muitos casos também é amplamente reconhecido que as decisões dos Tribunais – especialmente dos tribunais superiores – possuem grande relevância dentro da ordem normativa, pois servem enquanto precedentes que vinculam a atuação de outros tribunais,

estabelecendo, assim, um novo nível de regras de conduta (MacCormick, 2007a, p. 41).

Ao mesmo tempo, contudo, devem vigiar e policiar os limites de atuação do legislativo e do executivo, fazendo valer o sistema de pesos e contrapesos que garante o funcionamento da ordem institucional. O Estado Democrático de Direito pressupõe, portanto, que as decisões tomadas pelos Tribunais sejam devidamente justificadas, sendo a devida justificação uma condição para sua própria legitimidade (Lopes, 2015, p. 40).

É nesse contexto que os estudos de MacCormick acerca da argumentação jurídica ganham relevância para o presente estudo, já os esforços engendrados pelo autor para descortinar os processos que envolvem a construção argumentativa das decisões judiciais são fundamentais na busca de legitimidade, em última análise, da própria ordem normativa institucional.

3 VALIDADE NORMATIVA E ARGUMENTAÇÃO DECISÓRIA EM MACCORMICK

Para além de suas aceções teóricas sobre o direito enquanto fenômeno institucional, MacCormick dedica parte essencial de sua obra à teoria da decisão judicial, tendo por enfoque a argumentação e a justificação jurídicas. Nesta seara, o jusfilósofo adota uma posição dedutivista e antivoluntarista nos processos de aplicação e interpretação normativa, que parte de uma posição herdada do positivismo europeu clássico e, posteriormente, se abre sob influência do pós-positivismo e da filosofia da linguagem.

MacCormick defende que o direito é um objeto discursivo e sujeito a argumentação, isto é, um conjunto de enunciados linguisticamente indeterminados e que passam por um processo de solidificação a partir da persuasão e da argumentação retórica. Tal caráter do fenômeno jurídico, entretanto, aparenta entrar em contradição com a própria lógica do Estado de Direito, que demanda certeza e previsibilidade da atuação normativa a fim de garantir segurança jurídica aos jurisdicionados. Assim, a grande questão sobre a determinação do direito no exercício da razão prática se torna, para o autor, a conciliação de um fenômeno

subjetivo e sujeito à argumentação por meio de processos institucionalizados com as exigências axiológicas de um Estado de Direito (MacCormick, 2005, p. 13).

O processo intelectual contido no centro da decisão consiste na avaliação da massa dispersa de materiais e fontes normativas, denominadas “direito bruto” (*raw law*), e em sua filtragem e seleção, tornando-o um ordenado compreensível e coerente com os princípios e valores que regem o conjunto normativo, descrevendo uma ordem implícita na aparente desordem (MacCormick, 2005, p. 29).

A partir dessa reelaboração normativa, faz-se necessário o uso do raciocínio silogístico, identificando-se a norma aplicável e os fatos sob análise. Ainda que se possa argumentar quanto à aplicabilidade de determinada norma ou mesmo quanto ao significado desta norma, MacCormick defende que o silogismo segue sendo a operação lógica fundamental apta a determinar o quadro normativo em que o debate jurídico será desenvolvido (MacCormick, 2005, p. 42). Trata-se de medida garantidora da certeza e previsibilidade do direito aplicado, em consonância com os valores centrais do Estado de Direito. A decisão que atribui a norma aplicável e seu significado de conteúdo não exclui o raciocínio silogístico do processo decisório. Ao contrário, tal decisão antecede a aplicação do silogismo e a condiciona, determinando quais normas universais serão aplicadas a instâncias particulares (MacCormick, 2005, p. 71).

Tal processo de determinação de premissas e aplicação do silogismo consiste, segundo MacCormick, em um processo de justificação racional, tendo em vista a inexistência de premissas objetivas, absolutas, mas apenas de argumentos prováveis e demonstráveis, que, em sua faceta não-dedutiva, se mostram de especial relevo nos chamados “casos difíceis” (Spaak, 2007, p. 350).

Assim, MacCormick compreende que a decisão judicial está dividida em duas etapas de justificação: uma justificação de primeira ordem, pautada pela simples aplicação do silogismo com subsunção de uma premissa menor faticamente verificada a uma premissa normativa maior, e uma justificação de segunda ordem, que surge ante a insuficiência do puro raciocínio silogístico, antecedendo-o como uma etapa argumentativa necessária em muitos casos (Silva, 2017, p. 178). Esta última dimensão de justificação deve permanecer atenta aos

aspectos de universalidade, consistência e consequência, assim como deve observar as consequências normativas da decisão, sob pena de se prejudicar a sistematicidade e segurança jurídica do ordenamento, valores caros ao modelo de Estado de Direito e da argumentação racional (Rubinger-Betti; Roesler, 2017, p. 139).

A seleção de premissas é chamada por MacCormick (2005) de “argumento interpretativo” e consiste em um elemento presente em qualquer afirmação sobre direito, ainda que implicitamente. Não se trata de um argumento exato ou lógico pautado na busca pela verdade, mas sim um argumento do campo da persuasão e da preferibilidade, vinculado a um conjunto de valores morais e jurídicos que resultam no exercício da razão prática e não da razão dedutiva da lógica formal (MacCormick, 2005, p. 77). Na visão do autor, três são as categorias de argumentos interpretativos: i) argumentos linguísticos, que dialogam com facetas da linguagem da norma analisada; ii) argumentos sistêmicos, que busca adequar o conteúdo da norma a seu contexto normativo e iii) argumentos de avaliação teleológica, que direcionam a interpretação ao objetivo ou intenção buscados pela norma (MacCormick, 2005, p. 124).

A visão positivista tradicional adotou a chamada “regra de ouro” no que diz respeito ao emprego desses argumentos interpretativos. Tal regra preconiza que, inicialmente, adotem-se argumentos linguísticos a fim de se determinar a norma aplicável, passando-se à adoção de argumentos sistêmicos apenas com a insuficiência da abordagem linguística e, por fim, com a utilização de argumentos teleológicos apenas quando se verificar a falha dos dois métodos anteriores. De maneira geral, MacCormick se filia à adoção desta regra em razão da maior garantia de previsibilidade nos julgamentos (MacCormick, 2005, p. 138) e, não obstante, rejeita a adoção rígida da regra de ouro, admitindo a inversão da ordem de argumentos utilizados em casos excepcionais quando a regra de ouro se mostrar pragmaticamente insuficiente ou equivocada (Pires, 2020, p. 63).

O critério último eleito por MacCormick como guia de seu modelo de adjudicação é a razoabilidade, por ele próprio referida como uma categoria jurídica indeterminada (MacCormick, 2005, p. 165). MacCormick sustenta que a

razoabilidade atua enquanto um vetor de previsibilidade e controlabilidade das decisões. É possível que existam erros de parcialidade ou anomalias de julgamento, mas, fora dessas hipóteses, inexistiria critério para classificar uma determinada interpretação como superior a outra. Assim, estando os julgadores dispostos a adotar decisões fundamentadas e abertas à revisão, evitando-se caprichos individuais, pode-se dizer que a razoabilidade subjaz enquanto critério avaliativo de racionalidade e aceitabilidade de uma decisão, ainda que o avaliador não esteja plenamente de acordo com seu conteúdo (MacCormick, 2005, p. 169).

A extensão do que se entende por razoabilidade pode variar a cada tópico ou matéria analisada, de modo que a razoabilidade se fundamenta enquanto um meta-valor que permite o sopesamento de valores imediatos ou de primeira ordem, os quais variam a cada tópico ou ramo do direito sob discussão (MacCormick, 2005, p. 178-179). Afastar ou determinar a aplicação de determinada norma utilizando-se de critérios razoáveis em uma justificação de segunda ordem não significa declarar a invalidade formal da norma, mas tão somente decidir se a norma é ou não aplicável ao caso em concreto. As normas, apesar de, em tese, universalizáveis, não trazem muitas vezes as exceções à sua aplicação, hipóteses estas que devem ser declaradas pelo aplicador do direito (Pires, 2020, p. 54-55).

Assim, na concepção de MacCormick, a validade das leis no momento de sua aplicação depende sempre de uma justificação suficiente e adequada. Assim, as leis enquanto instituições sociais são construídas e refinadas por práticas argumentativas, não se cogitando sua existência plena e holística tão somente a partir de seu significado literal ou linguístico (Pires, 2020, p. 57). Nesse sentido, o jusfilósofo tece algumas reflexões acerca da validade normativa e de como esse conceito se relaciona à justificação argumentativa das decisões judiciais, de modo que a própria validade de uma norma depende de sua justificação para atuar como premissa silogística maior em um determinado caso.

A validade normativa, assim, decorre do atendimento a condições pré-determinadas de governabilidade e exercício do poder, sendo condição necessária ao caráter vinculante das normas (MacCormick, 2007a, p. 161). MacCormick defende que, na prática jurídica, a validade normativa é pressuposta em

observância à boa-fé, apenas vindo a ser afastada mediante impugnação e prova de vício material ou formal, o que garante segurança jurídica, assim como a proteção de valores essenciais do ordenamento (MacCormick, 2007a, p. 162). Desse modo, pode-se concluir que a validade normativa para MacCormick decorre da facticidade social da norma, que decorreu da institucionalização de um senso de dever previamente existente e a partir dele pressupõe inicialmente a validade da norma (Dwyer, 2008, p. 829).

Nesse contexto, MacCormick compreende que a validade normativa também está associada com a justiça ou a moralidade do conteúdo da norma. A existência de infindáveis controvérsias morais tornaria, não obstante, de extrema dificuldade a fixação de uma linha de validade pautada na estreiteza moral da norma, não sendo possível se fixar objetivamente o que seria uma norma justa é uma norma injusta (MacCormick, 2007a, p. 272). Assim, o jusfilósofo entende que a razoabilidade deve ser novamente empregada como vetor interpretativo, excluindo-se do âmbito de validade normativa todas as visões morais que não sejam vistas como minimamente razoáveis. Exemplo disso seriam ideologias que pregam a submissão de determinada categoria de pessoas a outra categoria de pessoas, como aquela decorrente de relações de gênero ou raça. Normas que amparassem esta submissão não poderiam ser consideradas direito por violar o critério mínimo de razoabilidade moral. Tratando-se a moralidade de uma prática discursiva e sendo de grande dificuldade estabelecer a linha de tolerância quanto à validade de leis injustas, MacCormick defende que a positivação de valores morais em estatutos legais e cartas de direito humanos é a forma mais segura e eficiente de se impedir o amparo jurídico a práticas imorais e irrazoáveis (MacCormick, 2007a, p. 273).

MacCormick sustenta que o raciocínio jurídico existe autonomamente em relação ao raciocínio moral, mas ambos apresentam relevantes analogias e similaridades entre si por se tratarem de duas formas de racionalidade prática (MacCormick, 2008a, p. 192). O autor acredita que a moralidade é um elemento de grande relevância na decisão judicial. Ao realizar um julgamento, o magistrado deve se atentar para as consequências universalizáveis de sua decisão, isto é, para a aplicabilidade do raciocínio empregado a todas as situações em que o mesmo

enunciado normativo se aplique. Trata-se da observância ao “imperativo categórico smithiano” (MacCormick, 2008a, p. 198). O imperativo categórico kantiano prescrevia que, para que uma ação fosse considerada ética, deveria ser possível sua projeção como uma lei universal da natureza. A essa máxima, MacCormick acrescenta a leitura de Adam Smith sobre os sentimentos humanos, compreendendo que estes sentimentos compõem a natureza comum da humanidade com a disposição de cada indivíduo buscar o próprio benefício e evitar o mal a si próprio. Assim, a medida de justiça no direito poderia ser mensurada em referência ao atendimento a esta natureza sentimental humana, sendo possível se falar, nesse sentido, na existência de um direito natural (MacCormick, 2008a, p. 200).

O conceito de direito natural defendido por MacCormick, não se confunde com um direito ideal e abstrato a ser espelhado pelo direito positivo (MacCormick, 2008a, p. 202). Ao contrário, a visão do jurista muito se aproxima da percepção humana sobre o direito natural, segundo a qual o direito natural é a expressão da evolução das sociedades humanas, criando instituições e regras de conduta com base nas circunstâncias enfrentadas por cada sociedade e em traços comuns do comportamento humano. Nesse contexto, defende o autor que seria razoável preservar as normas e instituições geradas naturalmente por essa evolução histórica, utilizando-se delas como guias para avaliação da justiça no direito atual (MacCormick, 1981, p. 99).

Em síntese, pode-se concluir que a moralidade, parametrizada pelas máximas do imperativo categórico smithiano, do direito natural socialmente construído e da razoabilidade, integra a discursividade jurídica e influi diretamente sobre a aferição de validade normativa, integrando o bojo axiológico da segunda ordem de justificação argumentativa e sendo, portanto, elemento constitutivo essencial do direito enquanto instituição discursivamente construída.

4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, TEORIA INSTITUCIONAL DO DIREITO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Os tópicos precedentes dedicaram-se a delinear as balizas de duas das mais importantes contribuições de Neil MacCormick para a compreensão do Direito e das variáveis que lhe acompanham no contexto de Estados constitucionais modernos.

Em um primeiro momento, evidenciamos como o autor concebe o direito enquanto ordem normativa institucional, traçando conexões indissociáveis entre práticas convencionais informais – como a simples formação de uma fila – e o surgimento e consolidação de instituições estatais em Estados democráticos.

Demonstrou-se, para tanto, que o denominador comum que permite a construção e sustentação de uma ordem normativa é justamente a legitimidade conferida às práticas sociais por seus próprios participantes, sejam elas informais ou institucionais. Afinal, da mesma forma que uma fila não atingiria seus objetivos sem a consciência, confiança e cooperação mútua de seus integrantes, as instituições estatais e mecanismos delas derivados – no âmbito de um Estado Democrático de Direito – apenas terão validade se aqueles que compõem determinado Estado reconhecerem o caráter normativo e cogente de tal ordem institucional.

Em um segundo momento, evidenciamos como o caráter argumentativo do direito pode (e deve) ser compatível com o Estado Democrático de Direito, já que é justamente a partir da sistematização das variáveis que envolvem o raciocínio jurídico, com o mapeamento dos argumentos interpretativos e suas consequências, que se pode garantir maior previsibilidade e segurança jurídica às decisões judiciais, satisfazendo – ou ao menos buscando satisfazer – as exigências do Estado de Direito.

Estabelecidas tais premissas, chega-se ao cerne da presente pesquisa, qual seja: delinear, a partir dos aportes teóricos acima sintetizados, quais seriam os parâmetros para um modelo de controle de constitucionalidade na visão de Neil MacCormick.

Como já sinalizamos anteriormente, o autor não adota uma tese explícita sobre controle de constitucionalidade, de modo que tangencia referido tópico esparsa e circunstancialmente. Ainda assim, é possível aplicar conceitos por ele trabalhados de forma geral aos elementos que, em contextos específicos,

circundam tal temática. Trouxemos ao final do primeiro tópico a ideia de Agências Institucionais, que são conceituadas por MacCormick enquanto mecanismos do Estado encarregados de funções essenciais para a manutenção de governo democrático (MacCormick, 2007a, p. 35). Mais à frente, demonstramos como as constituições desempenham um papel essencial e crucial para o estabelecimento e a institucionalização da ordem jurídica, já que são elas que estabelecem as agências institucionais e lhes atribuem seus respectivos poderes (MacCormick, 2007a, p. 49).

Partindo de tais premissas e transportando tais conceitos para o contexto da sociedade brasileira, não é difícil enxergar o Supremo Tribunal Federal enquanto Agência Institucional essencial à engrenagem do sistema normativo, sob a ótica do exercício da função jurisdicional.

É necessário relembrar que a Constituição Federal de 1988 abrange uma extensa variedade de matérias – econômicas, sociais, tributárias, eleitorais, dentre outros – de modo que o alargamento do campo constitucional torna constante a necessidade de discussões políticas e jurídicas da compatibilidade de outras normas e/ou decisões com o texto da constituição (Victor, 2015, p. 237).

Surge, portanto, a precípua função do Supremo Tribunal Federal enquanto agência (nas palavras de MacCormick) que atua enquanto fio condutor do diálogo institucional, já que por muitas vezes é dele o papel de dialogar com outros poderes (legislativo e executivo) e com a própria sociedade civil na tarefa de interpretar legislações e decisões judiciais à luz da Constituição. Não é demais relembrar que a própria Constituição atribui ao STF a função de “guardião” Constitucional (art. 102, *caput*), de modo que tal “guarda” é operacionalizada a partir do controle de constitucionalidade.

Ao exercer tal função, o Supremo Tribunal Federal se vê, em diversas ocasiões, com a tarefa de conciliar o ideal do Estado de Direito, que exige previsibilidade e segurança e o caráter argumentativo do direito, que, como vimos acima, é dotado de inúmeras variáveis e está suscetível a constantes alterações. A solução, neste contexto, como proposto por MacCormick, é o reconhecimento de

um freio fundamental que advém do próprio processo de argumentação jurídica (MacCormick, 2008b, p. 22).

Não obstante, MacCormick defende que o poder judiciário ocupa um papel político peculiar, devendo ser isolado das pressões eleitorais que atuam sobre o legislativo e o executivo. As influências políticas da decisão judicial apenas podem se manifestar argumentativamente e de forma aberta no campo decisório, garantindo-se a observância do Estado de Direito de modo que a atribuição da última palavra às cortes é garantia imparcial da ordem constitucional que sustenta todos os demais ramos de atuação política do Estado (MacCormick, 2007b, p. 207). As cortes, ao se absterem de participar da política partidária, ocupam um papel político particular essencial para o equilíbrio constitucional ainda que não estejam isentas de juízos ideológicos. Promovendo uma atuação isolada do jogo político-partidário, o poder judiciário contribuiria de modo especial para a busca do bem comum e a manutenção do Estado de Direito, contribuição que ocorre em distintos modelos de separação de poderes podendo adquirir distintos níveis de tolerância ao ativismo judicial a depender do desenho institucional adotado (MacCormick, 2007b, p. 210).

Nesse contexto, a avaliação da validade normativa ante o texto constitucional se reveste de um critério adicional de adjudicação vinculado à moralidade institucional proposta por cada constituição. Apoiando-se em Dworkin, MacCormick defende a existência de um plano ideal de moralidade pressuposto no arranjo constitucional, o qual representa uma série de direitos individuais de autodeterminação ante outros indivíduos e o Estado. Tal plano abstrato de moralidade é expresso parcialmente pela constituição em um determinado conjunto institucional que passa a representar uma moralidade institucional como relativização desta moralidade ideal em um cenário concreto e determinado de instituições políticas (MacCormick, 1983, p. 16). A moralidade institucional seria, portanto, o conjunto de princípios e doutrinas morais que se adequam a uma determinada instituição concreta com o menor sacrifício em relação ao plano ideal de moralidade constitucional (MacCormick, 1983, p. 22).

Assim, MacCormick defende a adequação do controle de constitucionalidade e da atuação política do judiciário, enquanto agência independente e vinculada à proteção do Estado de Direito, ao modelo de moralidade institucional por ele proposto. Novamente subjaz um intrincamento entre a moral e o direito, de modo que a avaliação da validade normativa depende da adequação da norma não apenas em relação a padrões mínimos de moralidade social, mas também de sua adequação a um padrão de moralidade institucional contingente e especificamente proposto por uma dada constituição. Portanto, a análise da constitucionalidade de determinada norma depende necessariamente de uma avaliação preliminar de seu conteúdo moral, seja em relação aos critérios mínimos de convivência ética entre indivíduos, seja em relação aos valores morais institucionais constitucionalmente previstos para determinadas instituições.

Outra feição relevante da atuação jurisdicional indicada por MacCormick diz respeito à necessidade de coerência normativa, isto é, à necessidade de que o conjunto de proposições normativas faça sentido como uma unidade coesa (MacCormick, 2005, p. 190). Tal coerência, em um sistema construído com regras diversas e múltiplas, depende da utilização de princípios enquanto como vetores de leitura que permitam uma compreensão holística do ordenamento. As normas fazem sentido em conjunto ao serem relacionadas entre si como a realização dos valores fundamentais cristalizados nos princípios que, por sua vez, apenas podem ser compreendidos como um conjunto na medida em que preconizam uma determinada forma de vida moralmente compreendida (MacCormick, 2005, p. 193). Dessa forma, a moralidade institucional bebe em uma determinada concepção de bem comum cuja compreensão é, em certa medida, pressuposta e decorrente de valores mínimos de uma moralidade geral que, como defende MacCormick, sustenta a própria viabilidade de qualquer nível de juridicidade.

Portanto, uma corte constitucional, ao adentrar questões políticas, não pode exercer arbitrariamente funções legislativas, mas deve permanecer argumentativamente no quadro normativo a ela posto e deve considerar como suas decisões passam a ser integradas ao sistema normativo como um todo (MacCormick, 2005, p. 109). A criação do direito pelos tribunais não se equipara a

um puro ato legislativo, mas decorre, nesse sentido, de um desenvolvimento do direito, isto é, de uma derivação argumentativa logicamente contingente, mas axiologicamente induzida a partir dos princípios e valores contidos nas normas já existentes (MacCormick, 2005, p. 203). Assim, avaliar a compatibilidade de determinada norma com o ordenamento vigente passa pela utilização de premissas do próprio direito submetidas a um influxo argumentativo que permitam aferir a possibilidade de integração da nova norma (Strätz, 2012, p. 184).

Para além dos critérios gerais de eticidade e coerência normativa, a avaliação de compatibilidade de uma norma com a constituição demanda, na visão de MacCormick, que a norma em questão atenda aos requisitos de universalidade e consistência. Este último se refere à não contradição de uma norma consigo própria e com as normas que lhe sustentam, podendo ser compreendida como a observância das possibilidades de significado do texto (Lopes; Benício, 2015, p. 50). Trata-se do critério mais intuitivamente associado à verificação de constitucionalidade mas que, na perspectiva de MacCormick, se torna apenas um dos critérios cujo preenchimento condiciona a validade normativa. A universalidade, por fim, diz respeito à possibilidade de aplicação geral de determinada regra. No mesmo sentido, a exceção à aplicação de uma regra deve apresentar caráter universalizante, baseada em contornos ou formas racionais gerais que permitam identificar as exceções pontuais em casos diversos, sob pena de se criar um direito de exceção (Bustamante, 2011, p. 121).

Portanto, a inconstitucionalidade normativa se torna um fenômeno complexo que não se restringe a uma simples verificação de contradição do conteúdo de determinada norma com o texto constitucional. Ao contrário, o reconhecimento de qualquer forma de inconstitucionalidade exige o exercício de justificações argumentativas atentas à eticidade, universalidade, racionalidade, coerência e consistência da norma sob análise.

Como apontam alguns estudos preliminares (Lopes; Benício, 2015, p. 56), tais padrões argumentativos não são observados, ao menos de forma clara, pelo Supremo Tribunal Federal, o que revela a dissonância entre a razão prática empregada pelo judiciário brasileiro e o modelo argumentativo de MacCormick

nesta seara. Não obstante, a proposta de MacCormick se mostra adequada e compatível com o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, podendo ser empregado como instrumento ou ferramenta para a resolução de casos difíceis envolvendo validade normativa.

5 CONCLUSÃO

A partir da pesquisa bibliográfica realizada, tornou-se possível compreender os elementos centrais da teoria de Neil MacCormick sobre a decisão judicial e a validade normativa. Em que pese a questão do controle de constitucionalidade careça de maior aprofundamento na obra do jurista, seus conceitos e estudos acerca da constituição, do direito enquanto fenômeno institucional e da argumentação decisória permitiram delinear um esboço sobre o papel e a posição do *judicial review* em sua proposta teórica, de modo a ser possível sua utilização em sistemas concretos de controle que busquem maior criteriosidade na avaliação da compatibilidade de normas em face da constituição.

Incorporando à análise da constitucionalidade ou da validade normativa elementos relacionados à moralidade, geral e institucional, e a critérios apriorísticos de racionalização sob inspiração kantiana, MacCormick fornece um modelo de controle de constitucionalidade multifacetado e complexo que exige maior esforço argumentativo por parte dos magistrados e busca, direta ou indiretamente, aprimorar a qualidade das normas em vigência sob determinado contexto constitucional. Revela-se, assim, uma proposta teórica cujos efeitos são de difícil mensuração, mas que garantem maior solidez à racionalidade prática promovida pelas cortes constitucionais e pelo poder judiciário como um todo. Não obstante, a prática judiciária brasileira ainda se mostra distante da proposta teórica delineada, podendo ser aprimorada e complementada pela teoria argumentativa e institucional maccormickiana.

REFERÊNCIAS

BUSTAMANTE, Thomas. Conflitos Normativos e Decisões Contra Legem: Uma Nota sobre a Superabilidade das Regras Jurídicas. In **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Editora JusPODIVM, 2011, p. 120-121

DWYER, Déirdre. Beyond Kelsen and Hart? MacCormick's Institutions of Law. **The modern law review**, v.71, n.5, p. 823-839, set. 2008.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William S. Direito, Estado e Razão Prática: a teoria do direito de Neil MacCormick. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emilio Medauar (orgs). **Coleção Teoria Crítica do Direito: o positivismo jurídico no séc. XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LOPES, Ana Maria D'ávila; BENÍCIO, Márcio. Análise da decisão judicial sobre a "briga de galos" (ADIN nº 1.856/2011) a partir da teoria argumentativa de Neil MacCormick. **Revista brasileira de direito animal**, v.20, p. 37-58, dez. 2015.

MacCormick, Neil. Jurisprudence and the Constitution. **Current Legal Problem**, v.36, n.1, p. 13-30, jan. 1983.

MacCormick, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. 1ª ed. Nova York: Oxford University Press, 2007a.

MacCormick, Neil. Natural law reconsidered. **Oxford Journal of Legal Studies**, v.1, n.1, p. 99-109, mar./jun. 1981.

MacCormick, Neil. **Practical reason in law and morality**. 1ª ed. Nova York: Oxford University Press, 2008a.

MacCormick, Neil. Judicial Independence: who cares? **Proceedings of the British Academy**, Londres, v.151, p. 195-211, 2007b.

MacCormick, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008b.

MacCormick, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. 1ª ed. Nova York: Oxford University Press, 2005.

PIRES, Teresinha Inês Teles. A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: Dimensão normativa, raciocínio prático e justificação das decisões jurídicas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.15, n.2, p. 49-70, ago. 2020.

RUBINGER-BETTI, Gabriel; ROESLER, Claudia. As limitações e possibilidades dos critérios avaliativos propostos por Neil MacCormick para a argumentação jurídica.

Filosofia e teoria geral dos direitos fundamentais, Vitória, v.18, n.1, p. 133-164, jan./abr. 2017.

SILVA, Neimar Roberto de Sousa e. Direito e argumentação jurídica em Neil MacCormick. **Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença**, [S. l.], v. 10, n. 1, 2017.

SPAACK, Torben. Guidance and constraint: the action guiding capacity of Neil MacCormick's theory of legal reasoning. **Law and Philosophy**, v.26, n.4, p. 343-378, jul. 2007.

STRÄTZ, Murilo. O direito constitucional estadunidense na perspectiva retórica de Neil MacCormick. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n.19, p. 145-185, jan./jun. 2012.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional e controle de constitucionalidade**. Debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015.

**A DEFENSORIA PÚBLICA E A CONCEPÇÃO QUIXOTESCA DE JUSTIÇA: UM
DIÁLOGO ENTRE DIREITO E LITERATURA**

*THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE AND THE QUIXOTESQUE CONCEPTION OF
JUSTICE: A DIALOG BETWEEN LAW AND LITERATURE*

*LA DEFENSORÍA PÚBLICA Y LA CONCEPCIÓN QUIJOTESCA DE JUSTICIA: UN
DIÁLOGO ENTRE DERECHO Y LITERATURA*

**Lorenzo de Carpena Ferreira Corrêa de Barros¹
Enrico de Carpena Ferreira Corrêa de Barros²**

RESUMO

Este artigo propõe-se a um estudo de Direito e Literatura no seu viés representacional. Mediante metodologia analítica-dialética e assumindo os pressupostos do constructo teórico de Paul Ricoeur, suscita-se a seguinte indagação: a atividade jurídica da Defensoria Pública brasileira pode ser considerada “quixotesca” a partir dos conceitos apreensíveis do clássico literário de Miguel de Cervantes Saavedra? Por meio desse questionamento inicial, procura-se demonstrar que a forma como D. Quixote busca concretizar a justiça não pode ser considerada uma representação das funções e dos objetivos institucionais da Defensoria Pública: embora certos valores jurídicos inerentes à Defensoria Pública estejam representados nas ações e intenções de D. Quixote na diegese, a personagem cervantina ilustra problemas institucionais que a Defensoria Pública visa a corrigir.

Palavras-chave: Defensoria Pública; Dom Quixote; Justiça; Direito e Literatura.

ABSTRACT

This paper proposes a study of Law and Literature in its representational approach. Through analytical-dialectical methodology and admitting the assumptions of Paul Ricoeur's theoretical construct, the following question is proposed: can the legal activity of the Brazilian Public Defender's Office be considered "quixotesque" based on the concepts of Miguel de Cervantes Saavedra's literary classic? Through this

¹ Advogado; Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP); Mestre em Letras e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET/RS); Membro da Rede Brasileira Direito e Literatura (RDL). E-mail: lorenzocfbarros@yahoo.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0003-4904-942X>

² Advogado; Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). E-mail: enricocfbarros@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4019-2134>

initial questioning, we intend to demonstrate that the way in which Don Quixote seeks to achieve justice cannot be considered a representation of the functions and institutional objectives of the Public Defender's Office: although certain legal values inherent to the Public Defender's Office are represented in Don Quixote's actions and intentions in the diegesis, the Cervantine character illustrates institutional problems that the Public Defender's Office aims to correct.

Keywords: Public Defender's Office; Don Quixote; Justice; Law and Literature.

RESUMEN

Este artículo propone un estudio de Derecho y Literatura en su enfoque representacional. Bajo la metodología analítico-dialéctica y asumiendo los presupuestos del constructo teórico de Paul Ricoeur, planteamos la siguiente pregunta: ¿puede considerarse “quijotesca” la actividad jurídica de la Defensoría Pública brasileña a partir de los conceptos aprehensibles del clásico literario de Miguel de Cervantes Saavedra? A través de este cuestionamiento inicial, pretendemos demostrar que la forma en que Don Quijote busca hacer justicia no puede considerarse una representación de las funciones y objetivos institucionales de la Defensoría Pública: aunque ciertos valores jurídicos inherentes a la Defensoría Pública están representados en las acciones e intenciones de Don Quijote en la diégesis, el personaje cervantino ilustra problemas institucionales que la Defensoría Pública pretende corregir.

Palabras-clave: Defensoría Pública; Don Quijote; Justicia; Derecho y Literatura.

Data de submissão: 17/02/2024

Data de aceite: 11/11/2024

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo, propõe-se um estudo de Direito e Literatura (D&L), com o objetivo de se analisar possíveis correlações e diferenças entre os objetivos e funções constitucionais e institucionais da Defensoria Pública brasileira e as ações e intenções de D. Quixote³, a clássica personagem de Miguel de Cervantes Saavedra. Para tanto, parte-se da seguinte indagação: a atividade jurídica da Defensoria Pública brasileira, os seus objetivos e as suas funções institucionais

³ Quando nos referirmos à obra Dom Quixote como um todo (Cervantes Saavedra, 2015), utilizaremos itálico e estaremos falando indiscriminadamente dos dois volumes do romance: *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, publicado em 1605 (DQ I), e *El ingenioso caballero Don Quijote de la Mancha*, cuja primeira edição é de 1615 (DQ II). Quando nos referirmos à personagem Dom Quixote, manteremos a fonte padrão e, habitualmente, utilizaremos a abreviação “D. Quixote”.

podem ser considerados “quixotescos” a partir dos conceitos apreensíveis do clássico literário de Miguel de Cervantes Saavedra⁴?

Conforme será detalhado no capítulo seguinte, o presente estudo adota o viés representacional dos estudos de D&L proposto por Karam (2022), bem como utiliza a metodologia analítica-dialética, valendo-se dos pressupostos do constructo teórico de Ricoeur (1969, 1986, 2013, 2019).

Antecipa-se, ainda, que este artigo é dividido em três partes: no capítulo 2, é proposto um recorte semântico-metodológico preliminar para este estudo de D&L; no capítulo 3, é introduzida a magna obra cervantina e o episódio dos galeotes a partir de uma diferenciação entre a concepção inicial de justiça de D. Quixote – que aqui será chamada de justiça quixotesca – em contraste com a justiça em “Dom Quixote”; e, no capítulo 4, identificam-se os objetivos e as funções institucionais da Defensoria Pública nos âmbitos federal e estadual⁵, abordando possíveis correlações e diferenças entre as suas atribuições e as ações e intenções de D. Quixote.

Ao final, pretende-se demonstrar que a concepção de justiça quixotesca não pode ser considerada representativa dos objetivos e das funções institucionais da Defensoria Pública, porque a personagem cervantina ilustra injustiças e violações ao direito que, justamente, a Defensoria Pública visa a corrigir.

2 DIREITO E LITERATURA: UM RECORTE SEMÂNTICO-METODOLÓGICO

Quando se fala em Direito e Literatura, diversas concepções podem vir à mente em razão da confusão pragmática que perpassa esse campo de estudos interdisciplinares⁶, sobretudo por causa da usual classificação dos estudos jurídico-literários em: direito da literatura, direito como literatura e direito na literatura (Karam, 2017). Para superar essa conjuntura intrincada e essa tripartição pouco elucidativa, seguimos a conclusão de Karam (2022), a qual sustenta sejam utilizadas “designações que explicitem a natureza da relação que se estabelece entre o Direito e a Literatura”. A autora sugere as seguintes denominações às pesquisas de D&L: estudos de viés representacional ou de viés teórico⁷.

Neste artigo, seguimos o que Henriete Karam designa como estudo de viés representacional, tendo como objetivo analisar e comparar, dialeticamente, as intenções e ações de D. Quixote na diegese cervantina às atribuições institucionais da Defensoria Pública no contexto jurídico brasileiro, a fim de identificar se, em alguma medida, os ideais de justiça do protagonista de Quixote representam as funções constitucionais dessa instituição.

⁴ Desconsideramos, portanto, outras possíveis definições de “quixotesco”.

⁵ Delimita-se a análise, com maior aprofundamento, à Defensoria Pública da União (DPU), no âmbito federal, e à Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (DPE-RS), no âmbito estadual.

⁶ Sobre o desenvolvimento dos estudos de D&L no Brasil, ver Trindade e Bernsts (2017).

⁷ Nos estudos de *viés teórico*, pressupõe-se que o direito é um fenômeno linguístico, discursivo, narrativo e ficcional, de modo que haveria possibilidade de aplicação, no campo do direito, de conceitos basilares da teoria literária e da semiótica (Karam, 2022, p. 6). Por sua vez, no estudo de *viés representacional*, articula-se: “o direito e os fenômenos jurídicos do mundo empírico com a representação deles oferecida pelo texto literário e que se apoiam, portanto, na concepção de que a obra de arte é uma *mimesis* da realidade” (Karam, 2022, p. 5).

Para tanto, assumimos o modelo hermenêutico de Ricoeur (1986, 2013, 2019) e pressupomos a autonomia semântica do romance. Nessa perspectiva, a obra literária não representa as intenções específicas de Miguel de Cervantes Saavedra, nem mesmo as possibilidades da conjuntura da sua produção, senão “a possibilidade de ser indicada pelo texto” (Ricoeur, 1969, p. 91). Ao analisarmos a obra por meio da sua própria estrutura e ao (re)interpretarmos o Quixote no contexto atual, podemos, segundo Ricoeur, refletir sobre o nosso ser-no-mundo e as nossas possibilidades – dentre as quais, o ser e as possibilidades da Defensoria Pública.

Finalmente, ainda nestes apontamentos preliminares, é importante destacar os problemas de ordem semântica envolvendo o termo direito, visto que essa palavra possui ao menos dois sentidos nas línguas românicas. Por um lado, remete a jus, enquanto aquilo que é consagrado pela justiça, em termos de virtude moral. Por outro lado, significa *derectum*: a retidão da balança por meio do ato da Justiça, entendida como aparelho judicial (Ferraz Jr., 2023, p. 13).

Em vista disso, direito (*lato sensu*) será tratado no presente estudo como sinônimo de fenômeno jurídico, isto é, dirá respeito a todos os fatos atinentes às instituições jurídicas (*derectum*) ou à justiça (*ius*). Assim, adiante, direito deve ser entendido em sentido amplo, enquanto um fenômeno humano que é representado em Dom Quixote. O direito posto, por sua vez, é definido como o conjunto de normas válidas em determinado território em determinado tempo (Carvalho, 2019), tendo, para os presentes fins, uma natureza notadamente institucional e normativa.

Sobre a palavra justiça Bittar (2019, p. 594) observa que se trata de um termo difícil de conceituar mesmo que encontre “paralelo em quase todas as culturas, revelando com isso, sua onipresença como valor na vida dos povos, das culturas e das tradições”. De todo modo, ao menos em termos existenciais do que se percebe da universalidade do fenômeno jurídico, “é de se reconhecer que a justiça confere ao direito um significado no sentido de razão de existir” (Ferraz Jr., 2023, p. 319). A justiça é, pois, o princípio que dá sentido a todo o universo jurídico (Ferraz Jr., 2023, p. 318-319), de modo que pode ser considerado (e aqui será considerado) o valor fundamental que mantém coeso o imaginário social do direito⁸.

3 A JUSTIÇA QUIXOTESCA E A AVENTURA DOS GALEOTES

Na aventura dos galeotes⁹, D. Quixote e Sancho Pança estão no seu estágio inicial de desenvolvimento¹⁰. Isso significa que D. Quixote ainda segue uma concepção jurídica idealista e transcendental, conforme identifica Castilla Urbano (2016) em *Justice and Law in Don Quixote*.

⁸ Seguindo a lição de Luis Alberto Warat, “é impossível falar do Direito sem referência à instituição imaginária da sociedade” (Warat, 1995, p. 119).

⁹ Narrada no Capítulo XXII de DQ I (Cervantes Saavedra, 2015, p. 199-210).

¹⁰ A respeito, é necessário ressaltar a natureza dialógica do gênero romance, conforme Bakhtin (2014), e como essa característica, ao lado na noção de cronotopo, permite que as personagens romanescas se desenvolvam ao longo das suas jornadas. Tais personagens sofrem transformações com o decurso temporal e com as interações sociais dialógicas do seu espaço. Nesse sentido, tem-se amplamente que Dom Quixote criou e popularizou o pleno desenvolvimento do herói moderno (Vieira, 2012, p. 73).

Ao longo da sua jornada, D. Quixote passará por outras duas fases: uma mais amadurecida, sobretudo ao longo do segundo tomo de Dom Quixote, quando assume uma dimensão mais mundana, pacífica e civil de realização da justiça; e uma versão definitiva, ao final do romance, quando revela uma versão plenamente conformada com as instituições jurídicas e sociais da época, pois percebe a importância dos atos do Estado, mormente ao redigir o seu testamento (Vieira, 2015, p. 156-159). Dessarte, é necessário distinguir a justiça em “Dom Quixote”, que diz respeito aos três estágios da obra, da justiça quixotesca, a qual propomos designar como a concepção inicial do que é justo para o protagonista.

Para ilustrar essa concepção jurídica-quixotesca, elegemos o episódio dos galeotes: um dos eventos mais marcantes de DQ I e o primeiro no qual há um embate explícito entre o protagonista da obra e o sistema jurídico vigente, ali representado pelos guardas reais e pelos galeotes, prisioneiros condenados pela Justiça a trabalhos forçados nas galés do rei¹¹ (Rodríguez, 2016, p. 637).

Nesse episódio, D. Quixote e seu fiel escudeiro avistam uma dúzia de homens acorrentados, conduzidos por quatro oficiais a serviço do rei. Apesar de Sancho afirmar que aquela diligência era juridicamente adequada, D. Quixote inquire os guardas e os galeotes acerca do que se passava ali, pois lhe pareceu que os conduzidos eram vítimas de uma grave injustiça. As respostas que obtém, todavia, não deixam dúvidas: os prisioneiros são quase todos criminosos cruéis e astutos. E, mesmo aqueles que não se revelaram perigosos, estavam ali em razão de uma condenação adequada à época representada¹².

Entretanto, compadecido com a situação indigna daqueles homens e com as penas às quais eles seriam submetidos nas galés, D. Quixote profere um discurso libertário e exige que os oficiais alforriem os condenados. Diante da resposta negativa, o protagonista investe contra os guardas. Após uma confusão generalizada, D. Quixote consegue realizar o seu plano.

Em seguida, o cavaleiro ordena que os galeotes peguem as suas correntes e partam para El Toboso, a fim de prestar pessoalmente homenagens à sua amada Dulcineia. Em função disso, há um desentendimento entre D. Quixote e os galeotes, porque os condenados pretendiam se ver livres daquelas correntes desde já.

D. Quixote, diante dessa “ingratidão”, enfurece-se. Os recém-libertos acabam se insurgindo contra o seu benfeitor, dirigem-lhe uma chuva de pedras e, em seguida, roubam alguns de seus pertences. Os galeotes fogem, deixando D. Quixote prostrado. Sancho, por sua vez, fica apavorado com a possibilidade de ele e seu amo serem capturados pela Santa Irmandade¹³ em razão daquele acontecimento.

¹¹ Importa elucidar que “galeotes” eram, à época de Cervantes, sujeitos condenados a trabalhos forçados nas galés do rei, isto é, em navios da guarda costeira que dependiam de propulsão humana. A pena dos galeotes era justamente remar nas galés, algo temido e desumano, tanto pela condição de vida na embarcação quanto pelo próprio trabalho extenuante. Na maioria das vezes, os condenados às galés morriam em poucos anos (Calvet Botella, 2006).

¹² Importa elucidar que “galeotes” eram, à época de Cervantes, sujeitos condenados a trabalhos forçados nas galés do rei, isto é, em navios da guarda costeira que dependiam de propulsão humana. A pena dos galeotes era justamente remar nas galés, algo temido e desumano, tanto pela condição de vida na embarcação quanto pelo próprio trabalho extenuante. Na maioria das vezes, os condenados às galés morriam em poucos anos (Calvet Botella, 2006).

Segundo Close (2005, p. 83), a aventura dos galeotes pode ser interpretada como uma brutal fábula moralizante que previne contra a loucura de quem cria uma serpente para depois se queixar quando é picado por ela. Todavia, o relato também pode ser lido como uma comovedora fábula do inevitável fracasso de soluções utópicas em um mundo mesquinho e maligno. Fato é que a ambiguidade carnavalesca¹⁴ e o multiperspectivismo¹⁵ não fazem mais do que viabilizar ambas as possibilidades de interpretação: D. Quixote pode ser considerado um herói-libertário, ou um louco-sonhador a depender se o leitor é um *soft* ou *hard reader*¹⁶. Para uma hermenêutica adequada da aventura dos galeotes à luz da estrutura carnavalesca e multiperspectiva da obra, é necessário verificar os elementos narrativos que corroboram com uma ou com outra leitura.

Inicialmente, é importante atentar que o capítulo dos galeotes tem como subtítulo “da liberdade que deu D. Quixote a muitos desditosos que mau grado seu eram levados aonde prefeririam não ir” (grifo nosso). Sendo assim, a questão da liberdade é central ao evento: isso é indicado logo no título do capítulo analisado e será confirmado ao longo dele. Podemos desde logo destacar que esse é o valor axiológico da ação quixotesca e da sua concepção de justiça¹⁷.

A cavalaria andante, na perspectiva de D. Quixote, possui uma pluralidade de valores, mas todos eles parecem, de fato, derivar da liberdade e direcionar-se a ela. A liberdade é, assim, o télos das empreitadas de D. Quixote, algo que a própria personagem confirma ao vincular expressamente a sua finalidade enquanto cavaleiro andante à promoção da liberdade (Cervantes Saavedra, 2015, p. 207). Isso é, D. Quixote confere uma importância axiológica e exclusiva a um princípio: a liberdade. A própria justiça revela-se instrumental, portanto, pois apenas realiza a liberdade e, diante da recusa por parte dos oficiais de libertar os galeotes, D. Quixote age: investe contra os guardas reais para concretizar o seu ideal.

¹³ Assim é apresentada a Santa Irmandade por Sérgio Molina em nota à sua tradução: “corpo armado regularizado pelos Reis Católicos em 1476. Tinha jurisdição policial e condenatória, sem direito a apelação, sobre os delitos cometidos em zonas despovoadas” (Cervantes Saavedra, 2016, p. 149). Na diegese, a Santa Irmandade deve ser entendida como a representação de uma instituição policial e jurisdicional legítima da época.

¹⁴ Mikhail Bakhtin identifica que esse é um dos romances mais carnavalescos da literatura universal e que não se pode ignorar a inerente ambivalência das obras carnavalescas (Bakhtin, 1987, p. 18-40; 2018, p. 181-206).

¹⁵ O perspectivismo ou multiperspectivismo típico em Dom Quixote significa que “o observado depende do ponto de vista do observador” (Souza, 2021, p. 23) e que ninguém detém toda a verdade, a qual é composta por várias perspectivas (Echevarría, 2015, p. 261). Todavia, esse fundamento da obra não implica relativismo, pois, na poética de Cervantes, a perspectiva e a verdade não se contradizem: “A limitação da perspectiva não deforma o conhecimento da realidade. Pelo contrário, constitui condição de possibilidade do saber acerca do real. A verdade do ser do homem e do mundo somente se revela em perspectiva” (Souza, 2021, p. 29).

¹⁶ Referimo-nos à classificação de Mandel (1958). Os *soft readers* seriam aqueles que propõem uma leitura romântica da obra, isto é, uma leitura simbolista e idealizada, enquanto os *hard readers* propõem uma leitura burlesca, impiedosa e satírica dos insucessos quixotescos (Vieira, 2015, p. 69). Consideramos que essas interpretações, sozinhas, apenas revelam determinados aspectos de Quixote, o qual é “sério-cômico”, segundo Bakhtin (1987, 2018).

¹⁷ Rodríguez (2016) identifica dois princípios fundamentais que orientam as concepções e as ações de D. Quixote: a justiça e a liberdade. De forma similar, Calvet Botella (2006) aponta que a aventura dos galeotes é um hino à liberdade absoluta e uma negação da justiça terrena.

Por conseguinte, o evento dos galeotes é importante não apenas para se entender a ideologia quixotesca no plano teórico-axiológico, mas também a sua ação: como proceder quando se testemunha um evento atentatório à liberdade? (Rodríguez, 2016, p. 636). O exemplo de D. Quixote com os galeotes é inequívoco: age-se prontamente, utilizando-se dos meios necessários – violentos ou não; contra os agentes do rei ou não –, para promover a liberdade.

O Cavaleiro da Triste Figura visa sempre à liberdade e, mesmo que tenha de cometer violências ou criar ainda mais problemas jurídicos para buscá-la, tais motivos não impedem a sua ação. Justamente por ter uma visão unilateral, pautada em um único bem, D. Quixote fundamenta a sua ação apenas direcionando-se a ele. Para a concepção quixotesca, o tolhimento da liberdade é inadmissível: não importa que isso seja realizado em nome do rei ou que outros bens estejam em pauta. Apenas o próprio exercício da liberdade dos condenados poderia justificar uma situação como aquela experienciada pelos galeotes. Simplesmente porque não desejavam aquela punição, pouco importou, para D. Quixote, que as razões apresentadas pelos galeotes não tenham sido as mais convincentes para justificar os seus crimes reconhecidos por si e pelo sistema de Justiça.

Ao se comparar a ação do cavaleiro ao rol de ações condenáveis que ensejaram a punição dos galeotes (estupro, alcovitagem, roubo etc), pode parecer que a atitude de D. Quixote é totalmente desatinada. O cavaleiro, em prol da “liberdade”, seria conivente com condutas criminosas? Além disso, estaria o protagonista indo de encontro às instituições de justiça da época para libertar esses sujeitos? E, mesmo por um ponto de vista egoísta e pragmático, valeria a pena arriscar ser preso ou executado pela Santa Irmandade para libertá-los?

Para responder a tais perguntas que contestam frontalmente a ação quixotesca, não se pode olvidar o fato de que tanto os crimes considerados graves quanto os de menor potencial ofensivo poderiam significar penalidades severas por parte da administração judicial da monarquia espanhola. À época, as instituições de Justiça eram implacavelmente duras e, evidentemente, não eram pautadas pelo devido processo legal, pela isonomia e pela dignidade da pessoa humana. Se até mesmo hoje nos questionamos sobre a concretização desses princípios pelo direito, o que poderia ser dito sobre essa conjuntura representada na diegese?

Na Espanha do século XVI, era válida, por exemplo, a utilização de tortura, o que é ilustrado pelo segundo galeote inquirido por D. Quixote. Tanto a Santa Irmandade quanto a Santa Inquisição eram responsáveis por prender, inquirir, julgar e até mesmo executar os suspeitos, cada uma em sua zona de jurisdição¹⁸. A escravidão nas galés era uma pena banalizada, muito utilizada por essas instituições de “justiça” para obter mão de obra barata – não obstante fosse uma das tantas punições perversas à época, que incluíam amputações e açoites, por exemplo.

Nesse sentido, pode-se apontar os seguintes elementos que causam um sentimento de injustiça naquela conjuntura: (a) os condenados estão em situação degradante, com correntes de ferro nas mãos e nos pescoços; (b) um senhor idoso, doente e pouco perigoso está entre aqueles galeotes; (c) os escravos são levados

¹⁸A respeito das divisões de jurisdição entre as instituições espanholas da época, remetemos a Cervantes' Don Quixote de Echevarría (2015, p. 57).

para trabalhos forçados, em condições desumanas que provavelmente levarão à morte em poucos anos; (d) reiteradamente, refere-se a possibilidade de corrupção por parte dos agentes do governo; e (e) a pena de execução civil é possível, tanto pela prisão perpétua quanto pela imediata execução da Santa Irmandade.

Enfim, pode-se notar que são os problemas institucionais do Estado Espanhol e as duras punições aos galeotes que ensejam a ambivalência do relato: por mais que os homens presos devam ser penalizados e estejam sendo responsabilizados pela Justiça, pode-se dizer que a punição estatal é adequada e que está sendo realizada a justiça? Parece que não¹⁹, de modo que sobressai “o axioma de que nenhum homem tem o direito de infligir dor ou humilhação a outro ser humano” (Rodríguez, 2016, p. 652, tradução nossa).

A conduta quixotesca que, na primeira leitura, pode parecer totalmente desatinada – pois se dá liberdade àqueles que devem ser responsabilizados por seus atos criminosos –, sob outra perspectiva permite conclusão diversa. Não se pode ignorar que deveria ser respeitada a dignidade daqueles apenados, os quais estavam em condições degradantes e seriam levados à escravidão nas galés.

Embora os *hard readers* possam ver apenas comicidade no episódio dos galeotes²⁰, resta evidente que a questão não é tão unilateral assim²¹. Por detrás da aparente loucura quixotesca, há também motivos nobres na ação do protagonista. Um sistema de justiça não pode ser anti-isonômico, perverso e corrupto, sob pena de subverter a sua própria razão de ser: concretizar a justiça. É por isso que, ao contestar um status quo inadequado, D. Quixote indica a necessidade de mudanças no sistema de justiça no qual está inserido. Todavia, a interpretação diametralmente oposta propagada pelos *soft readers* pode conduzir a outro extremo: ao exaltar a conduta do cavaleiro como heroica, pode desconsiderar tanto os crimes contra a Coroa cometidos por D. Quixote quanto a necessidade de responsabilização dos infratores. Eis a ambivalência que perpassa o episódio.

Assim, verifica-se que “Cervantes não nos fornece julgamentos sobre o ato cometido por D. Quixote, seja ele favorável, seja contrário. Cabe ao leitor avaliar sua conduta com base em seus próprios critérios axiológicos” (Rodríguez, 2016, p. 659, tradução nossa). Entretanto, algo é certo: D. Quixote não age de acordo com as instituições de justiça do Estado Espanhol representadas na diegese. Na verdade, o protagonista vai de encontro a elas e, seguindo o valor de sua espada, realiza uma concepção de justiça quixotesca, que assim pode ser definida: uma justiça libertária, idealista e perspectivada, elaborada por um único indivíduo, cuja práxis volta-se para o cumprimento dos seus fins, independentemente das consequências.

¹⁹Importa ponderar que, mesmo considerando os limites históricos-temporais representados na obra, a punição poderia ocorrer de modo mais brando e equitativo, sendo isso que pode causar um sentimento ambíguo de injustiça no episódio dos galeotes. Afinal, não se pode ignorar que, à época cervantina, já era amplamente discutido, em Salamanca, as lições de Francisco de Vitoria, as quais, hoje, fundamentam a doutrina dos Direitos Humanos (Boeira, 2018, p. 61-69).

²⁰Caso de Close (2005, p. 97), por exemplo.

²¹Conforme assevera Rodríguez (2016, p. 655-656, tradução nossa): “reduzir o episódio dos galeotes a uma mera expressão dos desatinos cavaleirescos é empobrecer sua compreensão e significado. Essa leitura elimina, por exemplo, [...] a crítica dirigida ao grande aparato do Estado”.

4 A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA PODE SER CONSIDERADA QUIXOTESCA?

Saindo da diegese *en un lugar de La Mancha* e chegando ao Brasil, procederemos à análise da origem e do desenvolvimento da Defensoria Pública, tanto no âmbito federal quanto no âmbito estadual, com o intuito de identificar, dialeticamente, possíveis semelhanças e diferenças entre a concepção quixotesca de justiça e os objetivos e funções institucionais da Defensoria Pública.

A Defensoria Pública pode ser considerada uma instituição “jovem” de nosso país: originada na segunda metade do século XX, a sua atuação se intensificou nas décadas seguintes à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Isso porque o art. 5º, inciso LXXIV, da CRFB/88 definiu que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Para materializar esse direito individual e coletivo, foi criada e tem sido desenvolvida uma instituição permanente responsável por prover atendimento jurídico à população. Essa instituição – a Defensoria Pública – integra, junto ao Ministério Público e às Advocacias Pública e Privada, o complexo orgânico das “Funções Essenciais à Justiça” (Capítulo IV, Título IV da CRFB/88). E, para além do disposto no art. 5º da CRFB/88, a Emenda Constitucional nº 80/2014 modificou a redação original do art. 134, da CRFB/88²², definindo que incumbe a essa instituição, “como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa [...] dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita”.

No âmbito federal, coube à Lei Complementar (LC) nº 80/1994 organizar a Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal, prescrevendo normas gerais. A Defensoria Pública da União, responsável por atuar “junto às Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União” (art. 14), apenas foi implementada no ano de 1995.

Já no âmbito estadual, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul foi criada e regulamentada pela LC Estadual nº 9.230/1991, mas a sua efetiva instalação ocorreu apenas em 1994²³. A DPE-RS destaca-se por ter cobertura de atendimento em todas as comarcas do Estado²⁴, assim como ocorre em outros nove entes federativos: Acre, Alagoas, Amapá, Distrito Federal, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Rio de Janeiro, Rondônia, Roraima e Tocantins (Esteves et al., 2023, p. 35).

²²A redação original desse dispositivo, mais concisa, previa apenas que: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

²³Apesar de alguns Estados terem implementado suas Defensorias Públicas nas décadas de 1950 e 1970 – como é o caso do Rio de Janeiro (1954) e Minas Gerais (1976) –, outros Estados apenas criaram suas respectivas Defensorias Públicas na última década – especificamente, Goiás e Paraná (2011), Santa Catarina (2012) e Amapá (2019). A DPE-RS foi a 12ª a ser implementada, juntamente à DPE de Sergipe, em 1994 (Esteves et al., 2023, p. 29).

²⁴Trata-se de determinação prevista nos arts. 120 e 122 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e no art. 1º, § 1º, da LC do Estado do Rio Grande do Sul nº 14.130/2012.

Partindo da criação e do desenvolvimento da Defensoria Pública para a análise dos objetivos e funções institucionais da Defensoria Pública²⁵, propomos alguns recortes para os fins do presente artigo. Dentre eles, destacamos os objetivos da “primazia da dignidade da pessoa humana”, da “prevalência e efetividade dos direitos humanos” e da “garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório”. Da mesma forma, evidenciamos as seguintes funções institucionais da Defensoria: “exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus”; “atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais”; e “atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, [...] ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando [...] o atendimento interdisciplinar das vítimas”.

A fim de ilustrar de que forma esses objetivos e funções são materializados, referimos a atuação da Defensoria Pública no julgamento do Recurso Extraordinário nº 641.320/RS (Brasil, 2016b), representativo do Tema de Repercussão Geral nº 423 e que ensejou a edição da Súmula Vinculante nº 56²⁶ (Brasil, 2016c). Observa-se que tanto a DPE-RS quanto a DPU atuaram no referido caso, na qualidade de representante do Recorrido e de *amicus curiae*, respectivamente.

A atuação da Defensoria Pública nesses casos demonstra a materialização de seus objetivos relacionados à “primazia da dignidade da pessoa humana” e à “prevalência e efetividade dos direitos humanos”, bem como de suas funções de “exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus” e de atuar nos estabelecimentos penitenciários, “visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais”. Nessas condições, pode-se traçar possíveis semelhanças e diferenças entre os objetivos e funções institucionais da Defensoria Pública e a concepção quixotesca de justiça.

Conforme abordado no tópico anterior, a ambiguidade da justiça quixotesca revela-se na medida em que, em alguns casos ou sob certos aspectos, ela será adequada. Na libertação dos galeotes, pode-se apontar de positivo que D. Quixote se contrapõe à administração da justiça, representada, nesse caso, por uma instituição corrupta e que perpetra humilhações e castigos corporais. Problemas institucionais dessa natureza parecem intermináveis, o que pode ter sido percebido por D. Quixote (e, claro, por Cervantes) na virada do século XVI para o XVII.

²⁵Previstos nos arts. 3º e 4º da LC nº 80/1994 e, em grande medida, reproduzidos nos arts. 3º e 4º da LC do Estado do Rio Grande do Sul nº 14.130/2012.

²⁶A Súmula Vinculante nº 56 determina que: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”. Por sua vez, no Tema de Repercussão Geral nº 423 (RE 641.320/RS), o Supremo Tribunal Federal (STF) definiu as seguintes teses aplicáveis aos casos em que há déficit de vagas no regime prisional: (a) será determinada a saída antecipada de apenados que estiverem mais próximos de progredir de regime, gerando, assim, novas vagas; (b) o sentenciado que sai antecipadamente, ou que é posto em prisão domiciliar por falta de vagas, será mantido em liberdade eletronicamente monitorada, viabilizando-se o seu acesso ao trabalho e estudo; e (c) é lícito o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou de obrigação de frequentar educação formal regular, como alternativas ao regime aberto.

Esses problemas institucionais podem ser, em alguma medida, comparados com o chamado estado de coisas inconstitucional relacionado ao sistema carcerário brasileiro²⁷. Assim, pode-se traçar um paralelo entre a ação de D. Quixote para com os galeotes e a atuação da Defensoria Pública em defesa dos apenados, para fins de sua progressão de regime em razão da falta de estrutura nos presídios.

Enquanto, para alguns, pode parecer inconcebível a progressão de regime dos apenados em razão da falta de estrutura carcerária²⁸, essa é a realidade institucional (ou melhor, inconstitucional) no direito brasileiro. O estado de coisas inconstitucional que assola o nosso sistema carcerário viola direitos humanos básicos e pode levar a medidas extremas, tais como a flexibilização de regimes prisionais, não porque os apenados merecessem essa benesse, mas justamente em razão da falta de estrutura institucional no país.

Esse singelo (mas relevante) exemplo é apenas um dentre tantos indicativos de que há algo em comum entre a conjuntura de Cervantes e a nossa do século XXI: problemas institucionais graves e pessoas que estavam ou estão detidas, mas que, em razão de alguma violação de sua dignidade, puderam ou poderão ser soltas. Dessarte, por mais que um encarceramento seja juridicamente válido em determinado momento histórico²⁹, pode ser defensável a soltura do aprisionado em razão de um bem jurídico, isto é, de um elemento de justiça subjacente àquele caso que, se consagrado pelo direito posto, poderá fundamentar a progressão de regime.

O problema é que D. Quixote promove isso segundo a sua concepção pessoal (segundo a sua perspectiva cavaleiresca) e pelas suas próprias mãos (eventualmente de modo violento), e não de um modo jurídico ou político (institucional). Quanto ao ponto, engana-se quem considera que não havia medidas institucionais cabíveis à época de Cervantes. Mesmo que se tratasse de um sistema de justiça mais falho e violento do que hoje se verifica na Espanha ou

²⁷No dia 4 de outubro de 2024, o STF reconheceu a existência de estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, ao julgar a Medida Cautelar da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Na decisão, a Corte decidiu que: (a) se determinarem ou mantiverem indivíduos em prisão provisória, juízes e tribunais devem motivar expressamente a razão pela qual não aplicaram medidas cautelares alternativas à privação de liberdade; (b) juízes e tribunais devem realizar, em até noventa dias, audiências de custódia, bem como viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; e (c) juízes e tribunais devem considerar o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal (Brasil, 2016a).

²⁸A respeito desse ponto, propomos uma reflexão: incorrem no mesmo equívoco de D. Quixote aqueles que rechaçam a atuação da Defensoria Pública na promoção da dignidade dos apenados. Ao ser visada a manutenção da penalização acima de tudo, tem-se uma visão unilateral de um fenômeno complexo, de modo que esses “penalistas radicais” também revelam uma concepção de justiça baseada em um único valor, assim como o faz o protagonista cervantino. Todavia, a visão unilateral desses indivíduos é baseada em valor diametralmente oposto ao de D. Quixote: enquanto o valor fundamental da justiça quixotesca é a promoção da liberdade, esses indivíduos críticos da Defensoria Pública defendem a responsabilização penal das pessoas condenadas independentemente das condições carcerárias degradantes. Destarte, tanto D. Quixote quanto os “penalistas radicais” ignoram a forma institucional e democrática de se realizar o direito e a justiça.

²⁹Assim como poderia ser defendido no Brasil, até 2016, a manutenção da prisão dos encarcerados que estavam em situação degradante, pois esse foi o ano da edição da Súmula Vinculante nº 56 por parte do Supremo Tribunal Federal.

mesmo no Brasil, havia mecanismos próprios para a concretização do que era tido como justo-político naquela conjuntura.

Em *Love and the Law in Cervantes*, Echevarría (2005) demonstra que o romance de Cervantes reflete os desdobramentos da elaboração de um sistema jurídico denso e sofisticado na Espanha do século XVI. Esse desenvolvimento das instituições espanholas ocorreu não só em razão do desenvolvimento da prensa (que facilitou a emissão e a disseminação de leis), mas também por causa do desenvolvimento de um Estado organizado nos moldes modernos³⁰, que depende de um aparato burocrático para administrar o seu território.

O discurso jurídico é, então, segundo Echevarría (2015), a base do Quixote. Trata-se de uma narrativa que, do início ao fim, lida com criminosos, como Ginés de Pasamonte e o próprio D. Quixote, o qual se torna um fugitivo da Santa Irmandade porque aplica um tipo de justiça antiquada e inadequada para a sua época³¹.

Para concretizar o seu plano de enfrentar a administração da justiça, o Cavaleiro da Triste Figura atribui a si a competência jurisdicional, não apenas anulando as condenações dos acusados, mas também “abalando as hierarquias e defendendo uma ordem baseada na misericórdia, na empatia e, certamente, no equilíbrio entre infrações e penalidades” (Rodríguez, 2016, p. 659, tradução nossa). Entretanto, se, por um lado, D. Quixote defende a dignidade daqueles galeotes; por outro, o protagonista despreza as determinações do rei (uma das principais instituições da época) e desconsidera o fato de que aqueles galeotes haviam cometido condutas criminosas que demandariam responsabilização.

Diante disso, sustentamos que D. Quixote pode ser visto como um justiceiro, mas não como um homem justo: ele percebe falhas no sistema jurídico, mas, para supostamente “corrigi-lo”, incorre em erros teleológicos (visa apenas a um bem, e não à totalidade de bens humanos) e institucionais (justo político). O cavaleiro, visando ao bem “liberdade”, faz algo devido à dignidade humana, pois põe fim àquela situação degradante dos galeotes; entretanto, ao mesmo tempo, perpetra um mal individual, ao desresponsabilizar os infratores, e institucional, pois vai de encontro às estruturas sociais válidas na qual está inserido.

A “justiça quixotesca”, portanto, ao atuar somente em prol da “liberdade” tal qual concebida pelo protagonista, viola diversos outros bens juridicamente relevantes, sobretudo o papel das estruturas políticas e jurídicas. Não é por outra razão que D. Quixote e Sancho tornam-se fugitivos das instituições de justiça na diegese³². Entretanto, em sentido oposto atua a Defensoria Pública: enquanto uma

³⁰Schmidt (2011, p. 9, tradução nossa) aponta que, “assim como Dom Quixote de la Mancha anuncia o nascimento do romance moderno, o surgimento da nação espanhola anuncia o nascimento do Estado-nação moderno. [...] Enquanto sede do primeiro império internacional moderno, a Espanha deu forma a muitas das instituições que definiram os Estados nacionais modernos”.

³¹Sobre as instituições da época, Echevarría (2015, p. 37, tradução nossa) aponta que: “A Espanha [dos séculos XVI e XVII] tinha um sistema de justiça criminal bem desenvolvido e completo. Todos os assuntos eram levados a ele; era uma sociedade litigiosa, quase tão litigiosa quanto os Estados Unidos são hoje em dia. Portanto, a maneira como D. Quixote intervém é totalmente anacrônica”.

³²Ao final de DQ I, o cavaleiro e o escudeiro são detidos pela Santa Irmandade. O fidalgo é enjaulado e levado pelos seus amigos (padre e barbeiro) de volta para casa, apenas sendo salvo da punição da hermandad porque o padre faz a sua defesa jurídica, alegando a inimizabilidade do fidalgo: “a defesa jurídica em razão de insanidade existia na lei da Espanha desde o século XIII” (Echevarría,

legítima e fundamental instituição jurídica que existe em razão do direito posto, ela efetivamente promove o direito e a justiça, sem incorrer nos mesmos erros institucionais e teleológicos do protagonista cervantino.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tem-se, portanto, que os objetivos e funções institucionais da Defensoria Pública têm algumas semelhanças com a atuação do protagonista cervantino. Essas aproximações referem-se, sobretudo, à defesa dos necessitados, bem como dos direitos humanos, da dignidade da pessoa humana e da reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura ou de qualquer outra forma de opressão ou violência. Contudo, essas semelhanças são apenas parciais, pois a forma de materializar esses princípios, valores, objetivos e funções, por parte de D. Quixote (de um lado) e da Defensoria Pública (de outro), difere-se profundamente.

Conforme abordado nos capítulos 3 e 4, falta à concepção de justiça quixotesca dois elementos fundamentais para que o protagonista cervantino possa ser considerado um homem justo, e não apenas um justiceiro: (a) a institucionalização da forma de materializar seus valores e (b) o desenvolvimento de uma visão principiológica mais ampla (e não apenas unilateral). Notadamente, a personagem promove a “justiça” segundo a sua concepção pessoal e unilateral (cavaleiresca, baseada somente em um ideal libertário) e pelas suas próprias mãos (eventualmente de modo violento), incorrendo em graves violações ao ordenamento jurídico vigente. Por outro lado, a atuação da Defensoria Pública em prol dos direitos humanos e do direito posto tem índole eminentemente institucional e é baseada em uma série de objetivos e funções juspolíticos, elencados na Constituição Federal e nos arts. 3º e 4º da LC nº 80/1994.

Nesse sentido, pode-se afirmar que D. Quixote confunde a sua fantasia (baseada em uma visão de mundo unilateral) com a concretização da justiça. Por outro lado, a Defensoria Pública promove o direito posto, como expressão e instrumento do regime democrático e de promoção dos direitos humanos, em favor dos mais necessitados.

REFERÊNCIAS

2015, p. 155, tradução nossa). No que diz respeito aos crimes cometidos por D. Quixote e seu fiel escudeiro, Roberto González Echevarría aponta que os protagonistas não eram perseguidos somente em razão do crime de libertação dos galeotes, mas também por ao menos outros três crimes: “D. Quixote e Sancho foram perseguidos pela Santa Irmandade com ordem de prisão para o cavaleiro por ter libertado os galeotes, como Sancho sempre temeu. Além disso, eles também haviam cometido outros crimes, como matar ovelhas, quebrar a perna de um homem e roubar bens dele e de seus companheiros” (Echevarría, 2015, p. 151, tradução nossa). Por isso, o autor cubano sustenta, com propriedade, que D. Quixote é um fugitivo da justiça, um fora da lei: “um fidalgo insano que se propôs a realizar fantasias cavaleirescas e, no processo, cometeu uma série de crimes” (Echevarría, 2015, p. 150, tradução nossa).

BAKHTIN, Mikhail. **A cultura popular na idade média e no renascimento: o contexto de François Rabelais**. Tradução: Yara Frateschi Vieira. São Paulo: Hucitec/Editora Universidade de Brasília, 1987.

BAKHTIN, Mikhail. **Questões de literatura e de estética: a teoria do romance**. 7. ed. Tradução: Aurora Fornoni Bernardini *et al.* São Paulo: Hucitec, 2014.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BOEIRA, Marcus Paulo Rycembel. **A Escola de Salamanca e a fundação constitucional do Brasil**. São Leopoldo: Unisinos, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 mai. 2016a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 11 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário nº 641.320/RS**. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 set. 2016b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em: 11 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Súmula Vinculante nº 56**. “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2016c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=3352>. Acesso em: 11 jan. 2024.

CALVET BOTELLA, Julio. Don Quijote y la justicia o la justicia en Don Quijote. **Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes**, Alicante, 2006. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/don-quijote-y-la-justicia-o-la-justicia-en-don-quijote-conferencia-0/>. Acesso em 28 jan. 2024.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019.

CASTILLA URBANO, Francisco. Justice and Law in Don Quixote. **Spanish yearbook of international law**, n. 20, 2016, p. 13-22. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/312565992_JUSTICE_AND_LAW_IN_DON_QUIXOTE. Acesso em: 12 jan. 2024.

CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. **Don Quijote de La Mancha**. 2. ed. Barcelona: Penguin Random House, 2015.

CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. **O engenhoso fidalgo Dom Quixote de La Mancha**. 7. ed. Edição bilíngue. Tradução: Sérgio Molina. São Paulo: Editora 34, 2016.

CLOSE, Anthony. La comicidad del primer "Quijote" y la aventura de los galeotes ("Don Quijote" I, 22). **Boletín de la Biblioteca de Menéndez Pelayo**, Santander, n. 81, p. 81-105, 2005. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/la-comicidad-del-%20primer-quiote-y-la-%20aventura-de-los-galeotes-don-quiote-i-22-pp-81-105-1047144/>. Acesso em: 4 out. 2023.

ECHEVARRÍA, Roberto González. **Cervantes' Don Quixote**. New Haven: Yale University Press, 2015.

ECHEVARRÍA, Roberto González. **Love and the law in Cervantes**. New Haven: Yale University Press, 2005.

ESTEVES, Diogo *et al.* (coord.) **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2023**. 3. ed. Brasília: Defensoria Pública da União, 2023. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/downloads/>. Acesso em: 16 fev. 2024.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 12. ed. Barueri: Atlas, 2023.

KARAM, Henriete. Direito e literatura em sua articulação teórica: contribuições de Umberto Eco à hermenêutica jurídica. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 17, n. 3, p. 2-30, 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/%20revistadireito/%20article/view/71424>. Acesso em: 6 set. 2023.

KARAM, Henriete. Questões teóricas e metodológicas do direito na literatura: um percurso analítico-interpretativo a partir do conto 'Suje-se gordo!', de Machado de Assis. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 827-865, 2017. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/73327>. Acesso em: 6 set. 2023.

MANDEL, Oscar. The function of the norm in "Don Quixote". **Modern Philology**, Chicago, v. 55, n. 3, p. 154-163, 1958. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/389211>. Acesso em: 10 jan. 2024.

RICOEUR, Paul. **Du texte a l'action: essais d'herméneutique II**. Paris: Seuil, 1986.

RICOEUR, Paul. **Hermenêutica e ideologias**. 3. ed. Tradução: Hilton Japiassu. Petrópolis: Vozes, 2013.

RICOEUR, Paul. **O conflito das interpretações: ensaios de hermenêutica**. Tradução: M. F. Sá Correia. Porto: RES, 1969.

RICOEUR, Paul. **Teoria da interpretação**: o discurso e o excesso de significação. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2019.

RODRIGUEZ, John Lionel O'Kuinghttons. Don Quijote y la liberación de condenados: implicaciones ideológicas en el episodio de los galeotes. **Boletín de la Real Academia Española**, Madrid, v. 96, n. 314, p. 635-660, 2016. Disponível em: <https://revistas.rae.es/brae/article/view/163>. Acesso em 25 set. 2023.

SCHMIDT, Rachel. **Forms of modernity**: Don Quixote and modern theories of the novel. Toronto: University of Toronto Press, 2011.

SOUZA, Ronaldes de Melo e. **Hermenêutica da existência em Cervantes e Dostoiévski**. Rio de Janeiro: 7Letras, 2021.

TRINDADE, André Karam; BERNSTIS, Luísa Giuliani. O estudo do "direito e literatura" no Brasil: surgimento, evolução e expansão. **Anamorphosis - Revista Internacional de Direito e Literatura**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 225-257, 2017. Disponível em: <https://periodicos.rdl.org.br/anamps/article/view/326/0>. Acesso em: 30 jun. 2023.

VIEIRA, Maria Augusta da Costa. **A narrativa engenhosa de Miguel de Cervantes**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo (EdUSP), 2012.

VIEIRA, Maria Augusta da Costa. **O dito pelo não dito**: paradoxos em Dom Quixote. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo (EdUSP), 2015.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

**A PREVISÃO DE COMPLEXIDADES SOCIOJURÍDICAS DA AMAZÔNIA NOS
CONCURSOS IMPLEMENTADOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA: UMA
FERRAMENTA DE PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA**

*PREDICTING SOCIO-LEGAL COMPLEXITIES IN THE AMAZON IN
COMPETITIONS IMPLEMENTED BY THE PUBLIC DEFENSE OFFICE: A TOOL
FOR PROMOTING ACCESS TO JUSTICE*

*PREDECIR LAS COMPLEJIDADES SOCIOJURÍDICAS EN LA AMAZONÍA EN
LOS CONCURSOS IMPLEMENTADOS POR LA DEFENSA PÚBLICA: UNA
HERRAMIENTA PARA PROMOVER EL ACCESO A LA JUSTICIA*

**Daniel Bettanin e Silva¹
Tatiane Guedes Pires²
Raimundo Pereira Pontes Filho³**

RESUMO

A efetivação do acesso à justiça enfrenta diversas barreiras no contexto da Amazônia brasileira. A Defensoria Pública, por constituir instituição responsável pela promoção dos direitos humanos e pela defesa dos necessitados, individual e coletivamente, deve pensar estratégias para transpô-las. No cenário amazônico, complexidades sociojurídicas da região ganham especial relevo em matéria de acesso à justiça. Nesse sentido, o estudo buscou responder se a cobrança de conteúdos atinentes a essas complexidades nos respectivos concursos organizados pelas defensorias públicas inseridas no contexto amazônico podem auxiliar na promoção do acesso à justiça. Para tanto, realizou-se revisão de literatura referente

¹Defensor Público do Estado do Amazonas. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Especialista em Direitos Humanos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6268737565516434>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-7037-1618>. E-mail: danielbettanin@gmail.com.

²Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4834534074147899>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-4778-5217>. E-mail: tati_tgp@hotmail.com.

³Doutor em Sociedade e Cultura na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Docente Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade Federal do Amazonas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5195892868453324>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9765-2053>. E-mail: pontesfilho555@yahoo.com.br.

às ondas renovatórias de acesso à justiça e às complexidades sociojurídicas da Amazônia, com destaque aos desafios da Era Digital na região, cotejando-se tais elementos com a missão institucional da Defensoria Pública. Utilizaram-se, nesse prisma, raciocínios indutivos, dedutivos e dialéticos, em uma pesquisa qualitativa. O estudo foi dividido em três partes: (i) análise das ondas renovatórias de acesso à justiça, no contexto da Era Digital e do interior da Amazônia brasileira; (ii) apanhado das complexidades sociojurídicas da Amazônia; e (iii) cotejo de tais elementos com a missão institucional da Defensoria Pública. Foi possível concluir que a previsão de conteúdos atinentes às complexidades sociojurídicas nos concursos públicos da instituição na região amazônica poderá auxiliar na promoção do acesso à justiça, ao selecionar defensoras e defensores públicos conscientes das peculiaridades, desafios e necessidades locais.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Defensoria Pública; Amazônia brasileira; Concurso público; Complexidades sociojurídicas.

ABSTRACT

Effective access to justice faces several barriers in the context of the Brazilian Amazon. The Public Defender's Office, as it is an institution responsible for promoting human rights and defending those in need, individually and collectively, must think of strategies to overcome them. In the Amazon scenario, the region's socio-legal complexities gain special importance in terms of access to justice. In this sense, the study sought to answer whether the collection of content related to these complexities in the respective competitions organized by public defender offices in the Amazonian context can help promote access to justice. To this end, a literature review was carried out regarding the renewal waves of access to justice and the socio-legal complexities of the Amazon, with emphasis on the challenges of the Digital Era in the region, comparing such elements with the institutional mission of the Public Defender's Office. In this perspective, inductive, deductive and dialectical reasoning was used in qualitative research. The study was divided into three parts: (i) analysis of the renewal waves of access to justice, in the context of the Digital Era and the interior of the Brazilian Amazon; (ii) overview of the socio-legal complexities of the Amazon; and (iii) comparison of such elements with the institutional mission of the Public Defender's Office. It was possible to conclude that the provision of content related to socio-legal complexities in the institution's public competitions in the Amazon region could help promote access to justice, by selecting public defenders aware of local peculiarities, challenges and needs.

Keywords: Access to justice; Public Defender's Office; Brazilian Amazon; Public tender; Sociolegal complexities.

RESUMEN

El acceso efectivo a la justicia enfrenta varias barreras en el contexto de la

Amazonia brasileira. A Defensoria Pública, como instituição encarregada de promover os direitos humanos e defender os necessitados, individual e coletivamente, deve pensar em estratégias para superá-los. No cenário amazônico, as complexidades sociojurídicas da região ganham especial importância em termos de acesso à justiça. Nesse sentido, o estudo buscou responder se a compilação de conteúdos relacionados com essas complexidades nos respectivos concursos organizados pelas defensorias públicas no contexto amazônico pode ajudar a promover o acesso à justiça. Para isso, realizou-se uma revisão da literatura sobre as ondas renovadoras do acesso à justiça e as complexidades sociojurídicas da Amazônia, com ênfase nos desafios da Era Digital na região, comparando tais elementos com a missão institucional da Defensoria Pública. Nessa perspectiva, na investigação qualitativa utilizou-se o raciocínio indutivo, dedutivo e dialético. O estudo dividiu-se em três partes: (i) análise das ondas renovadoras do acesso à justiça, no contexto da Era Digital e do interior da Amazônia brasileira; (ii) panorama das complexidades sociojurídicas da Amazônia; e (iii) comparação desses elementos com a missão institucional da Defensoria Pública. Concluiu-se que a provisão de conteúdos relacionados com as complexidades sociojurídicas nos concursos públicos da instituição na região amazônica poderia ajudar a promover o acesso à justiça, mediante a seleção de defensores públicos conscientes das particularidades, desafios e necessidades locais.

Palavras chave: Acesso à justiça; Defensoria Pública; Amazônia brasileira; Licitação pública; Complexidades sociojurídicas.

Data da submissão: 01/09/2024

Data de aceite: 26/11/2024

1 INTRODUÇÃO

O acesso à justiça constitui direito fundamental previsto na Constituição brasileira de 1988. Para a efetivação de tal direito, contudo, devem ser transpostas barreiras das mais diversas naturezas, sobretudo no contexto amazônico, em razão de suas complexidades sociojurídicas. As denominadas ondas renovatórias de acesso à justiça, nesse sentido, representam construção da doutrina que propõe diferentes enfoques para superá-las.

No Brasil, a instituição que protagoniza a efetivação do acesso à justiça – e que, portanto, deve dedicar especial atenção a tais ondas renovatórias – é a Defensoria Pública. À ela incumbe a promoção dos direitos humanos e a defesa de

direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, nas esferas judicial e extrajudicial – consoante dispõe o art. 134 da Constituição brasileira (Brasil, 1988). Por consequência, a instituição deve atuar em um constante (re)pensar estratégico para melhor efetivar o acesso à justiça e, assim, melhor cumprir o mandamento constitucional mencionado.

Considerando que a Defensoria Pública dispõe de autonomia funcional, administrativa e financeira, podendo organizar concursos públicos para provimento de seus membros e serviços auxiliares, questiona-se: no contexto da Amazônia brasileira, a previsão de conteúdos referentes às complexidades sociojurídicas da região nos concursos para provimento dos cargos de defensoras e defensores públicos poderá auxiliar na promoção do acesso à justiça?

Para responder o questionamento, realizou-se revisão de literatura referente às ondas renovatórias de acesso à justiça e às complexidades sociojurídicas da Amazônia, com destaque aos desafios locais e regionais e os atinentes ao advento da Era Digital, cotejando-se tais elementos com o regime jurídico e com a missão constitucional da Defensoria Pública. Utilizaram-se, nesse prisma, raciocínios indutivos, dedutivos e dialéticos, em uma pesquisa qualitativa, dedicada a analisar a complexidade e a profundidade dos dados e elementos colhidos (Gustin; Dias; Nicácio, 2020).

O estudo foi dividido em três partes essenciais: (i) análise das ondas renovatórias de acesso à justiça, no contexto da Era Digital e da realidade do interior da Amazônia brasileira; (ii) apanhado das complexidades sociojurídicas da Amazônia, que compõem realidade diferenciada para efetivação do acesso à justiça; e (iii) cotejo do regime jurídico e da missão institucional da Defensoria Pública nesse contexto.

2 ACESSO À JUSTIÇA: ONDAS RENOVATÓRIAS, ERA DIGITAL E NOVOS DESAFIOS NA REALIDADE DO INTERIOR DA AMAZÔNIA BRASILEIRA

O acesso à justiça constitui direito fundamental no ordenamento jurídico

brasileiro, consoante se extrai da leitura do art. 5º, XXXV da Constituição brasileira, dispositivo que consigna que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988).

Há quem sustente que o acesso à justiça deva ser considerado como o mais básico dos direitos humanos (Cappelletti; Garth, 1988), em razão de constituir meio pelo qual se assegura a realização de outros direitos. No entanto, são diversas as barreiras impostas à sua plena efetividade do no contexto brasileiro. Cappelletti e Garth (1988) analisam, então, movimentos que reputam necessários à transposição dos obstáculos ao pleno acesso à justiça, os quais denominam de ondas renovatórias de acesso à justiça.

A primeira onda renovatória de acesso à justiça é marcada pela gratuidade da assistência judiciária àqueles que se encontram em situação de hipossuficiência econômica. O Estado passa a oferecer, então, o denominado sistema *judicare*, no qual são patrocinados advogados a quem não tem condições econômicas de contratá-los (Cappelletti; Garth, 1988, p. 31-49).

Contudo, outros modelos jurídico-assistenciais podem ser adotados, tais como o *pro bono* e o *salaried staff model* (Esteves; Silva, 2018, p. 7). Segundo o modelo *pro bono*, a assistência jurídica aos necessitados seria prestada “por intermédio de advogados particulares, que atuam sem receber qualquer espécie de contraprestação pecuniária dos cofres públicos” (Esteves; Silva, 2018, p. 7).

O *salaried staff model*, a seu turno, prevê a remuneração fixa de profissionais por período de trabalho, “independentemente da carga de serviço ou de tarefas efetivamente cumpridas” (Esteves; Silva, 2018, p. 10). Seria o caso das defensorias públicas no sistema brasileiro. Isso não impede, contudo, que o modelo seja complementado com eventual nomeação pontual de advogados dativos, onde ainda não houver defensoria pública regularmente estruturada.⁴

A segunda onda renovatória de acesso à justiça, por sua vez, diz respeito ao enfrentamento de barreiras em matéria de interesses difusos e coletivos (Cappelletti; Garth, 1988, p. 49-50). Abre-se espaço a uma noção social ou coletiva

⁴A título de registro, pontua-se que há outros modelos jurídico-assistenciais, tais como o híbrido e o socialista, que, contudo, não serão objeto de aprofundamento no presente estudo.

do processo judicial, abandonando-se uma concepção meramente individualista. Direitos que, muitas vezes, não demonstram potencial para uma demanda individual, passam a encontrar espaço em demandas de natureza coletiva. No direito brasileiro, a ação civil pública pode ser destacada como instrumento processual apto à defesa de coletividades e direitos difusos.

A terceira onda renovatória, por sua vez, concerne a um novo enfoque de acesso à justiça. No ponto, Cappelletti e Garth (1988, p. 75-159) destacam outras formas de resolução dos conflitos que fogem à crença de protagonismo do processo judicial, tais como o juízo arbitral e a conciliação, a criação de tribunais específicos para *pequenas causas*, a valorização de profissionais *parajurídicos* e a simplificação do direito, dentre outras alternativas.

O estudo das ondas renovatórias de acesso à justiça seguiu sendo desenvolvido. Economides (1999) propôs, em seguimento, a denominada quarta onda renovatória, ao problematizar a ética profissional e o ensino jurídico. Nesse cenário, o autor destaca que “o acesso dos cidadãos brasileiros à carreira jurídica deveria ser olhado como uma importante dimensão, até mesmo uma precondição, para a questão do acesso dos cidadãos à justiça” (Economides, 1999, p. 73).

Por isso, é possível concluir, como já mencionado em estudo anterior (Bettanin e Silva, 2022, p. 147), que a educação em direitos humanos constitui foco da denominada quarta onda renovatória de acesso à justiça, uma vez que a “dimensão ética e política do direito está indissociavelmente conectada à formação jurídica em direitos humanos dos operadores do direito”. A formação em direitos humanos, como mencionado, deverá ser objeto de atenção inclusive no acesso do cidadão às carreiras jurídicas.

A quinta onda renovatória de acesso à justiça, por sua vez, corresponderia à internacionalização da proteção dos direitos humanos. Em síntese, um novo caminho seria aberto no acesso à justiça, “sendo viabilizada a defesa paraestatal do indivíduo, quando o sistema interno se revela inapto para assegurar a efetiva tutela de suas legítimas pretensões jurídicas” (Esteves; Silva, 2018, p. 46-47).

Deve-se consignar, por fim, que outras ondas renovatórias permanecem em desenvolvimento no estudo da matéria: uma sexta onda, referente às iniciativas

promissoras e novas tecnologias para aprimorar o acesso à justiça; uma sétima onda, referente à desigualdade de gênero e raça nos sistemas de justiça; uma oitava onda, de abordagem sociológica, referente às necessidades jurídicas não atendidas e acerca da sociologia da (in)justiça; uma nona onda, referente às dimensões culturais e de aprendizado, em uma perspectiva antropológica; uma décima onda, referente à educação jurídica; e, ainda, uma décima primeira onda, acerca dos esforços globais na promoção do acesso à justiça.⁵

No interior da Amazônia, o estudo do acesso à justiça ganha contornos específicos, considerando as complexidades sociojurídicas da região, bem como a partir do crescente avanço dos meios informatizados, decorrentes do advento da Era Digital. Os direitos à comunicação e à informação passam, agora, por *clicks*, que conectam pessoas de todas as regiões do globo terrestre, em uma denominada comunicação em rede (Castells, 2005).

A velocidade e a instantaneidade de informações apresentam potenciais não somente para informar, mas também para desinformar. Discursos de ódio, bolhas de opinião e as *fake news* constituem importantes desafios a serem superados no âmbito do espaço virtual, impactando, por consequência, a esfera do acesso à justiça.

O exercício da cidadania e a participação democrática passam a depender, nesse contexto, de políticas de difusão do acesso à internet e aos meios virtuais. A exclusão digital, portanto, constitui importante barreira a ser superada no cenário brasileiro, especialmente no interior da Amazônia brasileira, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁶, que apontam alto índice de exclusão digital no estado do Amazonas, por exemplo. Os denominados vulneráveis digitais ou cibernéticos passam a constituir grupo que necessita de novos esforços do Poder Público para a garantia de seu reconhecimento, inclusão e, por conseguinte, acesso à justiça.

⁵Conforme veiculado em: <https://globalaccesstojustice.com/thematic-overview/?lang=pt-br>. Acesso em: 31 ago. 2024.

⁶Conforme veiculado em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/34954-internet-ja-e-acessivel-em-90-0-dos-domicilios-do-pais-em-2021>. Acesso em: 31 ago. 2024.

A inclusão digital, contudo, deve-se ponderar, não pode ser entendida como a mera necessidade de se oferecer pontos de acesso à internet, mas também a partir da necessidade de que os usuários dominem as respectivas tecnologias, cientes acerca dos novos riscos e violações de direitos que surgem no novo cenário da Era Digital, conforme bem pontua Pinheiro (2013, p. 69-70).

Além disso, a realidade de vida das populações do estado do Amazonas experimenta privações e desafios, os quais somam-se ao contexto já mencionado referente à Era Digital. Conforme bem sintetiza Cezar Luiz Bandiera:

[...] muitas visões são possíveis nesse meio ambiente quente, úmido e insalubre; qualquer cenário pode ser concebido e imaginado, entretanto, em todos verifica-se que a vida do amazônida é de isolamento e privação, perdura num arrojado agir contra elementos e as vicissitudes impostas por um modelo civilizatório dissociado dos valores das populações locais, submetidas a forçado confronto com um modelo que não lhes pertence.

[...]

Essa realidade subsiste neste momento da história, no qual está em andamento a chamada Quarta Revolução Industrial, trazendo no seu bojo a exponencial aplicação da computação cognitiva e em nuvem, o uso da inteligência artificial nas atividades humanas, a fusão dos mundos digitais, biológico e informático.

[...]

Por conseguinte, o concreto isolamento das populações amazonenses, alheias ao desenvolvimento tecnológico; vivendo a essa altura num quadro de não efetivação dos seus direitos fundamentais, corolários da cidadania, e, ainda, muitas vezes desconhecendo os seus direitos, comprometidos pela falta de meios para conhecê-los e materializá-los, torna imperativa a concretização de elementos essenciais da cidadania, educação-prestação jurisdicional-inserção (Bandiera, 2021, p. 28-29).

Para se falar em maior efetividade do acesso à justiça no interior da Amazônia brasileira, destarte, deve-se reconhecer e desenvolver respostas não somente aos desafios enfrentados a partir do advento da Era Digital, mas, principalmente, conectar tais inovações e desafios às peculiaridades e complexidades sociojurídicas da região amazônica – as quais serão abordadas no tópico seguinte – e que deverão constituir pontos de especial atenção pela instituição da Defensoria Pública.

3 AS COMPLEXIDADES SOCIOJURÍDICAS DA AMAZÔNIA: UM CONTEXTO DIVERSIFICADO E ÚNICO PARA A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

O estudo do acesso à justiça na região amazônica exige o conhecimento acerca das peculiaridades e complexidades sociojurídicas da região. Antes de se olhar para os problemas já postos na contemporaneidade, contudo, propõe-se voltar olhares ao passado, visualizando o modo pelo qual o homem ocupou referida região.

Nesse sentido, Neves (1999-2000) problematiza o fato de que a Amazônia é, com frequência, colocada em um contexto periférico na história pré-colonial da América do Sul. Uma das consequências disso seria o desenvolvimento de uma equivocada compreensão da denominada *Cultura de Floresta Tropical*. O conceito seria mal compreendido ao não se levar em conta aspectos culturais importantes da região, tais como o cultivo de tubérculos, desenvolvimento de navegações ribeirinhas, uso de redes para dormir e descentralização política, por exemplo.

A perspectiva periférica mencionada também prejudicou as análises acerca da ocupação pré-colonial na Amazônia. A releitura de elementos arqueológicos descobertos aponta que a ocupação pré-colonial da região remonta até, pelo menos, a transição entre o Pleistoceno e o Holoceno (Neves, 1999-2000).

A diversidade presente na região, então, nasce a partir de comunidades multiétnicas e multilinguísticas muito antigas, que utilizaram-se de variados tipos de resistência para lidar com o avanço europeu (Neves, 1999-2000). Avanço este que, como é sabido, não buscou a compreensão da diversidade cultural existente. Pelo contrário, almejou a assimilação cultural, impondo-se os valores ocidentais aos povos da Amazônia.

Acerca do ponto, é de se ressaltar que, até recentemente, a Convenção n.º 107 da Organização Internacional do Trabalho (1957), consolidava paradigma integracionista e assimilacionista do que denominou o documento de *populações tribais e semitribais*. Segundo a normativa, tais populações estariam em um grau social e econômico menos avançado em relação à comunidade nacional.

A Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989) alterou referido paradigma, ao firmar o reconhecimento e o respeito à diversidade cultural dos povos indígenas e tribais, bem como ao consagrar o dever de consulta

prévia aos povos interessados quando da adoção de medidas legislativas ou administrativas que os afetem. Tal alteração é bem sintetizada por Wagner (2014, p. 247-263), que ressalta o objetivo da nova convenção em respeitar e reconhecer a diversidade cultural, o que foi festejado pelos povos indígenas.

Diversos outros instrumentos normativos propõem-se a proteger e promover os direitos dos povos indígenas, tais como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (Organização das Nações Unidas, 2008), no âmbito do sistema global de proteção dos direitos humanos, e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (Organização dos Estados Americanos, 2016), no âmbito do sistema regional de proteção dos direitos humanos. Ainda assim, são constantes os desafios enfrentados no campo da efetividade desses direitos.

Nesse cenário, relevante retomar-se o conceito de *logospirataria* (Pontes Filho, 2016). Em sentido estrito, corresponderia à violação das regras que protegem juridicamente os povos nativos e as populações tradicionais. Em sentido amplo, corresponderia a um processo desintegrador de culturas e destruidor de povos, ao saquear a natureza e os seus saberes.

As violações à biodiversidade e à diversidade cultural podem também ser exemplificadas com o crescente desmatamento e aniquilação da floresta amazônica em prol de interesses meramente mercadológicos e econômicos, no âmbito do que Habermas (2012a; 2012b) denominou de *sistema*, guiado pela lógica da razão instrumental e da busca de ganhos e êxitos específicos, distante do agir comunicativo voltado ao consenso, que poderia estabelecer diálogos cívico-democráticos voltados à composição de interesses e à proteção de direitos ambientais e coletivos.

As violações ao meio ambiente na região da Amazônia, contudo, não se cingem ao mero desmatamento – que, por si só, já caracteriza violação massiva de direitos humanos diversos, tais como o direito à vida, à diversidade e ao meio ambiente. Segundo levantamento realizado a pedido da Organização do Tratado de Cooperação da Amazônia (OTCA), haveria 4.114 pontos de mineração ilegal na

Amazônia⁷, o que implica graves consequências ao meio ambiente e às populações indígenas e ribeirinhas, as quais contaminam-se com o despejo de mercúrio na região.

Conforme assinala Basta (2023), também referenciando estudos de Vega *et. al.* (2018), por exemplo, 287 indígenas teriam sido avaliados com contaminação por mercúrio, em comunidades situadas na região do alto rio Mucajá. Referidas concentrações de mercúrio teriam sido encontradas nas amostras de cabelo de homens, mulheres, crianças, adultos e idosos, sem exceções, com média de concentração de 3,79µg/g, consoante estudo realizado no ano de 2022.

As questões ambientais entrelaçam-se, inclusive, com o tema da participação democrática dos povos tradicionais da Amazônia (tais como povos ribeirinhos e indígenas). O conflito envolvendo a exploração de potássio, por exemplo, choca-se com interesses dos povos indígenas. É o caso do povo Mura, em que “as causas do conflito em torno da mineração de potássio têm relação com a luta dos Mura por reconhecimento do direito de manterem-se em seus territórios e seu modo de vida” (Azevedo, 2019).

A cosmovisão diferenciada dos povos indígenas em relação ao território, nesse cenário, contrapõe-se à mera perseguição de lucro e de produtividade do sistema capitalista hegemônico ocidental. A proteção ao meio ambiente e aos povos tradicionais da Amazônia, por isso, oferece risco aos ativistas envolvidos, tais como jornalistas, operadores do direito e lideranças comunitárias. Com frequência são noticiados casos de assassinatos de pessoas envolvidas com a causa ambiental.

Segundo estudo realizado pelas organizações brasileiras de direitos humanos Terra de Direitos e Justiça Global, foram mapeados, no Brasil, 1.171 casos de violência contra defensoras e defensores de direitos humanos entre os anos de 2019 e 2022, sendo 169 assassinatos neste mesmo período. Na região Norte, o estado do Pará liderou a contagem, com 143 casos de violência e 19 assassinatos, seguido pelo estado do Amazonas, com 85 casos de violência e 19

⁷Conforme noticiado em: <https://www.wwf.org.br/?86661/Amazonia-possui-mais-de-4-mil-garimpos-ilegais-mostra-estudo-da-OTCA-com-WWF-Brasil>. Acesso em: 1 set. 2024.

assassinatos no mesmo período mencionado.⁸

Foram também colhidos relatos, acerca do ponto, nas audiências realizadas pela corte Interamericana de Direitos Humanos, realizada em Manaus, em maio de 2024.⁹ Reivindicou-se, na oportunidade, a ratificação do Acordo de Escazú (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2018) pelo Brasil. Referido tratado ambiental busca promover os direitos de acesso à informação, à participação e à justiça em matéria ambiental, prevendo também mecanismos específicos de proteção a defensores do meio ambiente.

Dentre as demais complexidades sociojurídicas da Amazônia, destaca-se também o denominado *racismo ambiental*, que traduz as diferentes formas de impacto que os conflitos e desafios ambientais provocam em alguns grupos específicos de indivíduos. Grupos vulneráveis, assim, passam a lutar contra a distribuição desigual de recursos naturais, bem como contra riscos ambientais observados nas áreas em que vivem (Santos *et al.*, 2016).

Comunidades ribeirinhas, por exemplo, sofrem de forma desigual com a anormalidade dos períodos de cheia e de seca dos rios. O desequilíbrio ambiental, ao afetar o ciclo natural de vazão dos rios, por vezes provocam inundações, ou mesmo severas estiagens, colocando em risco a sobrevivência de tais populações. Os povos indígenas, por sua vez, enfrentam constantes ameaças advindas do desmatamento, da crescente poluição do meio ambiente e de grandes obras de infraestrutura, por exemplo, que põem em xeque o equilíbrio de sua relação com o território ocupado.

Não bastasse isso, o acesso aos recursos hídricos também é palco de preocupações na região. A limitação do acesso à água potável constitui um problema estrutural brasileiro, com forte incidência na região amazônica. Segundo estudo de 2022 da Agência Senado, 35 milhões de pessoas viveriam, no Brasil, sem água tratada; 100 milhões de brasileiros, por sua vez, não teriam acesso à coleta de esgoto. O resultado de tal circunstância é incidência de inúmeras doenças

⁸Conforme noticiado em: <https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/Si%CC%81ntese-dos-dados-%28PT%29.pdf>. Acesso em: 1 set. 2024.

⁹Conforme noticiado em: <https://www.brasilefato.com.br/2024/05/30/indigenas-do-brasil-clamam-a-corte-interamericana-por-demarcacoes-de-territorios-e-cumprimento-de-direito-a-consulta-previa>. Acesso em: 1 set. 2024.

por contaminação.¹⁰

O Ministério da Saúde, nesse contexto, lançou o primeiro programa da Secretaria de Saúde Indígena (SESAI) em novembro de 2022, qual seja, o Programa Nacional de Acesso à Água Potável em Terras Indígenas - PNATI, por meio da publicação da Portaria GM/MS nº 3.958/2022 (Brasil, 2022). O programa teria como objetivo universalizar o acesso à água potável para as comunidades indígenas, que, como visto, estão marcadamente presentes no contexto amazônico. Segundo os dados do Ministério da Saúde (Brasil, 2014), dos 762 mil indígenas atendidos pela Secretaria Especial de Saúde Indígena do Ministério da Saúde (Sesai), somente 45% receberia água potável proveniente de tratamento adequado.

Inúmeros são os desafios – mencionados de forma não exaustiva – que compõem as complexidades sociojurídicas da Amazônia. Seria possível abordar, ainda, as implicações da Zona Franca de Manaus e a necessidade de fortalecimento de políticas públicas no desenvolvimento regional, bem como a necessidade de valorização e de proteção de patrimônios culturais locais, tais como o Festival do Boi de Parintins, dentre tantos outros exemplos.

O operador do direito inserido em tal contexto, portanto, deverá conhecer tais circunstâncias a fim de bem desempenhar seu papel junto ao sistema de justiça internacional, brasileiro, regional e local. A Defensoria Pública, nesse sentido, por consistir em instituição indispensável para levar o acesso à justiça aos necessitados, nos termos da Constituição brasileira, deverá voltar especial atenção aos pontos aqui mencionados, como forma de melhor promover o acesso à justiça.

4 DEFENSORIA PÚBLICA. REGIME JURÍDICO, MISSÃO INSTITUCIONAL E A FORMA DE PROVIMENTO DOS CARGOS PÚBLICOS.

A instituição da Defensoria Pública, no ordenamento jurídico brasileiro, não encontra vinculação aos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário. Segundo

¹⁰Conforme noticiado em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/03/estudo-aponta-que-falta-de-saneamento-prejudica-mais-de-130-milhoes-de-brasileiros>. Acesso em: 18 set. 2023.

Esteves e Silva (2018, p. 69), constitui uma instituição *extrapoder*, isto é, independente em relação aos demais poderes.

A Constituição brasileira, em seu Capítulo IV, reafirmou a autonomia da Defensoria Pública junto às Funções Essenciais à Justiça, que deverá atuar de modo ativo “na defesa da ordem jurídica democrática do país” (Esteves; Silva, 2018, p. 70). Incumbiu-se à Defensoria Pública, ainda, a missão de operar como instrumento do regime democrático, realizando orientações jurídicas, promovendo os direitos humanos e oferecendo a defesa de direitos individuais e coletivos aos necessitados, em todos os graus, nas esferas judicial e extrajudicial – art. 134. Para tanto, nos parágrafos 2º e 3º do dispositivo mencionado, assegurou-se autonomia funcional e administrativa à instituição, além de autonomia quanto à iniciativa de sua proposta orçamentária (Brasil, 1988).

A autonomia funcional pode ser compreendida como a liberdade oferecida ao exercício das funções institucionais, submetida apenas aos limites constitucionais, legais e de consciência de seus membros, distante de ingerências externas; a autonomia administrativa, a seu turno, permite à Defensoria Pública praticar atos próprios de gestão sem ingerência externa, tais como elaborar folhas de pagamento e organizar serviços auxiliares. A autonomia financeira, por fim, permite à instituição “delimitar, dentro de sua própria estrutura, os recursos necessários para atender as suas despesas” (Esteves; Silva, 2018, p. 78-79).

O parágrafo 4º do art. 134 estabeleceu também princípios institucionais que regem a Defensoria Pública: unidade, indivisibilidade e independência funcional. O princípio da unidade “indica que a Defensoria Pública deve ser vista como instituição única, compondo seus membros um mesmo todo unitário” (Esteves; Silva, 2018, p. 357). O princípio da indivisibilidade indicaria “a existência de uma Instituição incindível, não podendo ser desagregada ou fracionada”, com membros que podem “substituir uns aos outros indiferentemente” (Esteves; Silva, 2018, p. 360), em marcada fungibilidade. A independência funcional, por fim, diria respeito à autonomia de convicção no exercício das funções institucionais por seus membros (Esteves; Silva, 2018, p. 361).

Além de tais disposições, a Lei Complementar 80 de 1994 dispõe uma série de normas para a organização das Defensorias Públicas do país. Já em seu art. 3º-A, dispõe objetivos institucionais, tais como a “afirmação do Estado Democrático de Direito” e “a prevalência e efetividade dos direitos humanos” (Brasil, 1994).

O regime jurídico e as disposições normativas até aqui mencionadas tornam evidente a fundamental relevância da Defensoria Pública nas mais diversas ondas renovatórias de acesso à justiça: oferece auxílio jurídico de forma integral e gratuita aos necessitados; cumula atribuições de ofertar ações coletivas em prol dos interesses dos destinatários de seus serviços; propõe formas alternativas de solução dos conflitos, tais como a mediação e a conciliação, constituindo, inclusive, títulos executivos extrajudiciais os instrumentos de acordo referendados por defensor público; e propondo demandas junto aos sistemas global e interamericano de proteção dos direitos humanos, dentre tantos outros exemplos.

A Lei Complementar mencionada (Brasil, 1994), previu, inclusive, de modo expresso – art. 4º, III –, a função institucional de “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”. Tal missão institucional, denominada de *função dialógica em direitos humanos*, impõe o dever de, a partir de um viés comunicativo, dialógico e participativo, educar em direitos humanos, como verdadeira instituição *amicus educationis* (Bettanin e Silva, 2022), auxiliando diretamente na efetivação do acesso à justiça em suas diversas ondas renovatórias, especialmente no âmbito da quarta onda, referente à dimensão ética do direito e ao ensino jurídico, tal como proposto por Economides (1999).

No contexto delineado, a Defensoria Pública ocupa posição de destaque na efetivação do acesso à justiça no interior da Amazônia. Caberá à instituição envidar esforços para que esteja presente nas localidades mais longínquas e inacessíveis, de modo a garantir que o acesso à justiça supere as barreiras geográficas, econômicas e cibernéticas mencionadas anteriormente.

Nesse sentido, pode-se destacar atuação da Defensoria Pública do Estado do Amazonas na realização de mutirões voltados ao atendimento da população indígena, tais como já noticiado, exemplificativamente: na região do Alto Maura,

Terra Indígena Andirá-Marau, no município de Maués¹¹, na Aldeia Marmelos, localizada entre os municípios de Humaitá e Manicoré¹² e na tríplice fronteira em São Gabriel da Cachoeira¹³.

Menciona-se, ainda, a atuação especial da referida instituição para prestar auxílio à população atingida por cheias¹⁴, para fortalecer o papel educativo em direitos humanos¹⁵, além de diversos outros trabalhos de natureza itinerante prestados à grupos vulneráveis, tais como à população ribeirinha¹⁶, às pessoas em situação de cárcere¹⁷ e à população em situação de rua – neste último caso, culminando, inclusive, com o lançamento de *Política Estadual de Atenção às Pessoas em Situação de Rua e suas Interseccionalidades*¹⁸ – dentre tantos outros exemplos.

A instituição da Defensoria Pública, no contexto do interior da Amazônia brasileira deverá promover de modo crescente ações e serviços especialmente voltados às complexidades sociojurídicas da região. A organização dos concursos públicos pela instituição, portanto, poderá exigir tais conhecimentos dos respectivos candidatos e candidatas, também como forma de concretizar sua função dialógica em direitos humanos, em verdadeiro esforço pedagógico.

Nesse sentido, a Constituição brasileira consignou, em seu artigo 37, II, que a “investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e

¹¹Conforme noticiado em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2024/04/14/mutirao-oferece-servicos-gratuitos-para-populacao-indigena-no-interior-do-amazonas.ghtml>. Acesso em: 31 ago. 2024.

¹²Conforme noticiado em: <https://defensoria.am.def.br/2024/06/26/dpe-am-atende-indigenas-de-19-aldeias-durante-mutirao-itinerante-no-sul-do-amazonas/>. Acesso em: 31 ago. 2024.

¹³Conforme noticiado em: <https://defensoria.am.def.br/2023/06/14/defensoria-foirn-e-mais-10-instituicoes-realizam-mutirao-na-triplice-fronteira-em-sao-gabriel-da-cachoeira/>. Acesso em: 31 ago. 2024.

¹⁴Conforme noticiado em: <https://defensoria.am.def.br/2021/03/10/dpe-am-cria-grupo-de-trabalho-enchentes-para-prestar-assistencia-a-municipios-atingidos-pela-cheia/>. Acesso em: 31 ago. 2024.

¹⁵Conforme noticiado em: <https://defensoria.am.def.br/2021/10/22/polo-do-madeira-da-dpe-am-lanca-projeto-de-educacao-em-direitos-voltado-as-escolas-de-humaita/>. Acesso em: 31 ago. 2024.

¹⁶Conforme noticiado em: <https://defensoria.am.def.br/2023/08/07/defensoria-atende-moradores-e-comunidades-ribeirinhas-em-mutirao-itinerante-em-manauquiri/>. Acesso em: 31 ago. 2024.

¹⁷Conforme noticiado em: <https://defensoria.am.def.br/2022/12/14/defensoria-leva-projeto-esperancar-para-internos-da-unidade-prisional-de-maues/>. Acesso em: 31 ago. 2024.

¹⁸Conforme noticiado em: <https://defensoria.am.def.br/2023/06/09/em-atencao-as-pessoas-em-situacao-de-rua-defensoria-lanca-politica-estadual/>. Acesso em: 31 ago. 2024.

complexidade do cargo ou emprego” (Brasil, 1988). Em que pese o dispositivo mencionado não citar, expressamente, o princípio da igualdade, entende-se que este permeia toda a lógica aplicada na normativa referente aos concursos públicos. Para Ávila (2014, p. 192), a igualdade pode funcionar:

[...] como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).

Vale dizer, a normatividade da noção de igualdade pode se desdobrar em regra, princípio ou postulado (espécies do gênero norma). Em suas diversas acepções normativas, encontra especial relevância no âmbito dos concursos públicos: ao passo em que visa a propiciar condições justas de acesso ao serviço público aos candidatos, também deve-se considerar diferenças estruturais e significativas para não incorrer em violação à própria igualdade.

Um importante exemplo a ser mencionado, no ponto, é o estabelecimento da política de cotas. Referida política compõe um esforço na luta antirracista e no combate ao racismo estrutural (Almeida, 2019), além de consistir em forma de reparação histórica à discriminação racial no país. As ações afirmativas, portanto, constituem exemplo de concretização da igualdade, e não de sua violação.

A igualdade impõe, destarte, a exigência de conhecimentos específicos dos candidatos e candidatas em relação às peculiaridades sociojurídicas da respectiva localidade em que serão exercidos os cargos ou empregos públicos pretendidos. Isso porque a exigência de conteúdos uniformes, desassociados da respectiva realidade na qual serão aplicados, representaria violação à normatividade da igualdade anteriormente mencionada, além de potencializar os riscos de novos movimentos logospiratas na região, ao se desconsiderar as peculiaridades e culturas locais.

Desse modo, considerando a autonomia conferida à instituição da Defensoria Pública para reger a entrada de novos integrantes em seu quadro de membros, especial atenção deve ser voltada à organização dos concursos públicos, que

deverão exigir dos candidatos e candidatas conhecimentos mínimos acerca das complexidades sociojurídicas da Amazônia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetivação do acesso à justiça depende, no ordenamento jurídico brasileiro, da expansão e do fortalecimento da Defensoria Pública, responsável por promover os direitos humanos e auxiliar juridicamente os necessitados, individualmente ou coletivamente, seja dentro ou fora de processos judiciais. Isso decorre do modelo jurídico-assistencial adotado pelo constituinte, o denominado *salaried staff model*.

As diversas ondas renovatórias de acesso à justiça oferecem distintas alternativas para a atuação da Defensoria Pública. No contexto no interior da Amazônia brasileira, contudo, novos desafios são enfrentados a partir do advento da Era Digital, que passou a oferecer novas formas de exclusão à população vulnerável.

Falar em acesso à justiça, então, nesse contexto, exige entender e enfrentar as principais complexidades sociojurídicas da região. Foram tecidas considerações em relação à história pré-colonial da região e à diversidade cultural até hoje presente, bem como em relação às ocupações e normativas assimilacionistas e integracionistas, que buscaram homogeneizar culturas no denominado fenômeno da logospirataria. Além disso, foram analisadas questões ambientais, tais como desmatamento, mineração ilegal, racismo ambiental, dificuldade de acesso a recursos naturais e hídricos, bem como a necessidade de proteção e promoção da participação democrática dos povos tradicionais da Amazônia, como manifestação de cidadania e de reconhecimento.

Com base no cenário delineado, então, realizou-se cotejo com o regime jurídico e a missão institucional da Defensoria Pública. A partir do estudo realizado, foi possível concluir que a exigência de conteúdos específicos acerca das complexidades sociojurídicas da Amazônia, nos respectivos concursos a serem implementados pela Defensoria Pública na região, poderão significar prática pedagógica, auxiliando na conscientização e melhor capacitação dos futuros

membros que venham a exercer a função defensorial – os quais terão de demonstrar, minimamente, conhecimento sobre as peculiaridades da Amazônia. Por conseguinte, a medida passa a auxiliar na promoção do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sílvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AZEVEDO, Reinaldo Viana. **Território dos “Flutuantes”: resistência, terra indígena Mura e mineração de potássio em Autazes (Am)**. Tese (Doutorado em Sociedade e Cultura) – Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2019.

BANDIERA, Cezar Luiz. **Acesso à justiça no Amazonas: um estudo em 45 comarcas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

BETTANIN E SILVA, Daniel. **A Defensoria Pública no exercício da função dialógica em direitos humanos: uma instituição *amicus educationis***. Belo Horizonte: CEI, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm. Acesso em: 1 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Diretrizes para monitoramento da qualidade da água para consumo humano em aldeias indígenas – DMQAI**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2014. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_monitoramento_qualidade_gua_aldeias_indigenas.pdf. Acesso em: 17 de set. de 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Programa nacional de acesso à água potável em terras indígenas**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/sesai/deamb/pnati>. Acesso em: 18 set. 2023.

BASTA, Paulo Cesar. Garimpo de ouro na Amazônia: a origem da crise sanitária Yanomami. **Cadernos de Saúde Pública [online]**, v. 39, n. 12, 2023. DOI:

Disponível em: 10.1590/0102-311XPT111823.

<https://www.scielo.br/j/csp/a/JDwXXTYwsWLctRkBV4vghXR/?lang=pt>. Acesso em: 1 set. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). **A sociedade em rede: do conhecimento à ação política**. Belém: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). **Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe**.

Costa Rica: Escazú, 2018. Disponível em:

<https://hdl.handle.net/11362/69162>. Acesso em: 1 set. 2024.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia?. *In*: PANDOLFI, Dulce *et al.* (Orgs.). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo, 1: racionalidade da ação e racionalização social**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012a.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo, 2: sobre a crítica da razão funcionalista**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012b.

NEVES, Eduardo Góes. O velho e o novo na arqueologia amazônica. **Revista USP**, São Paulo, n. 44, p. 86-111, dez/fev, 1999-2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas**. Rio de Janeiro: Nações unidas, 2008.

Disponível em:

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 1 set. de 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração americana sobre os direitos dos povos indígenas**. Santo Domingo, Dominican Republic: Organização dos Estados Americanos, 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 1 set. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 107 da OIT, de 05 de junho de 1957**. Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. 1957. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20107).pdf). Acesso em: 1 set. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. 1989. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em: 1 set. 2024.

PONTES FILHO, Raimundo Pereira. **Logospirataria na Amazônia legal**. Universidade Federal do Amazonas, 2016.

SANTOS, Alessandro de Oliveira dos *et al.* Racismo ambiental e lutas por reconhecimento dos povos de floresta da Amazônia. **Global Journal of Community Psychology Practice**, v. 7, mar. 2016. DOI: 10.7728/0701201610. Disponível em: <https://www.gjcpc.org/en/article.php?issue=21&article=117>. Acesso em: 31 ago. 2024.

VEGA Claudia M. *et al.* Human mercury exposure in Yanomami indigenous villages from the Brazilian Amazon. **International Journal of Environmental Research and Public Health**, v. 15, n. 6, p. 1-13, 2018.

WAGNER, Daize Fernanda. Dez anos após a entrada em vigor da Convenção 169 da OIT no Brasil: um olhar sob a perspectiva da efetividade. *In*: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO; UFSC. (Org.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos II**. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 247-263.

PREVISIBILIDADE DECISIONAL E O SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO

DECISIONAL PREDICTABILITY AND THE BRAZILIAN SYSTEM OF PRECEDENTS

PREVISIBILIDAD DE DECISIONES Y EL SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEÑO

João Gabriel Guimarães de Almeida¹
Paulo Henrique Guilman Tanizawa²

RESUMO

O sistema jurídico brasileiro possui configuração histórica conforme ao *civil law*, forma onde a principal fonte de direito é a legislação escrita, da qual decorreriam segurança jurídica e previsibilidade. Com as transformações trazidas pelo constitucionalismo do direito e o uso de cláusulas gerais na legislação, a interpretação e o modo de direito se abriram, vez que não mais se baseiam os magistrados apenas na lei para decidirem, mas também se utilizam de princípios, costumes e outras decisões judiciais relacionadas para chegarem a uma conclusão decisória. Com isso, o sistema jurídico brasileiro, que não possuía regulação expressa quanto às decisões judiciais e seu uso como fonte de direito e eventual efeito vinculante, teve sua previsibilidade diminuída, gerando insegurança jurídica. Ponto desenvolvido pelo legislador para auxiliar na retomada de previsibilidade, é o sistema de precedentes previsto ao art. 927 do Código de Processo Civil. Diante de tal cenário, originou-se o presente trabalho, com o objetivo de analisar o instituto do precedente brasileiro como forma de combate à insegurança jurídica. Por meio de análise comparativa e uso do método dedutivo, foi possível concluir que inobstante não sejam tais precedentes conformes à realidade do *common law*, onde se originaram, o modelo brasileiro possui potencial para auxiliar na retomada da previsibilidade, vez que, por sua vinculação obrigatória advinda de suas teses, tem-se uma organização do uso de decisões judiciais como fontes de direito vinculantes em certas caracterizações, trazendo assim maior previsibilidade e, então, segurança jurídica ao sistema normativo brasileiro.

¹Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduado em Direito do Agronegócio no EBRADI. Advogado. E-mail: joalex@outlook.com.

²Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Especialização em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Mestrado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. E-mail: Paulo.tanizawa@pucpr.br

Palavras-chave: Decisão judicial; Fundamentação; Precedentes; Previsibilidade; Segurança jurídica.

ABSTRACT

The Brazilian legal system has a historical configuration in line with civil law, a form where the main source of law is written legislation, from which legal certainty and predictability would derive. With the transformations brought about by the constitutionalization of law and the use of general clauses in legislation, the interpretation and mode of law were opened up, since judges no longer base their decisions solely on the law, but also use principles, customs, and other related judicial decisions to reach a decisional conclusion. With this, the Brazilian legal system, which did not have express regulation regarding judicial decisions and their use as a source of law and possible binding effect, had its predictability diminished, generating legal uncertainty. A point developed by the legislator to assist in the recovery of predictability is the system of precedents provided for in article 927 of the Code of Civil Procedure. Given this scenario, the present work originated, with the objective of analyzing the institution of Brazilian precedent as a way to combat legal uncertainty. Through comparative analysis and the use of the deductive method, it was possible to conclude that although such precedents are not consistent with the reality of the common law, where they originated, the Brazilian model has the potential to assist in the recovery of predictability, since, due to its mandatory binding nature derived from its theses, there is an organization of the use of judicial decisions as binding sources of law in certain characterizations, thus bringing greater predictability and, therefore, legal certainty to the Brazilian normative system.

Keywords: Judicial decision; Justification; Legal certainty; Precedents; Predictability.

RESUMEN

El sistema jurídico brasileño tiene una configuración histórica conforme al civil law, modelo en el cual la principal fuente del derecho es la legislación escrita, de la cual se derivarían seguridad jurídica y previsibilidad. Con las transformaciones traídas por la constitucionalización del derecho y el uso de cláusulas generales en la legislación, la interpretación y el modo de hacer derecho se abrieron, ya que los magistrados ya no se basan únicamente en la ley para decidir, sino que también utilizan principios, costumbres y otras decisiones judiciales relacionadas para llegar a una conclusión decisoria. Con esto, el sistema jurídico brasileño, que no poseía regulación expresa en cuanto a las decisiones judiciales y su uso como fuente de derecho y eventual efecto vinculante, vio disminuida su previsibilidad, generando inseguridad jurídica. Un punto desarrollado por el legislador para auxiliar en la recuperación de la previsibilidad es el sistema de precedentes previsto en el artículo

927 del Código de Proceso Civil. Ante este escenario, se originó el presente trabajo, con el objetivo de analizar la institución del precedente brasileño como forma de combatir la inseguridad jurídica. Mediante análisis comparativo y el uso del método deductivo, fue posible concluir que, a pesar de que tales precedentes no sean conformes a la realidad del common law, donde se originaron, el modelo brasileño posee potencial para auxiliar en la recuperación de la previsibilidad, ya que, por su vinculación obligatoria derivada de sus tesis, se tiene una organización del uso de decisiones judiciales como fuentes de derecho vinculantes en ciertas caracterizaciones, trayendo así mayor previsibilidad y, por ende, seguridad jurídica al sistema normativo brasileño.

Palabras clave: Decisión judicial; Fundamentación; Precedentes; Previsibilidad; Seguridad jurídica.

Data de submissão: 13/02/2024

Data de aceite: 25/11/2024

1 INTRODUÇÃO

O direito brasileiro, orientado pelo regime do *civil law* (direito positivo, romano-germânico), possui como característica a grande quantidade de leis (de federais, apenas, tem-se mais de 34 mil), as quais servem tradicionalmente como fonte primária de direito (aplicação, reconhecimento, sancionamento) e desenvolvimento de normas jurídicas, em contrapartida a países de orientação anglo-saxônica, em que a quantidade de leis é significativamente menor, e a orientação/aplicação jurídica ocorre majoritariamente pela utilização de costumes e decisões judiciais anteriores (logo, precedentes).

Desenvolvendo-se em dependência à legislação, tem-se as decisões judiciais, normalmente referenciadas pela jurisprudência, que de modo genérico, se constitui no conjunto de decisões produzidas pelos tribunais pátrios e, pela sua matéria, expõe o entendimento de uma Corte, sendo usualmente elencada como fonte secundária do direito.

É observável no contexto brasileiro, porém, o aumento do uso das decisões judiciais (e, portanto, da jurisprudência), na prática e aplicação do direito, seja pelas partes, seja pelos órgãos julgadores, como fundamento de outras decisões. Ainda, referidas decisões, pela anterior inexistência de regulação expressa sobre a forma de sua utilização como fundamentação, acabam se contradizendo ou não sendo utilizadas da forma correta, gerando insegurança jurídica.

Como possível forma de organização do uso de referidas decisões como meio de fundamentação de decisões judiciais, existe a ideia de precedente, advinda do direito anglo-saxão, onde a fonte principal de direito é o entendimento jurisdicional anterior, expressado no julgamento de casos concretos (por exemplo, o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, onde a Suprema Corte Americana

reconheceu a inconstitucionalidade da divisão racial entre estudantes brancos e negros em escolas públicas) que se tornam parâmetro para decisões em casos análogos/semelhantes posteriores.

A ideia de precedente veio a ser recepcionada pelo Código de Processo Civil de 2015, mesmo que não da maneira prevista e utilizada junto ao citado direito consuetudinário.

Dessa situação, mostra-se a necessidade de avaliar como resolver essa situação de imprevisibilidade e conseqüente insegurança causadas pela não sistematização das decisões judiciais, e se talvez tal solução possa ocorrer por meio da utilização de um sistema de precedentes como o existente em ordenamentos de *common law*; nesse cenário, é importante avaliar, igualmente, se tal utilização se adequa aos objetivos e necessidades do sistema normativo brasileiro.

Surge então a necessidade de se avaliar e entender o papel da decisão judicial no sistema normativo brasileiro atual, visto a sua vinculatividade e função paradigmática, vez que como determinadoras de direitos particulares com potencial determinante dos da coletividade, tais produções do direito devem ser devidamente fundamentadas, mantendo o sistema jurídico organizado e coerente, para fins de se manter a justiça e ordenamento sociais, fins do direito.

A partir de tal situação e de tais questionamentos, originou-se o presente artigo, com o objetivo de demonstrar, através de análise comparativa e do método dedutivo, o papel que a decisão judicial tem tomado no sistema normativo brasileiro, especialmente quanto à sua utilização em forma de precedente, como fundamentação de decisões judiciais.

Primeiramente, serão estudados e expostos os dois grandes ramos do direito ocidental, quais sejam, *civil law* e *common law*, para compreensão quanto às diferentes formas de organização jurídica. A seguir, será discutido sobre a decisão judicial, sua formulação e fontes de fundamentação, para compreensão quanto ao papel da decisão judicial no ordenamento, e sua incorrência na previsibilidade jurídica, tanto no *civil law*, quanto no *common law*.

Finalmente, examinar-se-á o instituto do precedente judicial, tanto em sua origem no direito anglo-saxão, quanto no sistema brasileiro e seu precedente único, para análise de seus impactos na previsibilidade jurídica brasileira. Ao fim, conclui-se o artigo com considerações quanto ao papel transformador do precedente brasileiro, na promoção de previsibilidade ao ordenamento pátrio e sua jurisdição.

2 SISTEMAS DE DIREITO E A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Como é de conhecimento geral dos aplicadores de direito, existem dois grandes ramos de aplicação/orientação jurídica, quais sejam, direito romano/positivo e direito inglês/consuetudinário, ambos também conhecidos como *civil law* e *common law*, respectivamente.

O *civil law* se caracteriza pela primazia da fonte de direito advinda do processo legislativo, a(s) lei(s), colocando em regra as demais fontes de direito como secundárias. Pelo *common law*, o Direito se desenvolve a partir de usos e

costumes e, a partir deles, pela jurisdição, que consolida os primeiros. O direito, ao invés de ser coordenado por Leis escritas/secas, o faz por decisões baseadas em usos e costumes prévios – precedentes (Reale, 2002).

Ou seja, o *civil law*, por meio de sua jurisdição, busca a resolução de problemas por meio da razão fundada em conceitos gerais e abstratos, previstos na norma desenvolvida por meio do sistema legislativo, a Lei, e então aplicados aos casos concretos. O *common law*, a seu turno, busca a solução por meio do caso concreto, de uma situação determinada e particularizada anterior (não universal, como o sistema previamente citado), que serve de base e fundamento *precedente* à decisão presente (Mitidiero, 2015).

A despeito do sistema de direito existente em cada Estado, é certo que em ambos os sistemas (principais) a decisão judicial ocupa papel de destaque, por ser ela a caracterizadora de direitos em um caso concreto. O que altera sua configuração em cada sistema, porém, é a forma com que é fundamentada.

À primeira vista, teríamos a opção, em um sistema, de fundamentação em Leis (*civil law*) ou em Precedentes (*common law*). Tal visão, porém, é deveras simplista, vez que a fundamentação de uma decisão judicial vai muito além de mera referência a dispositivo legal e/ou decisão judicial anterior.

Ao tratar de decisão judicial dentro do contexto do direito romano, Kelsen (2009) ensina que os tribunais, ao aplicarem normas gerais, estabelecem normas individuais, onde se prescreve uma sanção, civil ou penal. O estabelecimento dessa norma individual pelo tribunal seria um estágio intermediário do processo de aplicação do Direito, o qual começaria, no sistema Kelsiano, “com a elaboração da Constituição e que, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção” (Kelsen, 2009, p. 263).

Observa-se assim que no *civil law* a forma principal de aplicação do direito, isto é, a forma com a qual se dá fundamento a uma decisão judicial, é por meio de um processo em que o “Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto)” (Kelsen, 2009, p. 263). Ocorre a utilização, portanto, do raciocínio dedutivo, que advém da tradição romano-germânica (Ferraz, 2017).

No *common law*, por outro lado, o raciocínio utilizado é o indutivo, vez que não existe lei prévia para se orientar no processo decisório do caso em concreto; ao contrário, a partir da observação do caso a ser decidido, o juiz segue para análise do *case law*, a sentença/decisão paradigma vinculante anterior, que pode ser utilizada como fundamento no caso concreto, pela análise das similaridades entre os casos (Spriggs; Hansford, 2001).

Logo, definidas as duas principais formas de raciocínio utilizada em cada sistema na argumentação fundamentadora das decisões judiciais, cabe entender, dentro do sistema brasileiro (em regra, de *civil law*), quais são as normas gerais e abstratas de onde o magistrado retira os conceitos e determinações a serem aplicados no caso concreto.

Trata-se de matéria de Fontes do direito. Norberto Bobbio, ao se posicionar quanto às citadas fontes, as define como fatos e (ressalte-se) *atos* dos quais o ordenamento jurídico depende para que possa produzir normas jurídicas; este

ordenamento mesmo, subsistente que é, cria formas de regular o modo como serão produzidas estas fontes (Bobbio, 2010).

Miguel Reale define fontes de direito como processos ou meios pelos quais se positivam as regras jurídicas, com necessária (e o mais importante, legítima) força obrigatória, em uma estrutura normativa (Reale, 2002). Tais fontes se originam/manifestam de diversas formas, quais sejam, o processo legislativo, usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional, e a produção acadêmica/doutrina, sendo que Reale ainda menciona/qualifica a fonte negocial/contratual, embora seja tal ponto controvertido na doutrina pátria.

Dito isto, quanto à jurisprudência, uma das fontes do direito citadas, tem-se como sendo o direito constituído/processado através do exercício da jurisdição (dos órgãos de julgamento), ou seja, por meio de decisões dos tribunais (Reale, 2002). Com isso, os tribunais criam a já mencionada norma particular, aplicando seu entendimento da lei, ao caso concreto.

Essas decisões, então, podem ser utilizadas como referência para a decisão de casos análogos, embora, no Brasil, a jurisprudência seja, em termos formais, uma fonte secundária, conforme previsão da Lei 4.657/42, Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro (Lindb), art. 4º e seguintes.

Definidas as principais formas de fundamentação dos sistemas de direito ocidentais, e expostas as principais fontes de direito a serem utilizadas em tal processo argumentativo, cabe ressaltar o porquê da importância dada à fundamentação per se.

Ao art. 93, IX da Constituição Federal brasileira, tem-se a previsão do princípio da motivação das decisões judiciais. Tal necessidade de motivação já foi vista como uma espécie de garantia das partes, objetivando possibilitar sua impugnação por meio de reforma. Na contemporaneidade, porém, esta necessidade de motivação salienta também uma função política, pela qual não só as partes litigantes (e o juiz) são afetados pelo decisum, como toda a comunidade o é, com fins de se aferir concretamente a imparcialidade do juiz e a legalidade das decisões (Bueno, 2020, v. 1).

Obviamente, o dever de fundamentar as decisões judiciais não significa que eventual incompletude de fundamentação ensejará na nulidade da decisão; são toleradas omissões eventuais de fundamentação, se relacionadas a pontos colaterais ou não essenciais do litígio principal. “O que não se tolera são as omissões no essencial, que violariam os princípios, fórmulas e regras de direito positivo atinentes à motivação da sentença”, (Dinamarco; Badaró; Lopes, 2020, p. 100).

Logo, a avaliação de motivação ou não da decisão, imprescindível, é algo a ser avaliado casuisticamente, reputando não motivada apenas a decisão que, por se omitir quanto a fatos ou direitos, acabe por gerar uma decisão diversa da que seria se não houvesse a citada omissão.

A preocupação com a fundamentação das decisões judiciais advém da ideia de organização e segurança do direito; com uma decisão fundamentada, o querelante (bem como a sociedade em geral) pode compreender o porquê de o magistrado decidir pelo conceder ou não dos pedidos por ele feitos; pode recorrer da decisão, caso considere que a fundamentação não se aplica ou está incorreta;

pode exercer um direito já garantido (no direito romano) na lei ou em princípios e valores orientadores da atividade jurídica (Medina, 2013).

No sistema jurídico de tradição conforme o *civil law*, os fundamentos da decisão expõem quais previsões legais estão sendo aplicadas no caso concreto, com a utilização de jurisprudência, princípios e eventualmente costumes (fontes secundárias de direito) como orientadores da interpretação que se deu ao dispositivo legal. É por meio dela que a previsibilidade existente por conta da determinação (previsão) legal se perfectibiliza.

Essa previsibilidade, de fato, caracterizaria na visão do jurista e sociólogo alemão Max Weber, o direito positivo clássico como a representação de um direito devidamente racional (Kronman, 2009), a ser almejado pelas sociedades por ser o “ápice” da organização e coerência do direito (ressalte-se que ele viveu em um ambiente de positivismo científico, cognitivismo interpretativo e logicismo), pelo qual se traz a necessidade de justificação da decisão judicial.

Isto pois, não havendo mais referência a uma autoridade incontestável como um oráculo ou mensageiro divino (autoridades anteriormente determinadoras de um direito primitivo e menos racional), o homem precisa se justificar quando decide para outro homem. Ocorreu então o denominado “desencantamento do direito”, com a transição do poder de julgar do transcendental para o humano, onde “surge a necessidade de demonstração racional da decisão e, acompanhada dela, uma espécie de previsibilidade dotada de sentido.” (Marinoni, 2019, p. 32).

Passando o *civil law*, porém, por alterações decorrentes do constitucionalismo e uso de cláusulas gerais (Marinoni, 2019), tem-se um sistema onde a tão almejada previsibilidade garantida pela previsão normativa geral e abstrata, supostamente absoluta sobre os tutelados pelo ordenamento, acaba por diminuir consideravelmente

Isto pela (necessária, ressalte-se) observância dos direitos fundamentais, dos fatos concretos, dos princípios e valores a serem analisados em cada decisão e em cada instância julgadora. Pela inexistência de separação entre aqueles juízes que podem julgar tais questões abertas e os que não o podem, bem como a não observância das decisões já exaradas anteriormente e por outros tribunais; tudo contribuindo para a formulação de uma situação de discordância e certo caos, por não se ter segurança quanto ao resultado da lide, e do que a norma prevê ou não.

O *common law*, ao seu turno, inobstante não seja um sistema organizado da forma estruturada por Weber, ainda se encaixa no requisito da previsibilidade, mesmo sendo um sistema “menos racional” juridicamente que os sistemas positivados. Isso pela existência da *stare decisis*, a ideia de vincularidade possuída pelos precedentes - ficar com as coisas decididas (Alvim; Dantas, 2019), que traz a previsibilidade necessária a um sistema racional de direito, por acarretar a necessidade de justificação, feita em normas devidamente averiguadas e reconhecidas como autoridade – o precedente vinculante (Marinoni, 2019).

Cabe então pontuar que a *stare decisis* do *common law*, por sua vinculação e encadeamento lógico de decisões, posicionamentos e entendimentos judiciais, pode ser uma forma de resgatar a previsibilidade objetivada, ao determinar o que pode ser utilizado como fundamento decisional, e a quem compete emitir tais decisões (precedentes) vinculantes (Eisenberg, 1998, p. 101).

Portanto o *civil law*, por sua estrutura, requer a justificação dos resultados obtidos pelos magistrados quando do exarar de decisões, vez que sendo a autoridade um humano, se espera a fundamentação e explicação do porquê daquele resultado encontrado – baseada, em regra, na legislação escrita, reconhecida por meio do Estado e do pacto social como detentora de vinculação e regramento da sociedade.

No direito consuetudinário, a justificação é igualmente necessária, vez que pelo instituto da *stare decisis* a autoridade de uma decisão é reconhecida pela sua observância do decidido anteriormente em outros casos, evidenciada pelo uso de precedentes vinculantes.

Ao primeiro sistema, tem-se definidos e qualificados em norma escrita a sua racionalidade, abrangência e organização, gerando com isso previsibilidade, tão cara ao direito. Ao segundo sistema, tem-se em regra um ambiente de menor racionalidade e determinação escrita, mas que possui previsibilidade por meio da *stare decisis* e, assim, é organizado e funcional.

No sistema brasileiro, porém, a interpretação não é mais orientada pela clássica teoria cognitiva, ou seja, não é uma “investigação” por parte do juiz, que conhece e declara o conteúdo da lei implícito no texto legal, preso a uma norma preexistente, como um simples enunciado descritivo.

Ao contrário, o magistrado é visto como intérprete valorativo da norma (a qual, portanto, não é mais implícita no texto legal, não sendo preexistente à interpretação), pelo que ele decide por um dos resultados interpretativos possíveis, reconstruindo a norma a partir dos elementos relacionados ao texto legal, ao caso, a princípios e outros pontos relevantes (Marinoni, 2019).

Surge então a necessidade de se atribuir sentido ao direito ou, mais importante, definir a interpretação adequada do texto legal, ponto a ser feito em regra pelas cortes superiores, as quais decidirão fundadas em uma argumentação racional, justificando a opção interpretativa e atribuidora de sentido realizada, ganhando com isso o direito, autonomia em relação à Lei.

A decisão da corte superior, quando expressar o sentido do direito, direcionará decisões de juízos e instâncias inferiores, bem como orientará a vida social *per se* – trará unidade ao direito e, então, previsibilidade. Por tal qualidade, suas decisões precisam necessariamente possuir autoridade competente para tanto, onde se desenvolve a sua qualificação como precedentes, com a influência e atuação da *stare decisis* (Medina, 2023, p. 191).

Em um ambiente como o brasileiro, portanto, onde a evolução da teoria da interpretação, o impacto do constitucionalismo e a transformação do próprio direito desenvolveram uma nova racionalidade jurídica do *civil law*, a utilização de precedentes obrigatórios talvez não seja apenas possível, como também necessária, visto que pode trazer previsibilidade em âmbito de decisões judiciais, as quais até então não são estritamente definidas como sequenciais e com necessária observância de precedentes anteriores, como se passou a prever com o art. 927 do CPC e seu sistema de precedentes, como se discutirá em sequência.

3 PRECEDENTES E O SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO

Não é nova a discussão quanto a inalterabilidade ou não do conceito de sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, bem como sua divisão e aplicação em certos países (anglo-americanos e romano-germânicos, respectivamente). Isto, por ser crescente nos países do *civil law* a força das jurisprudências e precedentes, enquanto nos países de *common law* cresce o elaborar e utilizar de leis (Souza; Bellinetti, 2019). O Brasil, ao seu turno, como país reconhecido por utilizar o sistema do *civil law*/direito romano, não poderia deixar de ser afetado por tais alterações sistêmicas.

É observável na prática jurídica e na atuação do judiciário brasileiro a força normativa experimentada pela jurisprudência, onde aquela que deveria ter papel secundário (se não ainda menor) em termos de fundamentação normativa, passa a ter aparente papel primário (senão fundamental) na aplicação do direito.

Como exemplo, tem-se o (i) Recurso Extraordinário 888.815, STF, que determinou a redação de Legislação sobre educação domiciliar (judiciário, decisão judicial, criando e determinando um direito – no caso, da não inconstitucionalidade da educação domiciliar no Brasil); e a (ii) ADO 26/DF, STF, que equipara condutas homofóbicas e transfóbicas ao crime de racismo, até que sobrevenha lei específica sobre o assunto. Ambas as produções legais, até o presente momento, não ocorreram/se finalizaram.

Logo, tem-se duas situações em que a decisão judicial não apenas resolveu a situação particular trazida à juízo, não apenas retratou o descrito no texto lei, como também se tornou norma jurídica referencial para decisões judiciais posteriores (ainda, determinou a produção de legislação ao Congresso Nacional, ou seja, estava(m) imbuída(s) de certo grau de poder orientador/normativista para tanto – ainda que não esteja o legislativo obrigado a seguir tais decisões).

Nesta situação, entra em cena o já mencionado princípio da motivação da decisão judicial. Por ele, a decisão judicial deve possuir fundamentação jurídica (em normas jurídicas), devidamente vinculada à situação concreta, para que a conclusão lógica resultante possa ser reconhecida como devidamente jurídica (existente, válida e eficaz).

Entre tais modalidades de fundamento, tem-se a citada jurisprudência, a qual cada vez mais tem sido utilizada como fundamento de decisões judiciais anteriores, mesmo que ela não possua força vinculante ou ordem de utilização definida, e inobstante nosso sistema normativo (positivo/*civil law*) primar pela utilização da legislação, da vontade popular positivada em texto, sobre a produção reiterada dos tribunais.

Além disso, em vista do abarcar por nosso sistema de fundamentos que não o textual-legal (além da jurisprudência – princípios, referências a direitos fundamentais, costumes), desenvolvem-se situações em que o julgador traz sentido ao direito e atua como criador de norma jurídica, onde a lei escrita não trazia definição ou era muito vaga, como em cláusulas abertas (Mitidiero, 2023, p. 68-71).

Ocorre que tal produção de entendimentos, ao contrário da Lei escrita, não passa por um sistema legal certificado e ordenado de produção; ainda, não possui

um entendimento geral (vista a quantidade de tribunais existentes), como a legislação escrita possui.

Embora se considere as decisões judiciais como criadoras de normas interpartes, elas não possuíam força vinculatória para outros casos, podendo apenas ser utilizadas como jurisprudência quando advindas de tribunais, isto é, normas secundárias em nosso ordenamento. Cria-se um ambiente de insegurança jurídica, onde a previsibilidade que deveria advir da norma escrita (no sistema brasileiro, orientado pelo *civil law*) é diminuída, quando sequer existente.

Como possível forma de alterar tal situação, surgiu a referência ao sistema de precedentes do *common law*, para organizar e entender este fenômeno, bem como se utilizar da hierarquia judiciária (sistemas de instâncias e divisão por matérias/searas) para tanto.

Antes de tal discussão, porém, cabe melhor definir o que é precedente. Tal instituto processual, em sua modalidade original (isto é, no direito anglo-saxão, que o desenvolveu), é basicamente uma decisão anterior que, por sua similaridade a um caso posterior (e agora em análise), será utilizada como referência e fundamentação orientadora da decisão a ser exarada no caso presente (Didier Jr., 2019).

Por sua vincularidade, portanto, o precedente deve não apenas ser visto como uma vista ao passado (à decisão anterior, orientadora da presente) mas também como uma orientação ao futuro (a decisão presente será o precedente do futuro). A decisão do presente sempre poderá ser referenciada no futuro, e se espera que os julgadores, quando do raciocínio de suas decisões, atentem-se a tal fato (Schauer, 1987).

Como exemplo, um juiz que decida sobre um valor alto para a indenização pelo Estado à particular por falha de prestação de serviços públicos, deve, pela lógica do precedente, levar em consideração futuros casos que podem surgir e sejam semelhantes ao presentemente julgado; se a máquina pública poderá indenizar, se não se utilizará a decisão como referência para casos privados, entre outras possíveis consequências.

Logo, na elaboração do precedente (e, de fato, de qualquer decisão judicial), é importante levar em consideração as consequências e a influência que tal decisão terá no futuro. Isso, pela força vinculante inerente, nos países orientados pelo *common law*, da *ratio decidendi* (ou, para os norte-americanos, *holding*).

A *ratio decidendi*, elemento essencial do precedente, é o fundamento jurídico que sustenta a decisão. É a argumentação/hermenêutica utilizada que dá causa ao resultado decisório, ou seja, sem ela, não se teria a conclusão como ocorreu. Ela decorre da fundamentação do julgado – não com ela se confundindo, mas sim se encontrando (Marinoni, 2010) – originando a conclusão encontrada pelo magistrado (Didier Jr., 2019).

A *ratio* (que pode ser traduzida como “razão para a decisão”) é o princípio (o “*ruling on a point of law*”) extraído da fundamentação; ela é/são os motivos que determinaram a decisão, portanto; são os “passos necessários para que o julgador chegue a um determinado resultado, a ser construído à luz dos fatos da causa de onde se originou e que destes não se abstrai” (Ferraz, 2017).

Ou seja, a *ratio decidendi* é o porquê de o caso ter tido a conclusão que teve. Por tal característica, ela é vinculante pois pode ser extraída da decisão e, a partir disso, se reproduzir para casos com circunstâncias/características semelhantes, onde será aplicada como fundamentação, que então será aplicada em nova decisão, e assim por diante, unificando o direito.

No direito brasileiro, tradicionalmente positivo e não consuetudinário, o ideal de precedente vem sendo cada vez mais utilizado. Ao projeto original da Câmara de Deputados (PL 8.046/2010), para o Novo Código de Processo Civil, por exemplo, existia, ao contrário do texto que veio a ser aprovado, determinação e regulação completa de um sistema de precedentes, para maior organização desta situação (Macedo, 2015).

Ao código efetivamente aprovado e hoje vigente, porém, tem-se primeiramente a previsão, ao § 2º do art. 926, da necessidade de observação pelos tribunais, das circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação. A seguir, tem-se o denominado pela doutrina como “sistema de precedentes brasileiro”, vez que o legislador previu tipos de decisões expedidas por tribunais, capazes de se caracterizarem como precedentes, ao art. 927 do CPC.

Por tal previsão legal, é possível observar que o CPC registrou uma diferença dos precedentes previstos no *common law*, dos que serão utilizados no Brasil. Isto pois ele qualifica como precedentes decisões que apenas por seu tipo/natureza já serão de antemão reconhecidos como tal, isso é; não precisarão vir a ser estudados e deles retirada a *ratio decidendi*, para então serem utilizados em uma decisão posterior como fundamentação da conclusão, para serem nomeados como precedentes. O simples fato de serem decisões inclusas no rol dos incisos do caput do referido art. 927, já as qualificarão como precedentes, e precedentes obrigatórios.

Outro ponto a se ressaltar, é o registro em referido artigo (§ 2º - “A alteração da tese...”) e principalmente ao caput do art. 985 do mesmo diploma legal (“Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada”), de se ter como elemento vinculante (regra, comportando-se exceções) a tese jurídica da decisão, e não a sua *ratio decidendi*.

A tese jurídica é nada mais que o enunciado da decisão, ao final do julgamento, gerando então uma norma geral abstrata, a poder ser utilizada em casos iguais, não tendo, portanto, a amplitude da *ratio decidendi*, e não possuindo nenhum elemento de fundamentação – impedindo a sua consideração na análise de aplicabilidade em eventuais casos similares mas não iguais (Ferraz, 2017).

Embora sejam as teses jurídicas mais limitadas que a *ratio decidendi* na aplicação de precedentes, é fato que o art. 927 e o art. 985, ambos do CPC, determinam a sua observação. Logo, as manifestações dos tribunais deixaram de exercer mera influência no espírito dos aplicadores da Lei, mas passaram a integrar o conjunto de normas a serem observada, quando da aplicação do direito em decisões judiciais.

Nisto ainda, tem-se o reforço do art. 489, §1º, VI, do CPC, que determina não fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocada(o) pela parte (Dinamarco, Badaró, Lopes, 2020).

Nesse contexto, Cassio Scarpinella ressalta que a constatação da tendência existente de valorização da força normativa das decisões judiciais (referidas aos arts. 926 e 927 do CPC) não implica o abandono pelo direito brasileiro do sistema do *civil law*, ou sequer em uma criação/importação de um sistema de precedentes – o que para ele seria apenas o “complexo de vira-lata do brasileiro” (Bueno, 2020, v. 1, p. 120-121) – mas sim que tal valorização ocorre pelo potencial que as decisões dos Tribunais podem ter na interpretação e aplicação do direito, vista a necessidade de se garantir isonomia, segurança e previsibilidade no ordenamento. Ressalta ainda o papel paradigmático da jurisprudência, alterador e orientador do direito, *per si* (Bueno, 2020, v.1).

Inobstante, Scarpinella se posiciona no sentido de que é fato inquestionável que a previsibilidade, isonomia e segurança jurídica são indispensáveis à ordem jurídica e que o sistema de precedentes do *common law* é/seria a forma ideal de lidar com tais princípios (Bueno, 2020, v. 2).

Tal não impede o doutrinador de ressaltar que o real objetivo do art. 926 a 928 do CPC/2015 não seria o da criação de um sistema de precedentes brasileiro, mas sim assegurar que as decisões proferidas pelos Tribunais (superiores, de Justiça e Regionais Federais) sejam efetivamente acatadas pelos demais juízos, trazendo previsibilidade e segurança, coisa que ao momento não acontece efetivamente:

O que há – e é muito diferente – é uma aposta que o legislador infraconstitucional vem fazendo desde as primeiras reformas estruturais pelas quais passou o CPC de 1973 (abandonando a já mencionada e sempre esquecida “uniformização de jurisprudência”) no sentido de que, *se as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores e aquelas proferidas pelos Tribunais de Justiça e pelos Regionais Federais forem observadas (acatadas) pelos demais órgãos jurisdicionais, haverá redução sensível do número de processos e maior previsibilidade*, maior segurança e tratamento isonômico entre os jurisdicionados. É o que os incisos do art. 927 bem demonstram e o que inquestionavelmente querem. Nada mais do que isso (Bueno, 2020, v. 2, p. 421, grifo nosso)

O ponto da necessidade de uma regulação e alteração de conduta neste sentido, portanto, não muda. Junto a isto, se considerarmos que o sistema de precedentes inspirado no *common law* (mesmo que não igual ao modelo anglo-saxão) é uma das formas e métodos acessíveis ao sistema brasileiro, principalmente considerando a citada estrutura do art. 926 e ss do CPC, infere-se que a sua utilização pode ser produtiva.

Nesse sentido, Marinoni ressalta a função do Poder Judiciário frente à Lei, qual seja, de interpretação e atribuição de sentido ao texto legal, em conformidade à evolução das necessidades sociais e particularidades do caso concreto (Marinoni, 2019).

Por força disso, é imprescindível que o direito criado pelos tribunais (especialmente STJ e STF, as cortes superiores) possua estabilidade e continuidade, trazendo a necessidade, então, de observação de precedentes (obrigatórios), de forma a se garantir a igualdade/isonomia jurídica, vez que não é mais ela garantida apenas pelo texto escrito legal. Isto, pois “a força obrigatória do

precedente não se destina a garantir a uniformidade da aplicação do direito objetivo, mas a preservar a igualdade perante o direito proclamado pela Corte Suprema” (Marinoni, 2017, p. 19).

Marinoni aponta ainda que as Cortes superiores não podem se limitar a apenas corrigir a aplicação da lei para resolver o caso em comento, com foco apenas em uma conclusão. Devem também conhecer as razões justificadoras da decisão e sua escolha/forma de interpretação, para ocorrência da *ratio decidendi*, que dá corpo a um precedente, tornando-o aceitável, racional, e aplicável a casos futuros, de forma a não se restar limitada a utilização dos precedentes apenas à Tese Jurídica atualmente utilizada.

O doutrinador levanta o problema da não utilização de todas as decisões proferidas pelas cortes superiores (as quais, por sua interpretação do art. 927 do CPC/2015, possuiriam prerrogativa para criação de precedentes) como orientação decisória (como precedentes), vez que, ao menos teoricamente, todas as decisões das cortes superiores teriam prerrogativa vinculatória (teriam *rationes decidendi*).

Logo, seria/é um erro negar eficácia obrigatória às decisões, por exemplo, de Turmas e Seções, e não as organizar/hierarquizar em comparação com decisões “vinculantes”, ou em comparação com súmulas – as quais o autor especificamente critica, por não terem conseguido efetivamente trazer unidade ao direito, vez que abstratas e não fundadas em casos práticos, o que, ao seu turno, impede sua função como precedentes – seu espelhar em casos reais/concretos/fáticos, onde a *ratio decidendi* se inseriria (Marinoni, 2017).

Logo, Marinoni defende a utilização de precedentes no sistema brasileiro, mas expressamente ataca a utilização limitada deles, quando restrita ao instituto da tese jurídica e apenas às modalidades decisórias previstas nos incisos do caput do art. 927 do CPC.

Taís Ferraz, em posicionamento similar (mas não igual), entende que o sistema de julgamento brasileiro deve ser repensado para fins de que possa ser plenamente aplicado o sistema de precedentes previsto no art. 927, isto é, deixando de ser seu elemento vinculante apenas a tese, mas sim permitindo uma convivência dela com a *ratio decidendi* (Ferraz, 2017).

Tal proposta não excluiria a necessidade de análise de toda a decisão do precedente, vez que inerente ao estudo da *ratio* conforme os moldes do *common law*, mas ainda assim tornaria possível a integração destes dois pontos.

Inobstante, tem-se por fato que a desregulação quanto à força das decisões judiciais em termos de fundamentação, bem como a inobservância pelos juízes brasileiros das demais decisões exaradas no país (seja em igual grau, seja em graus superiores), gera clara imprevisibilidade no direito e, por consequência, insegurança jurídica.

Com um sistema de precedentes – mesmo que defeituoso/incorreto em comparação com suas origens no *common law*, ou seja, mesmo que um sistema “à brasileira” – e a determinação de obrigatoriedade de observância (portanto, vincularidade) de certas decisões por toda e qualquer instância (até mesmo pela própria corte que a exarou), a sua observância e emprego hão de gerar maior previsibilidade.

Isto, na maneira defendida por Scarpinella (pela obediência dos órgãos julgadores aos tribunais respectivos superiores), por Marinoni (regramento e organização do direito pátrio) e por Schilling (utilização fundamentada – mesmo que não idealmente – das decisões judiciais precedentes).

A questão das decisões judiciais como fonte de direito e, portanto, instrumento de fundamentação, não foi por tempos devidamente tutelada por nosso ordenamento, visto sua preferência pela utilização da lei como tal (vez que fonte primária de direito), deixando as decisões renegadas ao cargo de fontes secundárias/acessórias.

Com a alteração do direito e das demandas a ele trazidas, e da responsabilidade da jurisdição para interpretar e valorar a lei para fins de criar norma jurídica casuística com potencial aplicação geral, a sistematização das decisões judiciais tornou-se necessária, além da utilização da hierarquia de Kelsen (vez que mesmo neste modelo, as decisões judiciais ainda são fontes secundárias).

Com o sistema de precedentes devidamente positivado (relembre-se que o Brasil possui organização de direito conforme o *civil law*), tal organização e sistematização é possível. Não se ignora que o sistema de precedentes brasileiro inscrito na letra da lei seja deveras restrito e incompleto, mas sua previsão legal permite a organização do sistema e o retorno da previsibilidade jurídica, perdidas em uma época de inovação judiciária e falta de sistematização decisória.

Com o tempo e devido atuar dos juristas e doutrinadores, tal sistema pode vir a ser refinado, alcançando eventualmente um real e integral sistema de precedentes, com a utilização da *ratio decidendi*, e conseqüente refinamento da argumentação e atuação jurídicas. Quanto a isso, porém, cabe discussão em outro momento.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito brasileiro possui configuração historicamente orientada pelo *civil law*, de forma que sua principal fonte de direito é a legislação escrita. Com isso, a segurança jurídica e previsibilidade do direito seriam garantidas pela norma expressa em lei, a sempre ser seguida pelo magistrado, que replicaria/aplicaria o previsto em lei, ao caso concreto levado ao Judiciário.

Referido sistema, porém, passou por diversas transformações e evoluções durante sua história, sendo afetado principalmente pelo (neo)constitucionalismo e uso de cláusulas gerais, onde todas as normas devem ser interpretadas conforme a constituição e principalmente seus direitos fundamentais, trazendo assim abertura à interpretação regulada por conceitos não expressos em lei, mas sim orientadores da constituição, dos direitos fundamentais, e do ordenamento como um todo.

Logo, o magistrado não mais meramente replica o previsto em lei ao caso concreto, mas sim, após o devido processo interpretativo-argumentativo, gera nova norma jurídica, com eficácia interpartes, mas com influência no mundo exterior.

De forma diversa, países de ascendência anglo-saxã, orientados que são pelo *common law*, têm como fontes primárias de direito o costume e, principalmente

(e de fato, em decorrência dele), decisões judiciais anteriormente exaradas – os precedentes.

Por tal organização e pela obrigatoriedade de seguimento existente nesses precedentes por força da *stare decisis*, referido sistema possui previsibilidade e, assim, segurança jurídica, pois na existência de um precedente que verse sobre o assunto – um precedente onde a *ratio decidendi* (as razões da decisão), verdadeiro ponto vinculante do precedente verse/tenha semelhança com o assunto – existe um resultado a ser esperado, trazendo segurança ao direito e seus operadores.

Com a realidade sistemática e interpretativa do Brasil, porém, onde não existia regulação expressa quanto às decisões judiciais e seus efeitos (vinculantes ou não, organizados ou não), a previsibilidade foi deveras diminuída, pois enquanto um tribunal decide de forma X sobre assunto, outro decide de forma Y, e nada se resolveria até a eventual resolução de recurso sobre tal discordância, se é que tal recurso fosse interposto, ou conhecido, ou provido.

O produto de tal cenário é a insegurança jurídica, pela qual o sistema jurídico, que deveria ser fonte de segurança e ordem, se torna um ambiente aberto e vulnerável, onde não se tem certeza da existência ou não de direitos e deveres, tão caros à ordem e coesão social.

Nessa realidade, e levando em consideração a organização trazida pelo art. 927 do CPC/2015, com a determinação de um sistema de precedentes brasileiro, tal realidade de imprevisibilidade pode ser alterada pela observância dos precedentes ali determinados. Isso pela natureza própria do precedente, onde casos tratando de situações semelhantes não de ser sempre julgados conforme decisão anterior relativa à mesma situação (à decisão *precedente*) a não ser em caso de distinção de tal precedente, pela qual se requer obrigatoriamente um esforço argumentativo que por si retira a insegurança.

Não se ignora que referido sistema de precedentes não é igual ao seu homônimo anglo-saxão, tanto pela questão do elemento vinculante (tese e não *stare decisis*), quanto pela determinação de tipos específicos de decisões como precedentes (os previstos nos incisos do *caput* do art. 927 do CPC) ao invés do desenvolvimento natural e orgânico dos precedentes previsto pelo *common law*.

Tal diferenciação com relação ao precedente clássico é inclusive alvo de críticas, como a posição de Scarpinella, no sentido de que a determinação dos arts. 926 e 927 do CPC não são para a criação de um sistema de precedentes, mas sim para a determinação do caráter paradigmático e organizador que a decisão judicial possui no ordenamento pátrio. Ou ainda o posicionamento de Ferraz, no sentido de que o sistema de precedentes deve ser interpretado de forma a abarcar a completude do sistema anglo-saxão, ao máximo possível.

Inobstante, é fato certo que o precedente, por sua natureza organizadora, tem claro potencial de trazer previsibilidade e organização à um sistema fragilizado pelas inúmeras possibilidades de interpretação e decisão sem vinculatividade determinada, principalmente quando se trata de um sistema de precedentes com caráter vinculante previsto em lei, acentuando a sua aplicabilidade – mesmo que tal sistema de precedentes não esteja previsto no texto legal em sua completude (em comparação aos seus originadores no *common law*).

Conclui-se, portanto, que a utilização e observação do sistema de precedentes brasileiro previsto ao art. 927 do CPC/2015, por mais que “à brasileira”, tem largo potencial de unificação e previsibilidade ao direito brasileiro, por sua natureza própria, trazendo assim a segurança jurídica necessária ao devido funcionamento do ordenamento pátrio.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial e recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Recurso online.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 2.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 14. ed. Salvador: JusPodivum, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Reprint edition. London: Harvard University Press, 1998.

FERRAZ, Thais Schilling. Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 265, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KRONMAN, Anthony. **Max Weber**. São Paulo: Elsevier. 2009.

MACEDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. *In.*: DIDIER Jr., Fredie (org.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedente e decisão do recurso diante do Novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. *In*: FREIRE, A. *et al.* (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodium, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Recursos, e precedentes**: prática nos tribunais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 245, jul. 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, n. 3, fev. 1987. Disponível em: <http://www.nonpublication.com/schauer.htm>. Acesso em: 03 fev. 2023.

SOUZA, R. F.; BELLINETTI, Luiz Fernando. Ativismo judicial e a teoria dos precedentes vinculantes. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 28., 2019, Belém, PA. **Processo, jurisdição e efetividade da justiça**. Florianópolis: Conpedi, 2019. v. 1. p. 62-77.

SPRIGGS, James F.; HANSFORD, Thomas. Explaining the overruling of U.S. Supreme Court Precedent. **The Journal of Politics**, v. 63, n. 4, p. 1094, 2001.

**O VOTO DO ACIONISTA-CREDOR NO PLANO ALTERNATIVO:
UMA ABORDAGEM EMPÍRICA**

*THE SHAREHOLDER-CREDITOR'S VOTE ON THE ALTERNATIVE PLAN:
AN EMPIRICAL APPROACH*

*VOTO DEL ACCIONISTA-ACREEDOR SOBRE EL PLAN ALTERNATIVO:
UN ENFOQUE EMPÍRICO*

Ivana Harter¹

RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade de exercício de direito de voto pelo acionista/sócio e credor da sociedade em recuperação judicial, tendo em vista as alterações promovidas pela Lei nº 14.112/2020 à Lei nº 11.101/2005 (“Lei de Falência e Recuperação Judicial” ou “LRF”), que previu a legitimidade residual dos credores para apresentação de proposta alternativa de reestruturação. São examinadas as linhas gerais para compreensão do interesse do acionista no processo de recuperação da sociedade. Em seguida, trata-se da disciplina (ou não disciplina) legal para o processamento do plano alternativo de recuperação judicial apresentado pelos credores. Na sequência, são apresentados os debates em torno do exercício do direito de voto pelo acionista/sócio credor no plano alternativo do credor travados no âmbito da recuperação judicial da Samarco Mineração S.A., o primeiro caso em que foram apresentados planos alternativos à luz da nova redação da LRF. Ao longo do trabalho, propõe-se uma abordagem empírica para compreender a relevância do voto do acionista no plano alternativo à luz (i) da análise da representatividade dos casos em que a apresentação do plano alternativo poderia evitar a falência da sociedade devedora e (ii) dos critérios considerados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo para o impedimento de voto do acionista, conforme interpretação do artigo 43 da LRF.

Palavras-chave: voto do acionista/sócio-credor; plano alternativo dos credores; recuperação judicial da Samarco.

¹ Advogada; Mestranda em Direito Comercial; Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC SP; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4960-246X>.

ABSTRACT

This paper aims at analyzing the possibility of the shareholder/partner who is also a creditor of a company undergoing judicial recovery to exercise their voting rights. The analysis is made considering the changes promoted by Law 14,112/2020 to Law 11,101/2005 (“Brazilian Bankruptcy Law” or “LRF”), presuming the residual legitimacy of creditors to present an alternative restructuring proposal. Its general lines are examined to understand the shareholder's interest in the company's recovery process. This study analyzes the legal norms (or lack of norms) for the processing of the alternative judicial reorganization plan presented by creditors and introduces the debates surrounding the exercise of the shareholder/ creditor partner's right to vote in the creditor's alternative plan held within the scope of the judicial recovery of Samarco Mineração S.A., the first case in which alternative plans were presented after the changes in LRF. Throughout the work, an empirical approach is proposed to understand the relevance of the shareholder vote on the alternative plan considering (i) the analysis of the representativeness of cases in which the presentation of the alternative plan could avoid the bankruptcy of the debtor company and (ii) the criteria held by the jurisprudence of the São Paulo Court of Justice (TJSP) for preventing shareholders from voting, as interpreted in article 43 of the LRF.

Keywords: shareholder-creditor's vote; creditor's alternative reorganization plan; Samarco's judicial reorganization proceeding.

RESUMEN

Este trabajo analiza la posibilidad de ejercer el derecho de voto por parte del accionista/socio y acreedor de la empresa en recuperación judicial, en vista de los cambios impulsados por la Ley n° 14.112/2020 a la Ley n° 11.101/2005 (“Ley de Quiebras y Recuperación Judicial”) o “LRF”), que preveía la legitimidad residual de los acreedores para presentar una propuesta de reestructuración alternativa. Se examinan las líneas generales para comprender el interés del accionista en el proceso de recuperación de la empresa. A continuación, se trata de la disciplina jurídica (o indisciplina) para tramitar el plan alternativo de recuperación judicial presentado por los acreedores. A continuación, se presentan los debates en torno al ejercicio del derecho de voto por parte del accionista/socio acreedor en el plan alternativo del acreedor celebrado en el ámbito de la recuperación judicial de Samarco Mineração S.A., primer caso en el que se presentaron planes alternativos a la luz de la nueva redacción de LRF. A lo largo del trabajo, se propone un enfoque empírico para comprender la relevancia del voto de los accionistas sobre el plan alternativo a la luz de (i) el análisis de la representatividad de los casos en los que

la presentación del plan alternativo podría evitar la quiebra de la empresa deudora y (ii) de los criterios considerados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de

São Paulo (TJSP) para impedir que los accionistas voten, según lo interpreta el artículo 43 de la LRF.

Palabras clave: voto del accionista/socio acreedor; plan alternativo de los acreedores; recuperación judicial de Samarco.

Data de submissão: 18/03/2024

Data de aceite: 25/11/2024

1 INTRODUÇÃO

A nova redação da LRF (Brasil, 2021) possibilitou aos credores a apresentação de plano alternativo ao plano de recuperação judicial da devedora. A disciplina do plano alternativo, contudo, deixou a desejar. O legislador não regulamentou o trâmite para processamento da proposta alternativa, não estipulou critérios claros para o exercício do controle de legalidade (se prévio ou não à submissão da proposta alternativa à assembleia ou mesmo à análise dos termos de adesão se essa for a modalidade adotada para dispensar o conclave) e foi silente quanto aos legitimados a votá-lo. De outro lado, a mesma reforma da LRF pareceu tutelar interesses de acionistas na medida em que equiparou seus créditos aos créditos dos demais credores, desde que contratados em condições comutativas (conforme nova redação do artigo 83, VIII, “b”, da LRF).

Já no que se refere à disciplina do voto do acionista (aqui, aludido para tratar do titular de participação societária, seja em sociedade anônima ou em sociedades limitadas), o artigo 43 da LRF impede “os sócios do devedor” de votarem no plano de recuperação judicial. Trata-se de uma presunção legal de que os acionistas não exercerão seu voto com a isenção necessária, podendo privilegiar interesses outros em prejuízo da coletividade dos credores. O fundamento jurídico para a regra de impedimento é o conflito de interesses e o entendimento majoritário é de que o rol do artigo 43 da LRF é taxativo e deve ser interpretado restritivamente.

Ampliativamente aplicada, a regra do impedimento de voto do acionista pode representar um desincentivo à alocação de recursos à sociedade devedora². Com essa perspectiva, defende-se que o artigo 43 da LRF não deve ser interpretado para vedar o exercício do direito de voto por acionistas ou sócios minoritários que não detenham influência relevante na sociedade recuperanda (Scalzilli, Spinelli, Tellechea, 2023, p. 526; Cerezetti, 2012).

Ainda e com fundamento na lei societária, conforme artigo 115 da Lei nº 6.404/1976 (“Lei das Sociedades Anônimas” ou LSA”) (Brasil, 1976), sustenta-se que o impedimento de voto deve se fundamentar na aferição concreta do conflito de interesses, afastando-se de uma presunção absoluta ante a gravidade da vedação prevista no artigo 43 da LRF e da diversidade de posições que podem ser ocupadas simultaneamente pelo credor em cada caso concreto³.

Apesar disso, o artigo 43 da LRF estabelece uma regra de impedimento, isto é, uma hipótese de impedimento em que o voto do acionista no plano de recuperação judicial da devedora não será permitido independentemente da análise da situação concreta⁴. O que se pretende defender, contudo, é que o artigo 43 da LRF se aplica apenas para a dinâmica de deliberação do plano de recuperação judicial da devedora.

² Nesse sentido: “O impedimento pode servir de desestímulo, por exemplo, a sócios que teriam recursos e disponibilidade para financiar a empresa em crise, mas que, por terem ciência da falta de ingerência que teriam como credores no âmbito de uma recuperação judicial da sociedade devedora, deixam de fazê-lo” (Sacramone; Piva, 2021, p. 671).

³ “O impedimento de voto, ademais, representa uma presunção absoluta de falta de isenção de um determinado participante do conclave e não permite a análise de situações concretas peculiares que podem afastar essa presunção. No Direito Concursal, porém, a análise da situação concreta é imprescindível pois a presunção de falta de isenção pode ser infundada. [...] É possível concluir, portanto, que o impedimento de voto, por suas consequências graves, é utilizado de forma excepcional pelo Direito Societário. Com maior razão, então, deve ser utilizado com reserva no direito concursal, com possível restrição a casos que impliquem flagrante risco à integridade do procedimento” (Buschinelli, 2014, p. 94-95).

⁴ Nesse sentido: “Adotou o legislador, nesse caso, a regra do conflito formal de interesses, estando automaticamente impedido de votar o credor que se enquadre em uma das hipóteses indicadas no artigo 43 da LRF” (Sacramone; Piva, 2021, p. 673).

É que o legislador foi silente quanto aos legitimados a votar o plano de recuperação judicial alternativo dos credores, o que se soma à indefinição dos critérios jurisprudenciais para interpretação do artigo 43 da LRF.

À luz dessas considerações, pretende-se problematizar, notadamente a partir de constatações empíricas, se a proibição do voto do acionista no plano alternativo proposto pelo credor seria uma forma eficiente de administração do processo de recuperação judicial. Para tanto, realizou-se uma análise qualitativa de 21 julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) para compreender os fundamentos usados pela jurisprudência para justificar o impedimento de voto. Ainda, buscou-se utilizar de dados coletados pela Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) para compreender a relevância dos casos em que a apresentação do plano alternativo pelo credor poderia evitar a decretação da quebra, o que se realizou através da apuração dos casos em que o plano de recuperação judicial da devedora foi rejeitado e dos casos em que foi transcorrido o prazo máximo da LRF para a suspensão de ações e execuções em face da devedora (*stay period*).

2 UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PLANO ALTERNATIVO DO CREDOR

Até a reforma introduzida pela Lei nº 14.112/2020 (Brasil, 2021), cabia à recuperanda apresentar o plano e submetê-lo à votação. Por isso, uma das paradigmáticas alterações da LRF está na autorização para que credores apresentem plano de recuperação judicial alternativo ao plano da sociedade devedora.

Será permitida aos credores a submissão de proposta alternativa (i) com o transcurso do prazo do *stay period* sem que o plano proposto pelos devedores tenha sido deliberado pela assembleia geral de credores, conforme artigo 6º, § 4º e § 4º-A, da LRF ou (ii) caso o plano de recuperação judicial da devedora seja rejeitado, **conforme** artigo 56, § 4º, da LRF. Uma vez rejeitado o plano do devedor,

os credores devem deliberar sobre a apresentação de plano alternativo no prazo de 30 dias⁵⁻⁶.

Nada obstante, ainda sob a vigência da redação anterior da LRF, credores ou terceiros interessados no negócio em crise já apresentavam propostas de reestruturação alternativas à da devedora⁷. É que as escolhas a serem tomadas pelo credor ao deparar-se com o processo de recuperação judicial são limitadas. Ele pode escolher negociar e aprovar o plano do devedor ou rejeitá-lo, assumindo o risco de não liquidar seu crédito em uma falência⁸.

Nesse aspecto, a apresentação de proposta alternativa pode criar um ambiente negocial frutífero através da demonstração de que há alternativas à proposta de pagamento apresentada pela recuperanda que podem ser consideradas pelos credores no momento da deliberação do plano, ainda que – sob a vigência da redação antiga da LRF – qualquer proposta alternativa dependa da sua anuência.

É o que ocorreu no caso da recuperação judicial do grupo sucroalcooleiro Moreno. O credor Banco Santander S.A. submeteu proposta de alteração do plano apresentado pelo grupo devedor. Apesar de o Grupo Moreno ter-se mostrado

⁵ É importante mencionar que a faculdade de os credores apresentarem plano alternativo se aplica tão somente aos processos de recuperação judicial iniciados após a vigência da Lei nº 14.112/2020, ou seja, posteriores a 23 de janeiro de 2021 (art. 5º, § 1º, inciso I, Lei nº 14.112/2020), não aos processos de recuperação judicial ajuizados e em curso antes da vigência da reforma da lei. Nesse sentido, também apontam Daniel Carnio Costa e Alexandre Nasser Melo: “O dispositivo que prevê a proposição do plano de recuperação judicial pelos credores, segundo as regras transitórias, somente se aplica aos pedidos de recuperação judicial que tenham sido ajuizados após o início da vigência da Lei reformada” (Costa; Melo, 2022, p. 250).

⁶ Para Marcelo Barbosa Sacramone, o prazo de 30 dias seria improrrogável e preclusivo, de modo que, escoado o prazo sem a apresentação do plano pelos credores, o juiz deveria decretar a imediata convocação em falência (Sacramone, 2022).

⁷ Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho sustentava que, antes mesmo da alteração da LRF, “[p]lanos alternativos podem ser elaborados por qualquer credor, para que possa apresentá-los na objeção (se pretender discutir a viabilidade do plano da devedora) ou diretamente na Assembleia dos Credores” (Coelho, 2016, p. 230).

⁸ A esse respeito, alertam Fábio Ulhoa Coelho e Marcelo Guedes Nunes que “para que uma negociação no âmbito da recuperação judicial tenha racionalidade indispensável ao adequado funcionamento desse mecanismo de resolução da empresa em crise, é necessário alterar radicalmente a perspectiva do credor em relação à falência do devedor. Em outros termos, enquanto uma possível liquidação da empresa em crise não assegurar aos credores a perspectiva de recebimento de parcela não-desprezível de seu crédito, eles não terão condições objetivas para participar de uma negociação racional com o devedor, em torno do plano de recuperação. Os credores já entram nessas negociações em desvantagem. A exigibilidade de seu crédito está suspensa e essa situação perdurará por tempo indefinido, a despeito do que diz expressamente a lei” (Coelho; Nunes, 2022, p. 41).

contrário às modificações propostas, elas motivaram a apresentação de um aditivo ao plano de recuperação judicial pela devedora, contemplando algumas das previsões sugeridas pelo credor. O aditivo ao plano de recuperação judicial foi aprovado pelos credores e homologado judicialmente.

No caso do grupo de sociedades dedicadas à exploração de parques de diversão Hopi Hari, um credor quirografário apresentou proposta alternativa de reestruturação que visava a equacionar litígio societário envolvendo a companhia devedora e um de seus acionistas minoritários e que era um dos principais entraves à continuidade do processo. A proposta, contudo, não contou com adesão dos credores, razão pela qual não foi considerada, tendo o plano da devedora sido aprovado e homologado judicialmente (São Paulo, 2022).

O fato é que a reforma da LRF procurou viabilizar uma participação mais efetiva dos credores. Com a possibilidade de apresentação de plano alternativo, a devedora sentir-se-á compelida a apresentar uma proposta de pagamento mais “competitiva”, já que os credores poderão rejeitá-la para apresentar seu próprio plano⁹.

Considerando-se a hipótese de cabimento do plano alternativo dos credores, é possível afirmar que ele pode ser ferramenta alternativa de alocação eficiente de recursos. Isso porque – como se denotará de dados empíricos expostos nos parágrafos seguintes – há um universo significativo de casos em que o plano da devedora foi rejeitado e de casos em que o período de suspensão das ações e execuções (o *stay period*) ultrapassa o prazo estipulado de 360 dias, incluindo-se a prorrogação autorizada pela LRF.

Sob essa perspectiva, um estudo desenvolvido pelo Observatório da Insolvência, iniciativa da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) (2022), com apoio do Núcleo de Estudos de Processos de Insolvência (NEPI) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), analisou 1.194 processos de

⁹ É preciso atentar-se para nova forma de exercício do abuso do direito de voto: é possível que credor com crédito relevante opte por rejeitar a proposta da devedora com o intuito específico e limitado de apresentar sua própria proposta de reestruturação. Ainda que a LRF assegure a legitimidade ao credor, é possível que credores objetivem utilizar-se de sua legitimidade com o intuito único e exclusivo de obstar o regular andamento do processo ou forçar indevidamente a devedora a acatar quaisquer sugestões de proposta alternativa de pagamento para evitar a falência.

recuperação judicial em trâmite no estado de São Paulo entre janeiro de 2010 e julho de 2017.

Foi identificado que “o tempo mediano até a deliberação definitiva sobre o plano de recuperação judicial foi de 506 dias” e que, apesar disso, “[...] embora o prazo [para aprovação de um plano de recuperação judicial] extrapole o período de suspensão legal e o prosseguimento das ações e execuções contra o devedor ocorra automaticamente após o seu decurso, a menos que haja decisões prorrogando o *stay period*, essa prorrogação sequer tem sido submetida à decisão judicial na maioria dos casos” (Associação Brasileira de Jurimetria, 2022).

Segundo o estudo, de 822 processos de recuperação judicial também no estado de São Paulo, em 316 houve decisão de prorrogação, o que equivale a 38,4% dos processos. A respeito da reprovação do plano da devedora, o estudo demonstra que, considerando-se as mesmas 1.194 recuperações judiciais distribuídas nas comarcas do estado de São Paulo entre janeiro de 2010 e julho de 2017, em ao menos 7,4 % houve reprovação do plano pelos credores.

Os dados empíricos revelam que há um universo de casos em que o plano alternativo é relevante como alternativa para a falência, de modo que se faz necessário analisar criticamente a nova legitimação residual dos credores para apresentar propostas de reestruturação. É que a LRF não concedeu quaisquer ferramentas de acesso à informação (sem internalização de elevados custos não reembolsáveis) aos credores.

Significa dizer que são reduzidas as chances de os credores reunirem capacidade institucional para apresentar uma proposta de plano de reestruturação implementável. O cenário parece apontar – infelizmente – para a subversão do instituto: tratando-se de medida custosa e, ainda assim, distanciada da realidade informacional necessária, o plano de recuperação judicial do credor pode ser utilizado como estratégia aventureira para impor entraves desnecessários ao processo.

Apresentado o plano alternativo, é importante observar o rito do artigo 55 da LRF, ou seja, deve ser aberto prazo para objeções. Sobre esse ponto, considera-se

também um potencial problema: salvo se prevista a mudança na gestão da empresa no plano alternativo, é a devedora que executará o plano dos credores.

A LRF não tratou do tema, mas parece relevante oportunizar uma espécie de objeção à devedora para que se manifeste especificamente sobre a exequibilidade do plano alternativo. A esse respeito, caso entendesse pela inexecuibilidade da proposta alternativa, caberia à devedora apresentar comprovadamente os fundamentos dessa inexecuibilidade. Caso a objeção fosse acatada pelo Juízo, poder-se-ia estudar alternativas para a “correção” da proposta pelos credores com apresentação de nova versão do plano por eles. Trata-se de uma providência que, embora não prevista pela LRF, é salutar para a viabilidade do cumprimento do plano alternativo.

Da mesma forma, a aferição do cumprimento dos requisitos para admissibilidade do plano alternativo deve competir ao Juízo com auxílio da Administração Judicial. Sobre esse aspecto, convém ressaltar que um dos requisitos que deverá ser analisado em controle prévio de legalidade do plano alternativo é o da “demonstração de sua viabilidade econômica”, conforme artigo 56, § 6º, II, c/ artigo 53, II, ambos da LRF.

Em caso de deliberação do plano da devedora, competirá aos credores a análise da viabilidade econômica, sendo conhecida a jurisprudência no sentido da impossibilidade de análise desse aspecto pelo Poder Judiciário. Veja-se que, no caso do plano alternativo, o cenário é diferente: a viabilidade econômica é prevista como requisito de admissibilidade e o plano do credor apenas será “posto em votação” se preenchido tal requisito. Noutros termos, competirá ao Judiciário apreciar a viabilidade econômica do plano do credor, não se aplicando o entendimento jurisprudencial consolidado acerca dessa impossibilidade.

Caso o plano alternativo preencha os requisitos de admissibilidade, ele deverá ser colocado em votação. Também nessa situação, há dúvidas a respeito do procedimento aplicável caso exista mais de um plano alternativo apresentado e admitido. Em vista da ausência de regulação pela LRF, alude-se ao procedimento previsto no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* norte-americano (Cornell Law School, 2018), segundo o qual todos os planos, incluindo o da devedora, competirão entre

si em número de votos. Será aprovado o plano que contar com o maior número de votos.

Portanto, até o momento, apenas é possível afirmar que o credor “conquistou” legitimidade residual para apresentar plano de recuperação. Qual é o tipo de controle que será exercido acerca dessa proposta; quem controla a legalidade e a exequibilidade da proposta (o juiz, o Administrador Judicial, a devedora ou os demais credores); o que fazer diante de mais de um plano alternativo; quais os parâmetros para a aferição da conduta abusiva do credor proponente do plano: as questões não solucionadas pela LRF verão respostas a partir da prática e dos debates doutrinários.

No cenário de incerteza, convém restringir direitos? Aqui, aproxima-se o tema principal em análise neste trabalho. Em um contexto de ausência de proibição legal expressa, convém impedir o acionista que também é credor de exercer seu direito de voto acerca do plano alternativo do credor?

3 O INTERESSE E O VOTO DO ACIONISTA-CREDOR NO PLANO ALTERNATIVO

O interesse do acionista pela reestruturação da empresa poderia ser identificado com o interesse à preservação (ainda que futura) de sua participação acionária ou à maximização de seus lucros (aqui, também futuros). Todavia, de acordo com a atual conformação da LRF, em um cenário de insolvência, o interesse dos credores acaba sobrepondo-se aos interesses dos acionistas, na medida em que o poder de voto acerca dos meios de pagamento e de alternativas de reestruturação foi concedido aos credores em prejuízo dos titulares do capital.

O panorama parece justificar a adoção tardia de medidas de reestruturação coletiva pelas sociedades, afinal, as vantagens a curto prazo para acionistas/sócios são reduzidas¹⁰. Na realidade brasileira – quiçá na maioria dos países em

¹⁰ A constatação parece ir ao encontro da reduzida utilização de processos de liquidação da empresa. Nesse sentido, a análise empírica indica que a baixa utilização de processos falimentares (chega-se a defender um “*extermínio da falência*”) retrata uma utilização deficiente dos instrumentos legais em prejuízo do mercado e dos demais interesses envolvidos. Isso porque sociedades inviáveis e sem qualquer atividade

desenvolvimento –, ainda se verifica um elevado grau de concentração acionária. Disso, é possível concluir, com facilidade, que uma das principais fontes de captação de recursos pela empresa reside, precisamente, nos aportes dos acionistas (hipótese em que os riscos do negócio são assumidos por eles) e em operações de dívida (quando o risco passa a ser o da recuperação do crédito).

Isso porque, em situações de crise da empresa, o crédito obtido via acionista (em qualquer das modalidades) adquire maior importância, uma vez que, nessas situações, o custo da obtenção de financiamento externo se torna elevado, dados os riscos inerentes à situação de *distress* financeiro. No mesmo sentido, uma sociedade em crise necessita de capital para fazer frente às suas obrigações imediatas, o que não se coaduna com medidas de aporte de capital. O crédito do acionista/sócios, nesse cenário, revela-se como uma das saídas para a companhia sem fôlego financeiro.

É certo que a concentração acionária pode conduzir à utilização da organização societária para a persecução de interesses individuais de acionistas¹¹. Certo é também que a fraude não se presume. Em vista disso, a posição do acionista enquanto credor da sociedade parece digna de tutela.

A experiência estrangeira demonstra que, mesmo quando se trata de proposta de pagamento apresentada pela sociedade devedora, é possível conceder direito de voto ao acionista¹². Em nosso sistema concursal, contudo, o legislador

tendem a evitar um pedido de falência, utilizando-se indevidamente dos benefícios legais de processos de reestruturação. A reflexão é preliminar, mas parece apontar para uma mudança de paradigma acerca da definição de qual é o interesse da empresa e sua identificação ou não com o interesse dos acionistas. Enquanto continuarmos a defender que a sociedade é “propriedade” dos titulares do capital social, procedimentos destinados a regular interesses externos (como a função social da empresa) continuarão sendo malversados pela prática contenciosa.

¹¹ Nesse sentido, não é incomum observar a utilização indevida da recuperação judicial por acionistas/sócios controladores como mecanismo para proteção de interesses individuais. Um exemplo comum está no requerimento de recuperação judicial de sociedades que já não possuem qualquer atividade com o intuito de alienar todos os ativos da empresa com as proteções da lei e de promover uma blindagem patrimonial dos acionistas que seriam expostos em um cenário falimentar.

¹² No sistema norte-americano para insolvência, os acionistas formam uma classe separada e que vota, inclusive, o plano da devedora. Nesse sentido, embora defendendo a aplicação do artigo 43 da LRF para vedar o voto do acionista no plano alternativo de credor, João Ricardo de Azevedo Ribeiro *et al*: “Como se sabe, a regra estabelecida pela reforma da LRF que permite a apresentação de um plano de recuperação judicial alternativo pelos credores tem como referência o disposto no *U.S. Bankruptcy Code*, que regula os procedimentos de insolvência norte-americanos. De acordo com o *Chapter 11* do *U.S. Bankruptcy Code*, expirado o prazo para que os devedores apresentem um plano de recuperação judicial, os credores ou o administrador judicial podem fazê-lo. Entretanto, nos Estados Unidos da América, os acionistas estão aptos a

adotou posição de impedimento absoluto, com fundamento no fato de que, enquanto no âmbito interno da sociedade, é possível contrastar o interesse do acionista com o interesse social, na recuperação judicial, os credores não estão vinculados à persecução de um interesse comum; votam de acordo com seu juízo de conveniência (conforme positivado na nova redação do artigo 39, § 6º, da LRF).

Em outras palavras, se o credor entender, estrategicamente, que lhe é mais benéfico rejeitar o plano de recuperação judicial, assim pode fazê-lo, ainda que em detrimento da preservação da sociedade devedora. Na recuperação judicial, não se pode contrastar o interesse do credor com um interesse comum e, por isso, a aferição material do conflito de interesses é prejudicada. Em linhas concretas, não se pode aferir se o acionista-credor irá votar privilegiando sua posição creditória ou sua condição de titular de participação societária, portanto, o voto é proibido *ex ante*.

Já no plano alternativo do credor, ainda que se possa defender que a impossibilidade de aferição do conflito permanece, pois a qualidade de acionista-credor (destarte, titular de múltiplos interesses) remanesce, defende-se a possibilidade de voto do acionista-credor em razão da ausência de influência determinante sobre a elaboração da proposta que será votada.

Trata-se da mesma solução defendida em doutrina em relação ao voto de acionistas minoritários e parte dos seguintes pressupostos: (i) no sistema falimentar brasileiro, as medidas de reestruturação correspondem a políticas públicas e, nesse sentido, prestam-se a proteger não apenas interesses de credores, mas de toda a comunidade afetada pela paralisação da atividade empresarial (Sacramone; Piva, 2021); (ii) o voto exercido pelos credores é instrumento central de tutela do direito creditório; (iii) a LRF atribuiu aos credores o poder de definir sobre a viabilidade econômica da empresa conforme proposta prevista no plano de recuperação judicial; (iv) o impedimento de voto caracteriza situação excepcional; e (v) a LRF

votar o plano de recuperação judicial, inclusive aquele proposto pela administração - no entanto, as diferentes realidades brasileira e norte-americana, especialmente com relação a companhias com capital pulverizado e o tema de deveres fiduciários dos administradores, nos impedem de fazermos um paralelo perfeito entre os cenários” (Ribeiro; Ricupero; Ortega; Campedelli, 2020).

não disciplinou expressamente o regime do voto no plano de recuperação judicial alternativo dos credores.

Conforme aludido nos parágrafos antecedentes, o interesse dos acionistas é digno de tutela, pois eles também seriam afetados pela interrupção do negócio. Com efeito, é certo que uma das múltiplas posições que ocupam é a de credor e seu direito de voto nessa posição não foi expressamente afastado para a nova hipótese do plano alternativo que não é apresentado pela sociedade devedora.

Como se sabe, normas restritivas de Direito merecem igual interpretação restritiva, razão pela qual o artigo 43 da LRF não poderia ser interpretado extensivamente para rechaçar o mais basilar instituto da insolvência, o voto do credor. A matéria, contudo, está longe de ser pacífica, de modo que importa analisar os principais fundamentos considerados na recuperação judicial da Samarco, primeiro caso em que um plano alternativo de credor foi apresentado à luz da nova redação da LRF.

4 O VOTO DO ACIONISTA-CREDOR NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA SAMARCO MINERAÇÃO S.A.

Como visto, a possibilidade de o acionista opor-se ao plano alternativo apresentado pelos credores é um ponto controvertido, visto que não foi abordado diretamente pela Lei nº 14.112/2020 (Brasil, 2021), que alterou a LRF. Diante do silêncio do legislador, a doutrina divide-se.

Nessa ordem de ideias, é possível sustentar o direito do voto de sócios ou acionistas credores, afastando-se a aplicação do artigo 43 da LRF. O cenário é factível porque o plano de credores não é proposto pelo devedor, naturalmente influenciado por seus acionistas. Assim, parte da doutrina defende o afastamento do impedimento previsto no artigo 43 da LRF no caso de o plano ser apresentado por credores¹³.

¹³ “Quanto aos autorizados a votar, a Lei não veda, expressamente, a participação de qualquer credor. Relativamente aos impedimentos das pessoas relacionadas no artigo 43 da LRF – sócios do devedor, sociedades coligadas, controladas ou que tenham o sócio ou acionista com participação superior a 10% do capital social do devedor –, não há qualquer menção acerca de sua manutenção no caso de plano apresentado pelos credores. Acerca dessa questão, Sacramone aponta que ‘a razão para a limitação ao direito de voto foi

Na recuperação judicial da Samarco, suas acionistas controladoras também figuravam como credoras relevantes (Minas Gerais, 2023a). Diante da rejeição do plano da Samarco, determinados credores financeiros apresentaram seu plano alternativo. As acionistas requereram que fosse reconhecido seu direito de voz e voto acerca da proposta alternativa. O Juízo de primeira instância rejeitou a possibilidade do exercício do voto pelas acionistas com fundamento na caracterização do conflito de interesses do artigo 43 da LRF, que também se aplicaria para o caso de deliberação do plano dos credores. Contudo, o caso foi posteriormente objeto de acordo entre credores, acionistas e a Samarco, razão pelo qual a matéria do direito de voto não foi enfrentada pelo Tribunal.

Alguns pareceres foram apresentados nos autos do processo a respeito do tema, os quais são, aqui, analisados. Sheila Neder Cerezetti defende o direito de voto do acionista-credor no plano alternativo com fundamento na ausência de influência determinante sobre o plano alternativo do credor e na essencialidade do direito de voto conferido ao credor no sistema da insolvência:

Francisco Satiro também defendeu a possibilidade de votação dos acionistas credores da empresa acerca de plano alternativo, porque o artigo 43 da LRF se aplicaria, exclusivamente, ao plano de recuperação judicial apresentado pela devedora.

Em sentido semelhante, também em parecer apresentado no caso da Samarco, Eduardo Secchi Munhoz (Minas Gerais, 2021) entende que a razão da vedação de voto do credor acionista no plano da devedora é também a sua influência na empresa e, conseqüentemente, na elaboração do plano de recuperação judicial. A transferência dessa prerrogativa aos credores em sede de apresentação de plano alternativo elimina a razão de impedimento. Nessa ordem de ideia, defende a necessidade de interpretação restritiva do artigo 43:

Há, ainda, uma segunda corrente de entendimento que defende a aplicação do artigo 43 da LRF aos casos de plano alternativo. Neste sentido, Ivo Waisberg

justamente a possibilidade de o credor em razão da sua relação com o devedor, decidir priorizar, em seu voto, essa relação em detrimento do interesse da comunhão dos credores'. Contudo, na medida em que o cenário da falência passa a ser uma realidade concreta e iminente ao devedor de boa-fé, bem como que o plano estaria sendo apresentado pelos próprios credores, parece restar afastada a ideia inicial do conflito interesses na aprovação do plano" (Tebaldi; Osna, 2022, p. 242).

(Minas Gerais, 2022), também em parecer apresentado no caso da Samarco. argumenta que a LRF não realizou qualquer distinção, razão pela qual o voto do acionista continua impedido independentemente de qual é o plano a ser votado:

As duas correntes de entendimento possuem seus fundamentos. Uma defende que a *ratio* da vedação de voto do acionista credor no plano de recuperação judicial da devedora é a caracterização do conflito de interesses pela concordância presumida com o plano de cuja formulação participou ou teve a oportunidade de participar. Entende-se que o acionista credor, tendo participado da elaboração para a proposição do plano, está, naturalmente, predisposto a concordar com o documento. Não havendo semelhante influência na hipótese de plano alternativo apresentado por credores, estaria afastado o conflito de interesses que motiva a restrição de voto.

A outra corrente defende que, apesar da reforma, a LRF não excepcionou a incidência da regra do impedimento do artigo 43 justamente porque o voto do acionista representaria, de alguma forma, interferência indevida nos rumos da recuperação judicial. O questionamento que parece despontar é: por que a interferência do acionista/sócio nessa fase do procedimento (em que se apresenta o plano alternativo de credores) seria deletéria para a recuperação?

Se a opção do legislador foi por equiparar o crédito do acionista caso ele tenha sido contratado em condições comutativas aos créditos dos demais credores, conforme respectiva classe, sua posição creditória parece merecedora de tutela, medida que só se afigura efetiva se os acionistas detiverem os mesmos direitos que os demais credores integrantes da mesma classe.

Da mesma forma, será que o conflito de interesses remanesce para toda e qualquer situação em que determinado credor tenha ingerência sobre a recuperanda? Que ingerência é essa? Se a resposta ao primeiro questionamento for afirmativa, então, os credores proponentes do plano alternativo também não poderiam exercer seu direito de voto sobre a sua própria proposta, já que teriam sido os responsáveis pela elaboração do documento que seria votado.

Desta feita, a análise das hipóteses de impedimento do direito de voto do acionista ao plano alternativo parece requerer o enfrentamento dos seguintes

temas: (i) a análise empírica dos requisitos objetivos utilizados pela jurisprudência para determinar a incidência da regra do artigo 43 da LRF e (ii) a ponderação acerca da proteção dos interesses relevantes no processo de reestruturação à luz da interpretação da nova redação da LRF.

São muitas as dúvidas levantadas neste trabalho e todas parecem conduzir a um cenário conservador. Isto é, na presença de indicativos da vontade do legislador no sentido de tutelar o interesse do acionista na reestruturação da empresa e considerando-se que o acionista/sócio não exerce influência na elaboração do plano alternativo, parece-nos que, *a priori*, o acionista deve poder exercer seu direito de voto ao plano alternativo. Afinal, se o acionista-credor não puder exercer seu direito de voto com base no argumento do conflito de interesses, então, quem vota o plano alternativo?

Em qualquer caso, sempre impera a máxima de que regras restritivas de Direito devem ser interpretadas de forma igualmente restritiva, motivo pelo qual não se poderia conceber a restrição de um Direito basilar no processo concursal, que é o direito de voto do credor.

Antes de concluir este trabalho, porém, cabe embasar as premissas teóricas e a conclusão pela possibilidade de exercício do direito de voto pelo acionista no plano alternativo em premissas empíricas relacionadas aos fundamentos considerados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo para interpretar o artigo 43 da LRF.

5 AS RAZÕES POR TRÁS DO IMPEDIMENTO DE VOTO DO ACIONISTA: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 43 DA LRF

Sabe-se que o artigo 43 da LRF enumera determinados sujeitos impedidos de votar. Contudo, a miríade de situações submetidas ao Poder Judiciário justifica a análise empírica com a coleta de decisões que trataram da aplicação do mencionado dispositivo para que seja possível traçar um panorama objetivo de quais são, realmente, os fundamentos para o impedimento do direito de voto do acionista.

Este trabalho orientou-se pela seleção de casos do Tribunal de Justiça de São Paulo. Foram analisados de forma qualitativa 21 julgados do TJSP que trataram da possibilidade de exercício de voto em diferentes situações concretas envolvendo partes relacionadas à devedora. O parâmetro temporal utilizado compreendeu o período entre 9 de junho de 2005, data em que entra em vigor a Lei nº 11.101/2005, e abril de 2023. As guias de pesquisa utilizadas foram "artigo 43" e "art. 43".

O resultado da análise indica que, não obstante a jurisprudência majoritária apontar que o rol de pessoas impedidas de votar previsto no artigo 43 da LRF é taxativo, o enfrentamento das situações concretas não se limita às hipóteses disciplinadas no dispositivo. Com efeito, o TJSP proibiu o voto do “ex-sócio” (São Paulo, 2022), da “controladora de fato” (São Paulo, 2017), do “credor com garantia fiduciária” (São Paulo, 2019) e dos “advogados e consultores das recuperandas” (São Paulo, 2020).

A conclusão que se pode extrair é que a jurisprudência considera que a regra do artigo 43 da LRF é uma regra que se pauta pela parcialidade ou não do sujeito que exerce o voto. Isto é, caso o sujeito detenha uma relação com a recuperanda que possa afetar sua capacidade de exercer o voto em prejuízo de seus interesses creditórios, então, esse sujeito não poderá votar.

Verifica-se, assim, que não há uma teoria ou posição *a priori* a respeito do tema do conflito de interesses para exercício de voto em processos de recuperação e, nesses termos, apenas uma prova robusta acerca da parcialidade do acionista-credor quanto à aprovação ou à rejeição do plano alternativo poderia justificar o afastamento do seu direito de voto.

Some-se a isso a essencial “desmistificação” da posição do acionista em reestruturações. Trata-se de agente cuja posição creditória foi tutelada pela LRF, que equiparou, na nova redação do artigo 83, VIII, “b”, da LRF, o crédito do acionista aos demais créditos concursais da mesma classe quando contratado em condições comutativas.

6 CONCLUSÕES

O silêncio da LRF gerou um cenário de incertezas acerca da tutela dos interesses dos acionistas-credores quanto à regulação de interesses no plano alternativo. Se é certo que, em um cenário de dúvidas, impõe-se adotar a interpretação que preserva direitos, então, o acionista/sócio poderia votar, dada a eliminação da influência do acionista na elaboração do plano do credor.

Para um futuro próximo, espera-se a definição de uma miríade de situações que envolvem o plano alternativo: (i) quem vota o plano do credor? O proponente do plano vota o próprio plano? (ii) O controle de legalidade a respeito do plano alternativo deve ser prévio em relação a sua deliberação ou à análise dos termos de adesão? (iii) Como se dará a fiscalização do voto abusivo do credor proponente do plano? O que fazer em um cenário de mais de um plano alternativo apresentado?

Enquanto isso, parece que a jurisprudência caminha a passos lentos no que se refere à fixação de critérios objetivos e claros a respeito da aplicação e da interpretação do artigo 43 da LRF. Identificou-se, a partir de análise empírica, que, a despeito de considerar que o rol de impedidos previsto no mencionado dispositivo é taxativo, há inúmeras situações não abarcadas pela norma e que são consideradas pela jurisprudência como casos de impedimento de voto, como o voto do ex-sócio, do credor com garantia fiduciária e do advogado da recuperanda constituído em outros processos distintos da recuperação judicial.

Sob essa perspectiva, a melhor solução é aquela que aponta para a conformação da sociedade enquanto organização eficiente e multifacetada. O sistema de insolvência brasileiro adota concepção em que o processo de reestruturação é visto como política pública. Um desses interesses é o dos acionistas/sócios que são titulares de direitos creditórios contra a recuperanda.

A interpretação do artigo 43 da LRF ainda é tema “em aberto”, mas parece conduzir à afirmação de que o acionista/sócio que também é credor pode votar o plano de recuperação judicial alternativo. Com efeito, ainda que ocupe mais de uma posição, uma delas é a de credor e seu direito de voto nessa posição não foi expressamente afastado para a nova hipótese do plano alternativo que não é apresentado pela sociedade devedora.

De igual forma, a defesa do direito de voto do acionista/sócio credor encontra guarida na análise da coleta empírica de dados acerca da interpretação empregada pelo TJSP para definir quem são os impedidos de exercer o voto nos termos do artigo 43 da LRF. Segundo o TJSP, será impedido de votar o sujeito que não puder exercer o voto de maneira imparcial. Ora, no plano alternativo, o acionista/credor é, na verdade, credor, não acionista. Salvo prova em sentido contrário, a posição de parcialidade não se presume.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. **Observatório da insolvência: processos de recuperação judicial em São Paulo**. São Paulo: Associação Brasileira de Jurimetria, 2022. Disponível em: <https://abj.org.br/pesquisas/2a-fase-observatorio-da-insolvencia/>. Acesso em: 7 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação [...] **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 mar. 2021. Edição Extra. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14112.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedades por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência**. São Paulo: Malheiros, 2012.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COELHO, Fabio Ulhoa; NUNES, Marcelo Guedes. Uma avaliação da reforma de 2020. In: BALBINO, Otávio De Paoli; BALBINO, Márcia De Paoli (org.). **Lei de Falências e Recuperações Judiciais: estudos sobre as alterações da Lei 11.101/2005**. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

CORNELL LAW SCHOOL. **U.S. Code: Title 11**. Nova Iorque, 2018. Disponível em: www.law.cornell.edu/uscode/text/11. Acesso em: 29 fev. 2024.

COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

MENEZES, Moreira Maurício; GARCIA, Rodrigo Saraiva. A conversão de dívida em participação acionária na recuperação judicial e o plano alternativo dos credores. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, n. 28, jan.-jun., 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 5046520-86.2021.8.13.0024. 2. Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte. Juiz: Bel. Adilon Cláver de Resende. Parecer: Eduardo Munhoz. **Diário da Justiça**, Belo Horizonte, ago. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 5046520-86.2021.8.13.0024. 2. Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte. Juiz: Bel. Adilon Cláver de Resende. Parecer: Ivo Waisberg. **Diário da Justiça**, Belo Horizonte, 3 nov. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 5046520-86.2021.8.13.0024. 2. Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte. Juiz: Bel. Adilon Cláver de Resende. Parecer: Scheila Cerezetti. **Diário da Justiça**, Belo Horizonte, 9 mar. 2023a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 5046520-86.2021.8.13.0024. 2. Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte. Juiz: Bel. Adilon Cláver de Resende. Parecer: Francisco Satiro. **Diário da Justiça**, 15 jun. 2023b.

RIBEIRO, João Ricardo de Azevedo; RICUPERO, Marcelo Sampaio Goés; ORTEGA, Caio Rigon; CAMPEDELLI, Giovanna. O papel do acionista na recuperação judicial. *In*: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia (Coord.). **Recuperação judicial**: análise comparada Brasil-Estados Unidos. São Paulo: Almedina, 2020.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa; PIVA, Fernanda Neves. O conflito de interesses do credor e o impedimento de voto na recuperação judicial. *In*: PITTA, André Grunspun; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Direito societário e outros temas de direito empresarial aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Processo n. 1002265-62.2016.8.26.0659. 1.** Vara Cível do Foro de Vinhedo. Juiz: Fábio Marcelo Holanda. Vinhedo, SP, 2 fev. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AI nº 2097667-93.2016.8.26.0000. 2. Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira. Julgamento em 13 de março de 2017. **Diário da Justiça**, São Paulo, 14 mar. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI nº 2223880-42.2019.8.26.0000. 1. Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Des. Fortes Barbosa. Julgamento em 26 de novembro de 2019. **Diário da Justiça**, São Paulo, 26 nov. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AI nº 2206749-20.2020.8.26.0000. 2. Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Des. Ricardo Negrão. Julgamento em 17 de dezembro de 2020. **Diário da Justiça**, São Paulo, 17 dez. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AI nº 2286982-04.2020.8.26.0000. 1. Câmara de Direito Empresarial. Relator: Des. Alexandre Lazzarini. Julgamento em 9 de março de 2022. **Diário da Justiça**, São Paulo, 10 mar. 2022.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2023.

TEBALDI, Camila; OSNA, Mayara Roth Isfer. O plano dos credores e a mudança de paradigma nas negociações travadas com os devedores: breves aportes. *In*: MUNHOZ, Eduardo Secchi; SATIRO, Francisco; CERZETTI, Sheila C. Neder (Coord.). **Estudos sobre a reforma da lei 11.101/2005**. São Paulo: Expert Editora Digital, 2022. Livro digital.

**O SIGILO DO PRONTUÁRIO MÉDICO EM SEDE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL:
ESTUDO DE CASO¹**

*CONFIDENTIALITY OF MEDICAL RECORDS DURING CRIMINAL
INVESTIGATION: A CASE STUDY*

*EL SECRETO DE LOS EXPEDIENTES MÉDICOS EN LAS INVESTIGACIONES
CRIMINALES: ESTUDIO DE CASO*

**José Armando Ferreira Oliveira²
Roberta Marina Cioatto³**

RESUMO

Trata-se de estudo de caso, com uso de pesquisa bibliográfica e documental, de decisão não unânime do TJRS contra acórdão que denegou, por maioria, ordem de *Habeas Corpus* em favor de médico diretor de hospital que se negara a entregar prontuários médicos requisitados por autoridade policial em razão de sigilo profissional. Quais os limites da razoabilidade deste julgamento foi a pergunta problema de pesquisa e o objetivo do trabalho foi discutir a decisão final proferida em desacordo. Chegou-se ao resultado de que deveriam ter sido mantidos os votos vencidos em favor da não entrega de prontuário de paciente. Igualmente, pelo resguardo constitucional dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do paciente, e seu direito à saúde. Conclui-se isso, ainda antes de a temática ter chegado ao STJ – mesmo que em outro caso, ao conceder-se ordem para trancar ação penal em face da nulidade das provas obtidas em violação do sigilo profissional como o envio de prontuário da paciente.

Palavras-Chave: direitos fundamentais à intimidade e à privacidade; investigação criminal; prontuário médico; sigilo profissional.

¹Este trabalho teve início como discussão na disciplina de Biodireito e foi aprofundado nos encontros do OSPP – Observatório em Saúde Pública e Patentes. Foi escrito pelo discente sob orientação, revisão e atualização da docente.

²Mestrando em Direito pela UFPB. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Paraíso. Estudante do OSPP. E-mail: ferreiraarmando927@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-8354-0963>

³Doutora em Direito pela UFSC. Mestre em Direito pela UNISC. Professora do Centro Universitário Paraíso - UniFAP. Líder do OSPP. E-mail: ospp@fapce.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4207-4473>

ABSTRACT

This is a case study, using bibliographical and documentary research, of a TJRS non-unanimous decision that denied, by a majority, a Habeas Corpus order in favor of a hospital director who had refused to hand over medical records requested by police authorities due to professional secrecy. What are the limits of the reasonableness of this judgment was the research question and the aim of the work was to discuss the final decision made in disagreement. The result was reached that the unsuccessful votes in favor of non-delivery of patient records should have been maintained. Likewise, for the constitutional protection of the patient's fundamental rights to intimacy and privacy, and their right to health. In conclusion, even before the issue reached the STJ – even if in another case, when an order was granted to suspend criminal proceedings due to the nullity of evidence obtained in violation of professional secrecy, such as the sending of the patient's medical records.

Keywords: fundamental rights to intimacy and privacy; criminal investigation; medical records; professional secrecy.

RESUMEN

Se trata de un estudio de caso, utilizando investigación bibliográfica y documental, de una decisión no unánime del TJRS contra una sentencia que denegó, por mayoría, un recurso de *Habeas Corpus* a favor de director de hospital que se había negado a entregar los expedientes médicos solicitados por autoridad policial en virtud del secreto profesional. Cuáles son los límites de la razonabilidad de este juicio fue la pregunta de investigación y el objetivo del trabajo fue discutir la decisión final tomada en desacuerdo. Se llegó al resultado de que las votaciones a favor de la no entrega de los registros de los pacientes deberían haberse mantenido. Asimismo, por la protección constitucional de los derechos fundamentales del paciente a la intimidad y a la intimidad, y a su derecho a la salud. Esto concluye, incluso antes de que la cuestión llegara al STJ, que dictó orden de suspensión de proceso penal – mismo que delante de otro caso - por la nulidad de pruebas obtenidas en violación del secreto profesional, como el envío del expediente médico del paciente.

Palabras clave: derechos fundamentales a la intimidad y la privacidad; investigación criminal; registros médicos; secreto profesional.

Data de submissão: 26/11/2023

Data de aceite: 03/04/2024

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2017, Brasil (2017a), o Segundo Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS julgou recurso de Embargos Infringentes oposto em face de acórdão em Recurso em Sentido Estrito proferido pela 4ª Câmara Criminal que denegara, por maioria, ordem de Habeas Corpus em favor de médico diretor de hospital que, em razão de sigilo e segredo profissional, negou-se a entregar prontuários médicos requisitados por autoridade policial.

Como os embargos infringentes são um recurso manejado contra acórdão não-unânime de segunda instância, e considerando que o próprio recurso de embargos infringentes manteve-se não unânime, surgiu a pergunta problema desta pesquisa. Quais os limites da razoabilidade deste julgamento? O objetivo foi discutir a decisão final proferida em desacordo. Justifica-se o trabalho em razão da discussão social, acadêmica e judicial que se mantém a respeito do tema.

O sigilo do prontuário médico em sede de investigação criminal gera sempre acirrados debates nos meios médico e jurídico, dando causa às diversas decisões judiciais existentes. O trabalho, inobstante a quantidade de textos já escritos quanto ao tema, não deixa de ser relevante, uma vez que faz parte do dia a dia dos médicos e gera inúmeras dúvidas e muita insegurança.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental. Seu diferencial reside no estudo de caso aprofundado, a partir de um olhar crítico, além da citação de outros julgados quanto à temática.

2 A DISCUSSÃO SOBRE O SIGILO DO PRONTUÁRIO MÉDICO NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES Nº 70074005281 PELO TJRS

O Segundo Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgou, no ano de 2017, os Embargos Infringentes nº 70074005281 (nº CNJ: 0164643-72.2017.8.21.7000), o qual possuiu como relator o Desembargador Sérgio Miguel Achutti Blattes (Brasil, 2017a). Tratou-se de recurso oposto por Diretor Técnico de instituição hospitalar em face de acórdão proferido

pela 4ª Câmara Criminal do TJRS no Recurso em Sentido Estrito nº 70072193642 (Nº CNJ: 0429558-83.2016.8.21.7000) , no qual, por maioria, foi mantida a denegação da ordem de *Habeas Corpus* proferida na origem.⁴ O julgado possui a seguinte ementa:

EMBARGOS INFRINGENTES. COAÇÃO ILEGAL DA AUTORIDADE POLICIAL. REQUISIÇÃO DE PRONTUÁRIOS MÉDICOS DE SUPOSTAS VÍTIMAS DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. HAVENDO RAZÃO JUSTIFICADA, É POSSÍVEL QUE O DEVER DE SIGILO E DE SEGREDO SEJA FLEXIBILIZADO.

O embargante – médico e Diretor Técnico de Hospital – alegou estar sofrendo coação ilegal, face à advertência do Delegado de Polícia de que caso não fornecesse os prontuários médicos de duas supostas vítimas de tentativa de homicídio, para instruir inquérito policial, incidiria na prática do delito de desobediência. A investigação policial presidida pelo Delegado de Polícia é ato administrativo vinculado à Lei Complementar (Código de Processo Penal) com força vinculante, que serve para instrumentalizar ação estatal oficial, viabilizadora de persecução criminal jurisdicional e, portanto, que a todos alcança, inclusive médicos e nosocômios, independentemente do que disciplina Resolução Profissional quanto ao sigilo profissional. O interesse público do Estado em buscar elementos de formatação da prova para apurar responsabilidades penais se impõe.

EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS. POR MAIORIA. (Brasil, 2017a, grifo nosso).

Antes de se adentrar nos fundamentos do embargante e no mérito do julgamento, é preciso aqui ressaltar a fundamentação dos embargos infringentes. Este recurso é legalmente compreendido no art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal (Brasil, 1941a), em que se define:

Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária.

Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

⁴Negou-se seguimento ao Recurso Especial interposto, e o processo no 1º grau foi arquivado definitivamente em 30/08/18.

Nesse contexto, os embargos infringentes são definidos como um recurso passível de ser manejado pelo réu com a finalidade de se opor a acórdão de segunda instância em que o feito tenha sido julgado de forma não-unânime. Na esfera criminal, é um importante mecanismo de reanálise de decisões proferidas em desacordo. Ressalta-se também que no julgamento de embargos infringentes, a Câmara ou Turma Criminal deverá adotar o entendimento dos votos vencedores ou do voto vencido, não se possibilitando a criação de uma nova corrente a ser seguida, haja vista a delimitação da matéria posta a julgamento e o fundamento do recurso (Fayet; Poll, 2019).

No caso sob análise, os embargos infringentes foram interpostos contra decisão mantenedora de denegação de ordem em sede de *Habeas Corpus*. A questão meritoria diz respeito a uma suposta coação ilegal sofrida pelo embargante, em que a Autoridade Policial que presidia a um inquérito policial lhe requisitou os prontuários médicos de duas pacientes que teriam sido ofendidas em crime de tentativa de homicídio. Na oportunidade, o presidente da investigação criminal restou silente acerca do sigilo dos respectivos documentos, inclusive procedendo à advertência ao embargante de que acaso descumprisse a requisição, incorreria no crime de desobediência, tipificado no artigo 330, do Código Penal brasileiro.⁵

Diante disso, o profissional médico – diretor do hospital – impetrou *Habeas Corpus* objetivando a cessação da coação ilegal, uma vez que a requisição intentada é resguardada por sigilo médico, não devendo ele responder por crime em virtude do não envio.⁶ Com isso, após ter a ordem denegada na origem, interpôs recurso no Tribunal de Justiça do Estado, ocasião em que restou vencido o relator.

⁵“Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.” (Brasil, 1940). Trata-se de crime de menor potencial ofensivo, processado e julgado nos termos da Lei nº 9.099/95 (Juizado Especial Criminal).

⁶Em 15/03/23, o Conselho Federal de Medicina divulgou nota condenando a condução coercitiva de médico que, dias antes, fora levado de Hospital Municipal à delegacia por policiais de cidade do interior de Santa Catarina após ter-se negado a liberar, sem autorização judicial ou do paciente, prontuário médico sob sua responsabilidade. Em outro caso ilustrativo, noticiou-se que no dia 01/10/23 uma médica teria sido retirada algemada da UTI de hospital paulista e conduzida à delegacia por policiais militares diante da sua negativa de entregar boletim médico de policial internado na unidade, conforme Santos, Simionato e Patriarca (2023).

Tecendo-se um exame do voto condutor do entendimento prevalente no julgamento do acórdão embargado, percebe-se que a decisão se fundamentou, sobretudo, na premissa de que o sigilo médico-profissional não seria um direito absoluto e que o próprio Código de Ética Médica então em vigor (Resolução nº 1.931/09 do CFM – Conselho Federal de Medicina)⁷ apresenta hipóteses excepcionais.

Além disso, a decisão pela denegação da ordem no julgamento fora fundamentada no fato de que o delegado de polícia teria requisitado os prontuários a fim de apurar a prática de crime sob investigação, motivo pelo qual, com observância da legislação processual penal, deveria o sigilo dos ditos documentos ser quebrado:

Assim, verifica-se que existem exceções ao sigilo médico, o qual pode ser mitigado nas situações apontadas no dispositivo acima mencionado, sendo a investigação criminal justa causa à quebra do segredo. Insta mencionar que, via de regra, a autoridade policial requisita prontuário de atendimento da vítima para comprovação da materialidade do crime, o que torna incabível a alegação de proteção ao paciente, pois este não será prejudicado pela investigação. Pelo contrário, será beneficiado, pois seu agressor será responsabilizado criminalmente por seus atos. [...] O interesse da sociedade deve prevalecer sobre qualquer outro – respeitadas as garantias constitucionais, e esse interesse é de que a autoridade policial tenha razoáveis condições de cumprir o seu munus. (Brasil, 2017a, p. 05).

Em contrapartida, o voto minoritário – o qual posteriormente foi utilizado pelo médico na interposição dos embargos infringentes à decisão acordada – ressaltou que o prontuário detém caráter sigiloso, dado que contém todas as informações relevantes obtidas em atendimento médico hospitalar. Assim, é protegido pela inviolabilidade constante no art. 5º, X, da Constituição Federal⁸ (Brasil, 1988) e art. 207 do Código de Processo Penal,⁹ Brasil (1941a). Ademais, o voto registrou que restou configurada a coação ilegal, pois o acesso ao prontuário médico significa

⁷Revogado pela Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 (CFM, 2018).

⁸Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (Brasil, 1988).

uma “restrição do direito/garantia fundamental à intimidade, logo depende de autorização judicial para ser disponibilizado, sem o que a obtenção da prova é manifestamente ilícita” (Brasil, 2017a, p. 06).

Com efeito, uma vez que o acórdão se despreendeu de unanimidade, o embargante apresentou embargos infringentes à decisão da 4ª Câmara Criminal do TJRS, requerendo, em suas razões, a prevalência do voto minoritário, com a concessão da ordem postulada. Nesse sentido, após ouvido o Ministério Público, que pugnou pelo desacolhimento dos embargos, o Relator proferiu seu voto.

A fundamentação e o entendimento do Relator tomaram o mesmo caminho do voto vencido no âmbito do acórdão embargado, ressaltando-se que o prontuário médico é um documento íntimo do paciente e protegido constitucionalmente. Por isso, somente pode ser acessado por terceiros com o seu consentimento, salvando-se hipóteses excepcionalíssimas.

Em seu voto, o Relator esclarece que o Código de Ética Médica disciplina ser vedado ao médico “revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente” (Brasil, 2017a, p. 8). Porém, conforme aduz, nenhuma das três exceções mencionadas fora contemplada no caso concreto, pois não há o consentimento das pacientes, não se verifica caso de dever legal¹⁰ e não se pode interpretar a cláusula aberta de motivo justo sem perpassar pelo constante no art. 5º, X, da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Por motivo justo deve ser compreendido, assim, aquele que diretamente envolver direito ou garantia fundamental de terceira pessoa, nos casos em que o sigilo das informações referentes ao paciente possa, de alguma maneira, lesar terceiros. Nessas hipóteses, ao médico compete ponderar a situação e, conforme o caso, noticiar às autoridades ou à terceira pessoa informação que pareça relevante a tutela de direito seu potencialmente ameaçado. Somente assim pode ser compatibilizada essa hipótese de

⁹Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho (Brasil, 1941a).

¹⁰Por dever legal compreende-se a ocorrência de doenças de notificação compulsória, conforme o artigo 269 do Código Penal, (Brasil, 1940), ou a ocorrência de crime de ação penal pública incondicionada desde que a comunicação não exponha o paciente a procedimento criminal, nos termos dos incisos I e II do artigo 66 da Lei de Contravenções Penais (Brasil, 1941b).

quebra de sigilo médico com a garantia constitucional da intimidade e da vida privada (Brasil, 2017a, p. 8-9).

Ante o exposto, o voto do Relator destaca, por fim, que em face de um juízo de ponderação, tratando-se o prontuário médico de objeto restrito pelo direito fundamental à intimidade, conclui que apenas mediante ordem judicial pode ser ele disponibilizado. Ressalva que para se constituir prova lícita, a utilização de prontuário médico em investigação criminal subordina-se à reserva jurisdicional, assim como ocorre com dados telefônicos do indivíduo, por exemplo. Portanto, como no caso em questão não houve a referida apreciação judicial, entendeu o Relator que a requisição da autoridade policial, alicerçada sob sanções legais, representa constrangimento ilegal, motivo pelo qual acolheu os embargos infringentes nos termos do voto minoritário do acórdão recorrido.

Inobstante, os votos que entenderam pelo desacolhimento dos embargos – e saíram vencedores – destacaram pontos contrários à tese de que a inviolabilidade da intimidade prevista na Constituição atingiria o sigilo do prontuário médico. O entendimento majoritário dos Desembargadores, em síntese, é que não havia coação ilegal, haja vista que a advertência do profissional médico de incurrência em crime de desobediência não violara o direito à intimidade dos pacientes, dado que a mitigação de tal sigilo não é cláusula de reserva de jurisdição. Além disso, destacou-se que, por ser o inquérito policial ato administrativo vinculado à Lei complementar (Código de Processo Penal) sua força alcança a todos, independentemente do que disciplina Resolução Profissional (Código de Ética dos Médicos).

Outrossim, aduziu-se que não se pode estender imprescindibilidade de autorização judicial da forma feita com as comunicações telegráficas, telefônicas e de dados pessoais às informações contidas nos prontuários médicos de pacientes. Isso porque, como observado no caso sob avaliação, há interesse público na obtenção de tais documentos a fim de captar elementos de informação visando instruir investigação criminal, a qual, *a posteriori*, pode tornar-se ação penal pública. Isto é, tratando-se de prova de materialidade do delito sob investigação, o prontuário médico, no entendimento prevaletido, pode ser fornecido ao Delegado

de Polícia. Acordaram os Desembargadores, por maioria, pelo desacolhimento dos embargos infringentes.

3 O PRONTUÁRIO MÉDICO E AS NORMAS RELATIVAS AO SIGILO: UMA CRÍTICA À DECISÃO DO TJRS

O prontuário médico é um acervo documental que engloba a junção dos documentos relativos ao histórico da passagem do paciente em atendimento. Trata-se de um arquivo produzido pelo profissional de saúde e pertencente ao paciente, onde se encontram todas as informações acerca do seu estado de saúde, incluindo os procedimentos a que foi submetido, exames, evolução médica, laudos, eventuais irregularidades e relatório de alta. Do ponto de vista ético-profissional, o prontuário médico é o documento que viabiliza a aferição da responsabilidade pelo atendimento prestado ao paciente, ao passo em que também permite a análise de correspondência do atendimento às normas procedimentais e terapêuticas (Araújo et al., 2019).

Segundo o artigo 1º da Resolução nº 1.638/2002 do CFM, o prontuário médico é “o documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico” (CFM, 2002).

Nesse contexto, por se tratar de um relatório em que constam dados sensíveis e estritamente pessoais, o prontuário médico ganha uma natureza envolta na confidencialidade de informações, privacidade e intimidade do paciente, os quais são direitos fundamentais com respaldo no já citado art. 5, inciso X, da Constituição Federal (Brasil, 1988). Em tempo, é preciso ressaltar que os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade são valores que passaram a ser notados pela Constituição de 1988:

Embora a jurisprudência e vários autores não distingam, ordinariamente, entre ambas as postulações — de privacidade e de intimidade —, há os que dizem que o direito à intimidade faria parte do direito à privacidade,

que seria mais amplo. O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas [...] O direito à privacidade, em sentido mais estrito, conduz à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral (Mendes; Branco, 2018, p. 420).

Destarte, o prontuário médico, pelo menos em tese, é resguardado pelo sigilo, amparado no plano ético pelo Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018), que além de ressaltar o sigilo como um princípio norteador da atividade médica, assevera em seu art. 73 que é defeso ao médico “Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente”. (CFM, 2009; 2018). Além disso, o parágrafo único (c) do citado dispositivo ressalta que permanece tal sigilo ainda na investigação de suspeita de crime, ocasião em que o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal (CFM, 2009; 2018).

Ontologicamente, a confidencialidade ou o sigilo de informações em razão de causa médica destaca-se como um preceito moral, isto é, liga-se à confidencialidade da relação entre o médico e o paciente tomando como princípios condutores a intimidade e a privacidade. O segredo médico é consagrado desde tempos primordiais, com o clássico juramento de Hipócrates (460-351 a.C.)¹¹ até a atual era digital, com a existência da telemedicina e dos prontuários médicos eletrônicos. No entanto, “embora seja um dos mais tradicionais preceitos morais da assistência em saúde, o sigilo ainda é frequentemente desrespeitado” (Lettieri et al., 2021, p. 815).

No âmbito criminal, o sigilo da relação médico-paciente também é compreendido no artigo 154 do Código Penal brasileiro, em que se tipifica como crime a conduta de revelar, sem justa causa, segredo, de que tem conhecimento

¹¹“Aquilo que, no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto” (CREMESP, 2023).

graças à função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem (Brasil, 1940).

No mesmo sentido, o Código de Processo Penal veda no artigo 207 o depoimento de pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho (Brasil, 1941a). Portanto, compreende-se que o sigilo médico é contemplado em tais previsões com vistas a garantir o sigilo de informações prestadas e produzidas em razão de ofício ou profissão, sendo este um direito do paciente e um dever do médico.

Trata-se de proteção jurídica ao direito à saúde, pois – para resguardo de sua saúde – o paciente deve se sentir seguro e acolhido ao procurar socorro junto aos profissionais de saúde, sem receio de prisão ou de ser processado criminalmente. Igualmente, assegura-se aos pacientes o direito constitucional de não autoincriminação, sendo impossível admitir-se que a procura de ajuda médica para salvaguarda da saúde, configure, mesmo que por vias oblíquas, produção de provas contra si. Como o prontuário médico não inclui apenas o atendimento específico, mas toda a situação médica do paciente, saber da eventualidade de sua revelação poderia fazer com que o paciente sonegasse informações, prejudicando seu tratamento. Portanto, entende-se que o dever de resguardar segredo profissional é absoluto – do mesmo modo que o sigilo sacramental recebe a confiança do penitente.

A respeito do referido sigilo, tem-se ainda a Resolução 1.605/2000 do CFM que diz, em seu artigo primeiro, não poder o médico, sem o consentimento do paciente, revelar conteúdo do prontuário ou ficha médica. Além disso, no aspecto voltado à utilização de prontuário e investigação criminal, os demais dispositivos tutelam que o médico está impedido de revelar segredo que possa expor paciente a processo. Diante da autorização expressa do paciente é que o médico poderá encaminhar a ficha ou prontuário diretamente à autoridade requisitante. E, para a

sua defesa judicial, poderá o médico apresentar a ficha ou prontuário médico à autoridade competente, solicitando segredo de justiça (CFM, 2000).¹²

Dessarte, percebe-se que a quebra do sigilo médico mitiga o núcleo do direito fundamental à intimidade, fato que também se reveste em ilicitude. Conquanto, observa-se que há ocasiões em que o prontuário médico é requisitado para fins judiciais, como no caso em exame. Isso pode ser notado quando a autoridade policial, a qual preside inquérito policial, solicita tal documentação com a finalidade de instruir investigação criminal e robustecer a captação de indícios de materialidade delitiva no caso concreto¹³. Esta ocorrência é, não raramente, realizada com fulcro no interesse coletivo e sem ordem judicial pretérita, o que confronta a natureza intrinsecamente íntima das informações constantes no prontuário médico.

No entanto, em que pese todo esse acervo aqui discutido com relação às normas profissionais da medicina, a decisão do TJRS nos embargos infringentes nº 70074005281 (Brasil, 2017a), tratou de estabelecer a inferioridade de tais dispositivos quando contrastados ao Código Penal e de Processo Penal. De fato, os regulamentos referidos não possuem força de Lei complementar. Contudo, por tratarem especialmente da moral profissional médica e por possuírem extrema

¹²De referida resolução conta ainda seu artigo 4º, assim redigido: “Se na instrução de processo criminal for requisitada, por autoridade judiciária competente, a apresentação do conteúdo do prontuário ou da ficha médica, o médico disponibilizará os documentos ao perito nomeado pelo juiz, para que neles seja realizada perícia restrita aos fatos em questionamento” (CFM, 2000). Ocorre que em razão de decisão judicial do TRF-4 na apelação cível nº 5009152-15.2013.4.04.7200/SC, (Brasil, 2017b), o artigo foi suspenso. A mesma decisão afastou, igualmente, o artigo 89, parágrafo 1º, do antigo Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/2009), (CFM, 2009), o qual possuía redação semelhante. Essa última disposição não se encontra mais em vigor, vez que revogado aquele Código de Ética Médica e substituído pela Resolução CFM nº 2.217/2018, (CFM, 2018). Neste, a atual redação do artigo 89, parágrafo 1º, foi redigida em consonância com a decisão judicial, determinando a entrega dos documentos médicos, se requisitados, ao próprio juízo requisitante. Foram admitidos recurso especial e recurso extraordinário contra a decisão. REsp nº 1737321/RS (2018/0095515-9) negado provimento por ausência de pré-questionamento. RE 1.313.086/SC (Brasil, 2021), negado seguimento em 23/03/2021 porque razões do extraordinário partem de pressupostos fáticos estranhos ao acórdão recorrido. Deste modo, em 13/05/2021 o processo foi baixado definitivamente.

¹³Segundo previsto no art. 1º, §2º, da Lei nº 12.830/13 “Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos” (Brasil, 2013).

relevância neste campo, não devem ser desconsiderados ou ignorados no azo da interpretação acerca do sigilo do prontuário médico no caso julgado.

Nesse sentido, a liberação indiscriminada do prontuário médico para terceiros – independente da finalidade, é vedada pelo Código de Ética Médica em seu art. 89. Este diploma proíbe ao médico a liberação de cópias do prontuário sob sua guarda, salvo quando autorizado, por escrito, pelo paciente, quando para atender ordem judicial ou para a sua própria defesa. (CFM, 2009; 2018).

Isto é, em qualquer situação o sigilo deve ser notado enquanto uma garantia do paciente, sob pena de responsabilização do profissional na esfera cível, sobretudo porque os parágrafos 1º e 2º do sobredito dispositivo estabelecem que, na ocasião de requisição judicial, o prontuário será encaminhado ao juízo solicitante, bem como quando o prontuário for apresentado em sua própria defesa, o médico deverá solicitar que seja observado o sigilo profissional (CFM, 2009; 2018).

Sobre a requisição por parte do Ministério Público de documentos protegidos por sigilo, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.217.271 (Brasil, 2016b), reafirmou que este não se exime da autorização judicial prévia para ter acesso. Igualmente, o Supremo Tribunal Federal também decidiu que para haver o acesso por parte do MP, faz-se necessária a autorização judicial, nos termos do RE 535.478 e RE 318.136 (Brasil, 2018b).¹⁴

Os dados íntimos do paciente, assim, somente poderiam ser acessados com decisão judicial favorável à quebra e ao acesso das informações contidas no prontuário médico. Como já observado, o CPP – Código de Processo Penal proíbe ao médico prestar depoimento com relação ao paciente – seja escrito ou

¹⁴No TRF-1, aguarda julgamento a apelação cível nº 0055245-23.2013.4.01.3800. Nesta ação civil pública, julgada improcedente, o Ministério Público Federal e o Estadual de MG pretendem a condenação do CFM na edição de resolução federal visando orientação no sentido de atendimento das requisições do Ministério Público para entrega de prontuários médicos e papeletas de atendimento de pacientes, dispensando-se qualquer autorização dos respectivos pacientes ou de seus familiares. Sustentam: que o art. 129, VI, da CF, confere ao MP o poder de requisitar informações e documentos para instruir procedimentos administrativos; que o art. 8º, §2º, da Lei Complementar 75/93 assegura que nenhuma autoridade poderá opor a exceção de sigilo ao MP; que o inciso II do mesmo artigo garante que o MP poderá requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta (TRF, 2018).

verbalizado em juízo. Logo, é evidente que o envio de prontuário médico exerceria o mesmo objetivo de depoimento, qual seja, instruir investigação criminal e/ou processo judicial. Portanto, a vedação recai também em face das informações contidas no registro de prontuário médico do paciente, podendo o profissional eximir-se do envio quando o documento – quanto mais se tem relação direta com a autoria ou materialidade de um suposto delito.

Trazendo esta discussão para a decisão judicial sob exame, tem-se que o profissional foi requisitado pela autoridade policial a submeter os prontuários médicos sob pena de incorrer em crime de desacato. Ora, não é razoável que o médico seja submetido a tal situação, pois acaso enviasse os documentos ele poderia ser responsabilizado na esfera cível, criminal e disciplinar ética pela quebra do sigilo médico. Ou seja, o requisitado encontrava-se em duas situações extremas, sendo este o fundamento para que tenha impetrado o *Habeas Corpus*¹⁵, a fim de cessar tal coação ilegal.

É preciso também tecer comentários sobre a utilidade do prontuário médico na referida investigação criminal. Isso porque é sabido que com a requisição, o Delegado de Polícia objetivava lastrear indícios de materialidade delitiva, visto que se tratava de documentos relativos à vítima de homicídio na forma tentada. Entretanto, a prova da existência de crime, nesta situação, poderia ser obtida sem a necessidade de desarrazoada mitigação de direitos fundamentais das vítimas.

Inicialmente, a realização de exame de corpo de delito direto ou indireto é, nos termos do art. 158, do CPP, indispensável quando o crime deixa vestígios, devendo, tal exame, ser realizado por perito oficial, portador de diploma de curso superior, nos termos do art. 159 do mesmo código (Brasil, 1941a). Outrossim, acaso a prova material do crime (vestígios) tenha desaparecido ou acaso se impossibilite a realização de exame técnico, pode, segundo o art. 167 do CPP, Brasil (1941) a prova testemunhal suprir-lhe a falta.

¹⁵Art. 5º, LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (Brasil, 1988).

Trata-se de uma faculdade, pois os depoimentos de testemunhas do delito podem (e não devem) servir como elemento material do crime. Destarte, percebe-se que o Código de Processo Penal oferece uma ordem de sucessão no que cerne às formas de comprovação da materialidade delitiva:

[...] a lei foi categórica ao afirmar que somente a prova testemunhal será capaz de substituir a pericial, não sendo admitida nenhuma outra espécie de prova para comprovação da materialidade. Se assim não fosse, temos certeza de que o legislador teria colocado qualquer tipo de prova e não apenas a testemunhal. E ainda há de ser lembrado que nem mesmo a confissão do acusado pode ser utilizada como prova da materialidade do delito, demonstrando, ainda mais, que somente a prova testemunhal é capaz de substituir o Auto de Corpo de Delito (Brandão, 2013, p. 12).

Nesse sentido, nota-se que, no caso em que o médico foi requisitado a encaminhar os prontuários médicos das vítimas sob pena de praticar um crime, a autoridade policial possuía outros meios de obter indícios materiais de ocorrência do delito investigado sem que fosse preciso a solicitação dos prontuários sem autorização judicial. Do ponto de vista investigativo, na situação em que não tenha sido possível a realização de perícia oficial junto às vítimas do crime de homicídio tentado, o depoimento destas seria suficiente para enriquecer o objetivo do inquérito policial.

E, se ainda assim a autoridade policial entendesse pela necessidade dos prontuários, esta poderia, com vistas a resguardar os direitos fundamentais do paciente e a fim de evitar eventuais consequências disciplinares e jurídicas ao profissional requisitado, intentar uma representação judicial pela quebra do sigilo do médico e dos dados do paciente. Tudo nos termos elencados tanto pela legislação penal e processual penal, como pelos regulamentos do Conselho Federal de Medicina.

Estando fundamentados todos os elementos que comprovem a necessidade do documento no bojo inquisitorial, poder-se-ia buscar a autorização judicial no abordado caso. Porém, este procedimento foi dispensado pelo Delegado de Polícia, o qual entendeu por requerer diretamente os prontuários sem intermediação

judicial, situação que coloca ainda mais em risco a legalidade das eventuais provas obtidas a partir desta requisição.

Além de ferir preceitos constitucionais do paciente e a regulamentação infraconstitucional referida anteriormente, a quebra do sigilo médico também viola o disposto na Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD),¹⁶ a qual elenca no art. 5º, II que dados referentes à saúde ou à vida sexual, dados genéticos ou biométricos são considerados dados sensíveis, isto é, requerem atenção especial no seu tratamento (Brasil, 2019).

O indevido acesso a prontuário viola o sigilo médico e inobserva as diretrizes específicas destinadas pela legislação nacional à utilização destes dados. Vale lembrar que como ditado pelo art. 157, do CPP “são inadmissíveis devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (Brasil, 1941a). Assim, uma vez conseguido ilicitamente, o prontuário médico e tudo aquilo decorrente dele deve ser extraído dos autos processuais, como decidido, inclusive, pela 3ª Câmara Criminal do próprio TJRS em decisão assim ementada:

CORREIÇÃO PARCIAL. PRONTUÁRIO MÉDICO DA MÃE DA VÍTIMA. INDEFERIMENTO MANTIDO. Decisão judicial adequadamente fundamentada no sigilo profissional. Direito constitucional ao silêncio, expressado na parêmia “nemo tenetur se detegere”. Indeferimento mantido. Relator vencido. CORREIÇÃO PARCIAL DESPROVIDO, POR MAIORIA. (Brasil, 2018a).¹⁷

Igualmente,

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ABORTO. PRONÚNCIA. ILICITUDE DA PROVA. PRONTUÁRIO MÉDICO JUNTADO AO INQUÉRITO POLICIAL SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. O prontuário médico, na medida em que contém todas as informações relevantes obtidas durante atendimento médico hospitalar, está abrangido pelo dever de sigilo que se impõe ao profissional médico justamente em razão da proteção

¹⁶Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (Brasil, 2019).

¹⁷Contra a decisão foram interpostos e admitidos Recurso Especial e Recurso Extraordinário (70079478558). O REsp 1.789.191-RS (2018/0343318-8) não foi conhecido diante da natureza eminentemente constitucional. O RE 1.251.468 teve seguimento negado porque o ato que indefere correição parcial, por possuir natureza meramente administrativa, sem qualquer conteúdo jurisdicional, não viabiliza o cabimento do recurso extraordinário. Em 13/10/22 o processo foi baixado definitivamente em 1º grau.

constitucional à intimidade do paciente. Destarte, na medida em que o acesso a esse registro constitui uma restrição do direito/garantia fundamental à intimidade do paciente, impõe-se concluir que somente mediante ordem judicial o mesmo pode ser disponibilizado, com o que estará observada a reserva jurisdicional. Ausente autorização judicial, afigura-se ilícita a obtenção da prova. Como consequência, são também ilícitas as demais provas produzidas no curso da investigação e em juízo, pois diretamente derivadas daquela. Assim, ausente prova válida acerca da materialidade do fato, impõe-se a despronúncia da recorrente, com fundamento no artigo 414 do CPP. PRELIMINAR ACOLHIDA. RECURSO PROVIDO (Brasil, 2016a).¹⁸

Acerca desta temática, em março de 2023 a 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o *Habeas Corpus* nº 783.927/MG, (Brasil, 2023), ocasião em que concedeu a ordem para trancar ação penal iniciada em face de ré que supostamente teria provocado aborto em si mesma, incorrendo no art. 124, do Código Penal (Brasil, 1941a). A decisão fundamentou-se na nulidade das provas que foram obtidas através do médico que havia atendido a denunciada e violou o sigilo profissional ao provocar a autoridade policial enviando-lhe o prontuário da paciente, violando o sigilo das informações. Em virtude da condição de confidente necessário do profissional, houve contaminação de todo o processo com provas ilícitas. No *Habeas Corpus* nº 448.260/SP, este de relatoria do Ministro Antonio Saldanha Palheiro, a 6ª Turma do STJ, em 03/10/23, Brasil (2023), decidiu também pelo trancamento da ação penal por ausência de justa causa diante do reconhecimento da ilicitude da prova obtida (Brasil, 2023a).

Segundo Duclerc (2015, p. 185), a garantia da vedação das provas ilícitas resulta “de ponderação do próprio constituinte entre o direito do Estado de

¹⁸Contra a decisão foram interpostos e admitidos Recurso Especial e Recurso Extraordinário (70072079544). No STF, o RE 1072029 foi julgado prejudicado diante da perda do objeto porque verificado o provimento do REsp 1.669.161/RS, relatado pelo Ministro Joel Ilan Paciornik, com trânsito em julgado certificado em 08/08/2017, que assim decidiu: “dou provimento ao recurso para afastar o reconhecimento da derivação da ilicitude da prova com as demais constantes dos autos, e determinar o prosseguimento na apreciação da materialidade delitiva e posterior pronúncia da recorrida” (Brasil, 2017c). Ocorre que o TJRS entendeu em 23/05/18 (Brasil, 2018a), com o retorno dos autos da corte superior, quando da análise da prova realizada pelo juízo sentenciante, mesmo rejeitada a preliminar da remessa do prontuário, não haver prova da materialidade, pois a confissão da acusada não poderia suprir o indispensável exame de corpo de delito, direto ou indireto. No caso, “os elementos de convicção angariados não são hábeis a esclarecer, nem que minimamente, a causa de expulsão prematura do feto, o uso de método abortivo e o dolo da agente” de modo a autorizar a prolação do juízo de pronúncia. Deste modo, decidiu-se pela despronúncia em caso de abortamento. O feito foi arquivado definitivamente em 1º grau no dia 08/04/20.

investigar crimes e outros valores que a própria ordem constitucional protege, tal como a intimidade e a vida privada do indivíduo.” Além disso, ao propor-se uma ponderação entre a intimidade e o bem jurídico supostamente violado pelo acusado na prática delitiva, afirma referido autor, viola-se o princípio da presunção ou estado de inocência em afronta à noção mais elementar do devido processo legal.

De outro modo, se a CF limita a possibilidade de quebra do sigilo às comunicações telefônicas, os demais sigilos seriam absolutamente invioláveis. Mas, mesmo tendo-se em conta de que nenhum direito individual seria absoluto, inclusive aqueles garantidos constitucionalmente, e que portanto poderiam sofrer restrição por parte da legislação infraconstitucional, dependeria de expressa previsão legal e autorização judicial. É o que ocorre com os sigilos bancário e fiscal, nos termos do artigo 198, § 1º, II, do CTN.

Em vista de todo este cenário, o que Duclerc (2015, p. 198) afirma é que o tratamento que se tem dispensado aos sigilos constitucionais desafia o princípio da proporcionalidade, pois se a temática das proibições de prova se funda na necessidade de assegurar a mais correta reconstrução dos fatos, de outro a atividade probatória deve ser limitada, em face da tutela conferida a outros valores que, à luz do princípio da proporcionalidade, se sobrepõem à busca da verdade judicial.

É exatamente aqui, prossegue o autor, que começam as distorções. Isso por que se traduzida em uma questão de proporcionalidade a opção entre a busca da verdade e a defesa das garantias individuais, haveria de ser mais conveniente sacrificar o direito individual em favor de um interesse social mais elevado. Assim, na hipótese de prova ilícita, esta acabaria por ser aceita em casos em que se considere o bem da vida tutelado pela norma como prevalente à intimidade ou entre esta e o interesse do Estado. Estar-se-ia, deste modo, caminhando para a banalização dos direitos e garantias individuais em um atentado à presunção de inocência.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão do TJRS nos embargos infringentes nº 70074005281 (Brasil, 2017a), foi desacertada ao não levar em consideração, nos seus votos majoritários, o caráter sigiloso do prontuário médico. A requisição realizada pelo Delegado de Polícia ocasionou uma coação ilegal diante do profissional médico que se viu “entre a cruz e a espada”, visto que fora advertido de que incorreria em crime se não colaborasse com a investigação, no mesmo tempo em que deveria salvaguardar o sigilo da relação de confiabilidade prestada para com as pacientes.

Nesse sentido, se o médico é impedido de depor com base na legislação processual penal, deve prevalecer a compreensão de que o prontuário médico exerceria, no caso concreto, o mesmo papel de um testemunho, qual seja, evidenciar a ocorrência de um crime. Nada diferente, os votos minoritários do acórdão enfatizaram qualificar tal situação à reserva jurisdicional, pois tão somente ordem judicial, no entendimento proferido, poderia mitigar a inviolabilidade das informações contidas nos prontuários médicos intentados.

Enfatiza-se que a busca pela verdade processual não pode ultrapassar os limites impostos pela CF de 1988, notadamente no sentido de que todos os cidadãos têm direito à privacidade e à intimidade. Além disso, o requisitante dos prontuários possuía outros meios de captação da materialidade delitiva. Assim como argumentado e defendido pelos votos vencidos, a autoridade policial, caso insistisse pela necessidade do documento, deveria obtê-lo mediante representação judicial e não diretamente ao profissional médico. É ilegal a requisição judicial de documentos médicos quando há outros meios de obtenção da informação necessária como prova.

Inobstante, outros entendimentos podem superar estes argumentos, quais sejam sobre a manutenção do sigilo mesmo diante de determinação judicial ou da inexistência de outros meios de obtenção da informação necessária como prova. Isso porque se o artigo 207 do CPP (Brasil, 1941a) proíbe de depor aqueles que devam guardar segredo em razão da função, ministério, ofício ou profissão, também estão proibidos de disponibilizar o prontuário médico. Não fosse assim, esvaziada estaria a proteção enunciada no mencionado dispositivo legal.

Por fim, a confiança mútua desenvolvida é indispensável para o sucesso de

qualquer tratamento. Para a manutenção dos segredos dos pacientes por parte dos profissionais da saúde tem-se a crença fundamental de que os médicos manterão em sigilo suas confidências, o que permite aos pacientes buscarem ajuda sem medo de quaisquer repercussões que possam resultar do conhecimento de seus problemas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles et al. O sigilo do prontuário médico como um direito essencial do paciente: uma análise a partir das normativas do Conselho Federal de Medicina. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 8, n. 1, p. 95–109, 2019. DOI: 10.17566/ciads.v8i1.517. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/517>. Acesso em: 24 mar. 2023.

BRANDÃO, Gian Miller. Da Invalidez da prova testemunhal para comprovação de materialidade em crime que deixa vestígio quando possível a realização de perícia. **Boletim IBCCRIM**, v. 1, p. 12, 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5009152-15.2013.4.04.7200 (Processo Eletrônico - E-Proc V2 – TRF)**. Julgado em: 23 fev. 2017b. Relator: Des. Fed. Luís Alberto D' Azevedo Aurvalle. Rel. Acórdão: Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia. 4ª Turma.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível nº 0055245-23.2013.4.01.3800**. Data de Autuação: 28 de jul. 2018b. 7ª Turma. Relator: Des. Fed. José Amilcar Machado.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941a. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de dez. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Correição Parcial, nº 70078099041**, Terceira Câmara Criminal. Relator: Des. Rinez da Trindade. Julgado em: 26 de set. 2018a.

BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. **Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia**. Data da Publicação 21 de junho de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 20 de dez. 2024.

BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio 1993b. **Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes nº 70074005281**. Relator: Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes. Julgado em: 14 de Jul. 2017. Data da Publicação 14 jul. 2017a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. **Habeas Corpus nº 448.260/SP**. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro. Julgado em 03 de outubro de 2023a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça- STJ. **Habeas Corpus nº 783.927/MG**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgado em 14 de mar. 2023b. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2023/3/172D6127328D7F_HC783927.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993a. **Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8625.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941b. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm. Acesso em: 15 outubro 2023.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2019. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. **RE 318.136**. AgR. Relator: Min. Antônio Cezar Peluso, Segunda Turma. Julgado em 12 de set. 2006. Data da Publicação: 06 de out. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **RE 535.478**. Relatora: Min. Ellen Gracie, Segunda Turma. Julgado em 28 de out. 2008. Data da Publicação: 21 de out. 2008. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2665217/Recurso_Extraordinario_535478.pdf. Acesso em: 20 de dez. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. **RE 1.669.161**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, Julgado em 08 de ago. 2017c. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/473197312/decisao-monocratica-473197331>. Acesso em: 20 de dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **RE: 1.313.086/ SC**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 19 de março de 2021. Data de Publicação: 24 de mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso em Sentido Estrito, nº 70067922724**, Terceira Câmara Criminal. Relator: Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes. Julgado em: 20 de Jul. 2016a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. **REsp n. 1.217.271/PR**. Relator: Min. Humberto Martins, Corte Especial. Julgado em 18 de mai. 2016. Data da Publicação: 6 de set. de 2016b.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. **Aprova o Código de Ética Médica**. REVOGADA. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.217, de 01 de novembro de 2018. **Aprova o Código de Ética Médica**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 15 abr. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.605, de 15 de setembro de 2000. **Dispõe sobre a revelação de conteúdo do prontuário ou ficha médica**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2000/1605>. Acesso em: 23 mar. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.638, de 09 de agosto de 2002. **Define prontuário médico e torna obrigatória a criação da Comissão de Revisão de Prontuários nas instituições de saúde.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1638>. Acesso em: 15 abr. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Nota de Repúdio.** CFM condena desrespeito da Polícia Civil de Santa Catarina aos médicos e ao sigilo das informações dos pacientes. Brasília, 15 mar. 2023. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/wp-content/uploads/2023/03/nota_santacatarina.jpeg. Acesso em: 15 abr. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Processo-consulta CFM nº 10/2020.** Parecer CFM nº 5/2020. Interessado: Associação Médica Brasileira (AMB). Assunto: Relatório e atestado médico - publicidade e seus efeitos. Relator: Cons. Jeancarlo Fernandes Cavalcante. 07/05/20. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2020/5>. Acesso em: 15 out. 2023.

CONSELHO REGIONAL DO MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Juramento de Hipócrates.** Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>. Acesso em: 23 mar. 2023.

DUCLERC, Elmir. Sigilos profissionais, prova ilícita e proporcionalidade. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 185-201, 2015. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/10/24>. Acesso em: 01 maio 2023. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.10>

FAYET, Paulo; POLL, Roberta Eggert. Embargos infringentes e de nulidade versus “projeto anticrime”. **Revista do Curso de Direito do UNIFOR**, v. 11, n. 1, p. 89-106, 3 jun. 2020. Fundação Educacional de Formiga – FUOM. Disponível em: <https://revistas.uniformg.edu.br/cursodireitouniformg/article/view/1136>. Acesso em: 23 mar. 2023.

LETTIERI, Gabriela Kato et al. Sigilo médico na era digital: análise da relação médico-paciente. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 29, n. 4, p. 814-824, dez. 2021. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422021294515>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/9z4Z3fGvNTFkY8CLCqS5JKj/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 22 mar. 2023.

LOCK, Jussara de Azambuja. Confidencialidade: natureza, características e limitações no contexto da relação clínica. **Revista Bioética**, 2003, v. 11, nº 1, p. 51-64. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/149/153. Acesso em: 29 abr. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso De Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1640 p.

OLIVEIRA, Samyle Regina Matos; SILVA, Thyerrí José Cruz; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Quebra do segredo profissional por padres católicos: (im)possibilidade de violação do sigilo sacramental. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 1025-1055, mai.-ago. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/286/230>. Acesso em: 01 maio 2023.

SANTOS, William; SIMONATO, Sabina; PATRIARCA, Paola. Médica de UTI é presa dentro de hospital acusada de desacato por PMs: 'Fui algemada e pacientes ficaram sozinhos', diz profissional. **TV Globo e G1 SP**, 02/10/2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/10/02/medica-de-uti-e-detida-dentro-de-hospital-acusada-de-desacato-por-pms-fui-algemada-e-pacientes-ficaram-sozinhos-diz-profissional.ghtml>. Acesso em: 14 out. 2023.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. O direito-dever de sigilo na proteção ao paciente. **Revista Bioética**. 2015; 23 (3): 513-523. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/kFY5sjrzNCZYd3qVc5BLXDt/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 01 maio 2023.

AGROMILÍCIAS: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E A CONTINUIDADE PÚBLICO-PRIVADA NA VIOLÊNCIA CONTRA CAMPONESES

AGROMILICIAS: CONCEPT, CHARACTERISTICS, AND THE PUBLIC-PRIVATE CONTINUITY IN VIOLENCE AGAINST PEASANTS

AGROMILICÍAS: CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y LA CONTINUIDAD PÚBLICO-PRIVADA EN LA VIOLENCIA CONTRA LOS CAMPESINOS

Felipe De Araújo Chersoni¹

RESUMO

Dividimos este trabalho em três tópicos. Primeiramente, buscamos uma caracterização-conceituação para agromilícias, para, na sequência, compreender a continuidade do público-privado nas dinâmicas dessas violências. No primeiro tópico, analisamos reportagens em portais jornalísticos online nas quais aparece a terminologia agromilícias. No segundo tópico, fizemos a mesma busca em trabalhos acadêmicos. O objetivo desses dois primeiros tópicos é contribuir com uma proposta de reflexão acerca das agromilícias e trazer uma possível caracterização-conceituação a partir dos textos analisados. Concluimos, nesses dois primeiros tópicos, que o termo passou a ser empregado de forma mais intensa a partir de 2022 e, apesar de alguns poucos trabalhos acadêmicos e reportagens, é possível caracterizar as agromilícias a partir deles. No entanto, esses escritos não apresentam uma conceituação formal. A partir das características encontradas, buscamos conceituar o que é agromilícia. É a partir dessa conceituação que encontramos permanências históricas nessa ferramenta de violências. Amparados na literatura criminológica crítica, compreendemos que essas permanências históricas, dentre várias outras, incluem a continuidade público-privado nas ferramentas de punição.

¹ Doutorando em Ciências Criminais pela Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Bolsista integral do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Comunitárias (PROSUC-Capes). Mestre em Direito na linha de Direitos Humanos pela Universidade (comunitária) do Extremo Sul Catarinense (PPGD-Unesc); onde, também, foi bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Comunitárias (PROSUC-Capes). É pesquisador vinculado ao Grupo Pensamento Jurídico Crítico Latino-Americano, na qual se subdivide no grupo de Criminologia Crítica Latino-Americana - Andradiano (Unesc); membro pesquisador CNPq no núcleo de Estudos em Gênero e Raça - Negra (Unesc); membro do GT de Criminologia e Movimentos Sociais - Instituto de Pesquisa em Direito e Movimentos Sociais (IPDMS). Pesquisa e escreve sobre Violência de Estado. E-mail: Felipe_chersoni@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4912-574X>

Palavras-chave: Agromilícias; Violência no campo; Milícias Agrárias.

ABSTRACT

We divided this work into three topics. First, we sought to provide a characterization and conceptualization of agromilícias, followed by an understanding of the public-private continuity in the dynamics of this violence. In the first topic, we analyzed reports from online news portals where the terminology "agromilícias" appears. In the second topic, we conducted a similar search in academic works. The aim of these first two topics is to contribute to a reflective proposal regarding agromilícias and to present a possible characterization and conceptualization based on the analyzed texts. We concluded in these two initial sections that the term has been used more intensively since 2022, and although there are only a few academic works and reports, it is possible to characterize agromilícias based on them. However, these writings do not provide a formal definition. From the identified characteristics, we sought to conceptualize what an agromilícia is. It is from this conceptualization that we recognize historical continuities in this tool of violence. Supported by critical criminological literature, we understand that these historical continuities, among many others, include the public-private continuity in the tools of punishment.

Keywords: Agromilícias; Violence in the countryside; Agrarian Militias.

RESUMEN

Dividimos este trabajo en tres tópicos. Primero, buscamos proporcionar una caracterización y conceptualización de las agromilicias, seguida de una comprensión de la continuidad público-privada en las dinámicas de esta violencia. En el primer tópico, analizamos reportajes de portales de noticias en línea donde aparece la terminología "agromilicias". En el segundo tópico, realizamos una búsqueda similar en trabajos académicos. El objetivo de estos dos primeros tópicos es contribuir a una propuesta reflexiva sobre las agromilicias y presentar una posible caracterización y conceptualización basada en los textos analizados. Concluimos en estas dos secciones iniciales que el término se ha utilizado de manera más intensa desde 2022, y aunque hay solo algunos pocos trabajos académicos y reportes, es posible caracterizar las agromilicias a partir de ellos. Sin embargo, estos escritos no presentan una definición formal. A partir de las características identificadas, buscamos conceptualizar qué es una agromilicia. Es a partir de esta conceptualización que reconocemos continuidades históricas en esta herramienta de violencia. Respaldados por la literatura criminológica crítica, entendemos que estas continuidades históricas, entre muchas otras, incluyen la continuidad público-privada en las herramientas de castigo.

Palabras clave: Agromilicias; Violencia en el campo; Milicias Agrarias.

Data de submissão: 01/10/2024

Data de aceite: 02/12/2024

1 INQUIETAÇÕES INICIAIS

Este trabalho é decorrente dos debates acerca da dissertação de mestrado que produzimos de forma artesanal no âmbito do mestrado da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), a partir de pesquisa participante junto ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) na região catarinense do Planalto. Objetivamos, com este primeiro trabalho, investigar os impactos do controle social na luta pela terra (Araújo Chersoni, 2023).

Em tempos de CPI que reforça a tese de criminalização do MST, organizada pelos latifundiários e seus representantes no congresso, cruzada com um forte cunho criminalizador em reportagens amplamente divulgadas pela mídia hegemônica burguesa, classificando as ações do movimento como “invasões”, o imaginário popular brasileiro é impactado por uma telenovela onde o protagonista é um latifundiário “bonzinho”. Isso nos remete aos tempos em que, inseridos no cotidiano dos companheiros do MST na região do Planalto, pesquisamos de forma participante a atuação de grupos que operam de forma paraestatal na produção de medo e diversas violências contra os lutadores e lutadoras pela terra (Araújo Chersoni, 2023).

A partir disso, nos debruçamos na problematização das ferramentas de punição na historiografia brasileira, compreendendo que as agromilícias são uma expressão do que o professor Nilo Batista chamaria de Continuidade Público-Privado nas metodologias de punição (Batista, 2002, p. 126).

Lola Aniyar de Castro (2005), Vera Regina Pereira de Andrade (2016) e uma infinidade de criminólogos e criminólogas apontam de forma contundente, (e como deve ser), que uma das principais expressões/finalidades da punição na América Latina é o genocídio. O direito penal subterrâneo se transformou em uma potente categoria da criminologia crítica latino-americana, que permite compreender com

maior especificidade a realidade de um território de capitalismo dependente, que enfrenta até os dias atuais o mofo colonial, encontrando no racismo uma de suas principais colunas de sustentação. Esse tema deve ser debatido, inclusive, no campo dogmático do Direito Penal, considerando essas como suas reais funções (Cirino dos Santos, 2014).

Sendo assim, o objetivo geral deste trabalho é contribuir para caracterizar e conceituar as agromilícias, de modo a colaborar com estudos que busquem compreender mais essa ferramenta de opressão e violência. A pergunta central que orienta este estudo é: quais são as características e o conceito de agromilícias?

Em seguida, defendemos que a continuidade público-privado é uma das várias permanências históricas que atravessam décadas de atuação de grupos paraestatais na manutenção e consolidação do latifúndio no Brasil.

Para alcançar esse objetivo, dividimos o trabalho em três tópicos. No primeiro, fizemos uma busca livre na ferramenta *Google*, utilizando a expressão “agromilícias” entre aspas. Essa busca nos permitiu acessar reportagens em veículos de comunicação, nas quais buscamos características e uma possível conceituação para agromilícias.

Em um segundo momento, realizamos uma busca na ferramenta *Google Acadêmico*, o que nos possibilitou acessar alguns trabalhos que utilizavam como objeto de pesquisa, ou não, as agromilícias. Ressaltamos que em outras bases de dados, como o banco de teses e dissertações da Capes, não obtivemos resultados na busca, o que também demonstra a atualidade do tema.

A partir dessas buscas e de uma revisão de conteúdo qualitativo dos textos, pudemos traçar características das agromilícias. No entanto, esses escritos não apresentaram uma conceituação definida. Assim, com base nessas características, buscamos construir, como resultado desses dois primeiros tópicos de pesquisa, um conceito para agromilícias, com o qual pretendemos contribuir para essa área de pesquisa e para estudos futuros.

Por fim, avançamos para a entendimento de que as dinâmicas de repressão são constituídas a partir de uma aliança entre o público e o privado nas ferramentas de punição.

AGROMILÍCIAS: O QUE TEMOS DE DEBATE ATÉ AQUI? UMA BUSCA EM PERIÓDICOS JORNALÍSTICOS *ONLINE*

Neste tópico o principal objetivo é compreender como a expressão “agromilícias” tem surgido e vem sendo trabalhada em reportagens de veículos de comunicação, tanto em massa, quando independentes. Antes de mais nada esclarecemos que não temos a disposição, em esgotar os trabalhos que tem como “objeto de pesquisa” as agromilícias. Nossa proposta é elaborar um breve percurso de como as reportagens vem utilizando a terminologia em suas análises para assim alcançarmos finalmente um conceito de agromilícias.

O problema do conceito é algo importante, por exemplo, o próprio Marx se debruçou em buscar diversos conceitos que até hoje são ferramentas de leitura da realidade, como, por exemplo, o conceito de mais-valia, dinheiro, trabalho e diversos outros (Marx, 2010).

Muitos dos conceitos com que Marx trabalha ele acredita que não são criações da mente individual; são realidades conceituais criadas pela combinação de pensamento e ação das pessoas envolvidas na malha social (ideia de práxis) (Teixeira, 2000, p. 101).

Para a Criminologia Crítica, que ainda mantém fortes raízes na teoria marxista o problema do conceito também ganha importante peso, visto que o acúmulo criminológico crítico nos últimos 30 anos (e mais) tem se esforçado em compreender, também conceitualmente, o que é crime, e seus processos de criminalização - este último conceito, representando avanço, no sentido de virada de chave, para se problematizar os processos punitivos no modo de produção capitalista (Baratta, 2002, p. 212).

A atenção a essa expressão “agromilícias” surgiu pela primeira vez no campo. Em conversas livres e participando de atividades junto ao MST na região do Planalto Catarinense, alguns companheiros alegaram ser vítimas de “capangas e pistoleiros” que trabalham para os latifundiários e grandes empresários na região. Afirmando essa ser uma realidade com marcas profundas da história brasileira e que ainda não foi superada.

A partir de então, fizemos um esforço e compreender a dinâmica desses grupos paraestatais que vem sendo denominado atualmente de agromilícias. Pesquisadores e pesquisadoras vêm se esforçando em compreender a violência contra os camponeses em uma perspectiva histórica, dentre as várias passagens desta triste realidade, desde o Quilombo dos Palmares, passando por Canudos, Contestado dentre outros acontecimentos destes parâmetros as milícias agrárias estão presentes e são participes quase que principais dos massacres camponeses a mando dos latifundiários (Moura, 2001).

Sendo assim, limpando todos os buscadores *Google* para uma maior neutralidade nas buscas, digitamos o termo “Agromilícias” de forma livre nesta plataforma universal. Dando prioridade para jornais e revistas não científicas, neste primeiro momento, para posteriormente no próximo tópico, fazemos o mesmo percurso no buscador *Google Acadêmico* e demais bases de dados científicas.

É nestas buscas que observamos que a terminologia aparece pela primeira vez nos debates promovidos por “internautas” após a publicação de uma reportagem do portal Passapalavra em texto que leva como título “A greve dos caminhoneiros no emaranhado dos conflitos sociais”. O escrito aponta para uma maior radicalização da extrema direita nos conflitos urbanos e rurais. O portal faz uma análise da greve dos caminhoneiros chegando à conclusão que naquele momento o maior número dos grevistas eram motoristas autônomos e uma de suas principais pautas eram o preço dos combustíveis (Passa Palavra, 2018)². Ao final do texto, abre-se uma aba para comentários de leitores, onde um desses, chamado Lucas³ comenta:

[...] E creio que é justamente neste território onde o fascismo brasileiro tem mais força, talvez como resposta ainda efetiva ao movimento camponês de algumas décadas atrás. Vimos notícias de “agromilícias”, da organização social das igrejas nestes territórios, e sobre as ameaças aos caminhoneiros que queriam deixar os bloqueios [...] (Lucas *apud* Passa Palavra, 2018).

² A reportagem pode ser acessada em <https://passapalavra.info/2018/05/119975/>.

³ É importante levar em consideração que o portal é de acesso público, por isso, utilizamos do nome que aparece como autor.

Após o ano de 2018 a terminologia volta a aparecer com maior frequência em reportagens no ano de 2022, lembrando que neste período vivíamos uma maior ascensão de mortes de camponeses que vinha em uma crescente desde o ano de 2016. E é sobre isso que a reportagem do periódico *Correio Braziliense* trata ao empregar o termo “Agromilícias”. Em texto redigido por Cristiane Noberto (2022) intitulado de “Agromilícias” assassinaram 35 pessoas em conflitos no campo em 2021”. A reportagem aponta para os dados da comissão pastoral da terra⁴ e tem como o principal intuito denunciar a ação de tais agrupamentos paraestatais (Noberto, 2022).

Grupos chamados de “pistolagem sob encomenda” e “agromilícias”, além da omissão ou ação direta de agentes públicos, foram responsáveis pelo assassinato de 35 pessoas em conflitos no campo, no Brasil, em 2021. Desse total, 33 eram homens e 2 eram mulheres. Os dados estão no levantamento *Conflitos no Campo, Brasil 2021*, da Pastoral da Terra da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), lançado nesta segunda-feira (18/4), em Brasília. “Ocorreram 109 mortes em decorrência destes conflitos sangrentos, bem como 27 tentativas de assassinato e 132 ameaças de morte. Além destes dados, foram registradas 75 agressões físicas com ferimentos diversos, um sem-número de intimidações e tentativas humilhantes de subjugação, e 13 ocorrências de tortura praticadas principalmente por agentes privados designados como ‘fazendeiros’”, destaca o texto (Noberto, 2022).

No mesmo ano o portal Combate Racismo Ambiental em texto denominado de “Conflitos por terra explode com surgimento de agromilícias” faz uma potente exposição dos dados coletados junto a Comissão Pastoral da Terra (CPT) considerando que este tipo de atuação paraestatal, apesar de ser presente em toda a historiografia, ganhou potência durante o período do governo Bolsonaro, visto que, não somente, mas muito por conta de seus discursos eivados de ódio contra

⁴ A violência no campo, retratada no relatório da Comissão Pastoral da Terra (CPT) de 2023, evidencia a complexidade dos conflitos fundiários no Brasil, marcados pela atuação de fazendeiros, grileiros e pela omissão ou cumplicidade do Estado. O caso emblemático do despejo de Cícero Paulo da Silva e Maria José de Oliveira Silva, promovido por Arthur Lira com apoio estatal, reflete a interseção de interesses políticos e econômicos que perpetuam a expulsão de famílias camponesas e povos tradicionais. Nesse cenário, a Defensoria Pública desempenha um papel crucial na garantia de direitos, promovendo ações judiciais para a suspensão de despejos e conflitos relacionados a projetos predatórios, como os créditos de carbono. A atuação proativa da instituição é necessária para garantir a justiça e a dignidade às populações vulneráveis, desafiando os poderes que sustentam a desigualdade estrutural no campo (Bataier, 2024).

os lutadores e lutadoras pela terra contribuíram para o aumento do número de mortes no campo (Combate Racismo Ambiental, 2022).

Um dos fatores para esse aumento nos casos de violência sob a gestão Bolsonaro é o surgimento de grupos pistoleiros que atuam “sob encomenda”, contratados por grandes proprietários de terra e grileiros para atacar indígenas, quilombolas, sem-terra, assentados e ribeirinhos. Essas “agromilícias” se beneficiam também da omissão e da leniência do poder público para espalhar terror e medo no interior do Brasil (Combate Racismo Ambiental, 2022).

Ainda no ano de 2022 em reportagem no portal “Istoé” o termo aparece em texto bastante semelhante ao escrito já analisado junto ao Correio Braziliense. Sob o título de “Violência no campo: “agromilícias” assassinaram 35 pessoas em 2021” a reportagem assinada por Aryel Fernandes (2022) aponta que:

“Ocorreram 27 tentativas de assassinato e 132 ameaças de morte em decorrência destes conflitos. Além destes dados, foram registradas 75 agressões físicas com ferimentos diversos, um sem-número de intimidações e tentativas humilhantes de subjugação, e 13 ocorrências de tortura praticadas principalmente por agentes privados designados como ‘fazendeiros’”, diz a CPT, em nota. Ao todo, 100 pessoas foram presas em 2021, um aumento de 45% em relação ao ano anterior. Quase metade dos presos em 2021, eram do estado de Rondônia. Rondônia foi o estado com o maior número de assassinatos, com 11 no total. Maranhão vem em seguida com 9 assassinatos, seguido de Roraima, Tocantins e Rio Grande do Sul, cada um com 3 assassinatos. Dentre as vítimas, 10 eram indígenas, 9 sem-terras, 6 posseiros, 3 quilombolas, 2 assentados, 2 pequenos proprietários, 2 quebradeiras de coco babaçu e 1 aliado. Aumentou, ainda, o número de torturados, passando de 9 para 13, e de agredidos, que passou de 54 para 75 (Fernandes, 2022).

Em termos de nossa análise a reportagem que traz um maior detalhamento acerca da terminologia agromilícias é do jornal *The Intercept* Brasil em texto extremamente detalhado, subdividido em diversos tópicos, com dados, entrevistas, citando também, diversas, pesquisas científicas. A autora Carol Castro (2022) denuncia, neste texto, uma estreita ligação entre os clubes de tiros, liberação de porte de arma pelo então ainda presidente Bolsonaro e a morte e aumento dos conflitos agrários em diversas regiões do Brasil.

Em tópico que se denomina “Armando agromilícias” a autora detalha a atuação de tais grupos, como eles agem, em “parceria” com fazendeiros e se beneficiam com os decretos de Bolsonaro.

A lei mudou mesmo o cenário no campo. Em 2019, Bolsonaro aprovou uma lei de posse de arma estendida no campo. Ou seja, desde então, os fazendeiros podem andar armados por toda sua propriedade – e não apenas na sede, como era antes. “Essas propriedades na Amazônia são do tamanho da região metropolitana de São Paulo. Então essa pessoa pode andar por milhares de quilômetros armada. Ela agora pode botar um fuzil legal dentro da sua propriedade” [...] (Castro, 2022).

Já o periódico Brasil de Fato que é conhecido pelo seu claro posicionamento político e responsável por uma das mais populares tentativas de fazer uma leitura comunitária do Brasil, destacou o termo agromilícias em algumas reportagens importantes. Ressaltamos a escrita por Nara Lacerda, onde a autora aponta para um “Terror no campo” demonstrando que o significativo aumento da violência contra os camponeses vem justamente de grupos paraestatais.

As maiores vítimas dessas mortes foram “indígenas, trabalhadores sem-terra, posseiros, quilombolas, assentados, pequenos proprietários, quebradeiras de coco babaçu, lideranças e apoiadores da luta pela terra” (Lacerda, 2022). E como principais operadores do que a vem sendo chamado de “terror no campo” estão agentes privados, como fazendeiros, agromilícias, grupos de pistoleiros que atuam sob encomenda e o poder público (Lacerda, 2022).

Diante dessas reportagens analisadas observamos que a terminologia passou a ganhar forte peso nas reportagens durante o ano de 2022, sendo este, um reflexo do aumento da violência contra os lutadores e lutadoras pela terra. Porém, destacamos que apesar, das mais contundentes reportagens o termo agromilícias é apresentado sem uma conceituação exata, nos proporcionando extrair dessas matérias algumas características destes grupos:

A) são grupos ligados a latifundiários B) observasse um fortalecimento desses grupos durante o governo Bolsonaro C) os decretos armamentistas foram fundamentais para o aumento de tais agrupamentos D) esses grupos apresentam um caráter paraestatal contando com o apoio velado de membros das forças de seguranças públicas.

AGROMILÍCIAS UM PROBLEMA DE PESQUISA? UMA BUSCA DO TERMO EM TRABALHOS ACADÊMICOS NA PLATAFORMA GOOGLE ACADÊMICO

Diante do avanço da ofensiva do capital, utilizando-se de seu aparato repressivo e marcado pelo exponencial aumento das mortes contra os lutadores e lutadoras pela terra, trabalhos acadêmicos passam a se debruçar a compreender as dinâmicas de tal violência. É neste sentido que fizemos uma breve busca na plataforma *Google* acadêmico utilizando a terminologia “agromilícias”. Não empregamos critérios específicos para a análise dos trabalhos, e sim, utilizamos da lista no qual o próprio buscador nos apresentou, seguindo a ordem no qual foi estabelecida pelo sistema *google* acadêmico e analisando os trabalhos nesta sequência pré-estabelecida.

Sendo assim, jogando a palavra agromilícias no buscador a terminologia aparece em cinco trabalhos, quais sejam, “Extrema Derecha, Pandemia y La Invasión de los territorios comunitarios em la Amazonía brasileña”; “A Amazônia na virada global da extrema direita”; Espaço, Economia e os novos desafios do Brasil”, “Frontera, derechos humanos y territorios tradicionales em Rondônia (Amazonia Brasileira)” e “Fronteira, direitos humanos e territórios tradicionais em Rondônia (Amazônia Brasileira)”.

Como podemos observar destes trabalhos buscados pela ferramenta três deles são, proveniente da mesma pesquisa, que foi publicada em português e espanhol, vejamos: Extrema Derecha, Pandemia y La Invasión de los territorios comunitarios em la Amazonía brasileña”; “A Amazônia na virada global da extrema direita” e “Frontera, derechos humanos y territorios tradicionales em Rondônia (Amazonia Brasileira)”; “Fronteira, direitos humanos e territórios tradicionais em Rondônia (Amazônia Brasileira)”. Neste sentido tais trabalhos serão analisados de forma conjunta.

Sendo assim, os textos denominados de Extrema Derecha, Pandemia y La Invasión de los territorios comunitarios em la Amazonía brasileña”; “A Amazônia na virada global da extrema direita” tem como principal objetivo analisar “aspectos do processo de acirramento da competição (política, econômica e social) por recursos naturais, ampliado na chamada virada global da extrema direita” (Matos, 2021a; Matos, 2021b).

As agromilícias surgem neste contexto como braço armado ligados a grupos políticos e econômicos nos quais são responsáveis pela invasão nos territórios amazônicos com uma forte ligação com a extrema direita. Destacando algumas falas de Jair Bolsonaro, uma das principais teses no qual o texto transita é que estes discursos facilitam a atuação desses agrupamentos nos quais estão relacionados com radicais grupos que tem como pano de fundo a extração econômica das riquezas da região (Matos, 2021a, p. 858; Matos, 2021b).

Os textos fazem uma necessária e contundente análise do bolsonarismo enquanto agenda de pesquisa, problematizando os discursos de ódio; a busca de um inimigo (a esquerda) a serem combatidos e entrelaçado neste contexto está o patrocínio e o fortalecimento destes grupos paraestatais (Matos, 2021a, p. 859; Matos, 2021b).

É certamente inseguro dizer algo sobre o avanço do ecofascismo no Brasil como uma expressão do ambientalismo negacionista, nacionalista, racista, misógino mas, com a entrada em massa de setores neopentecostais, dos militares, dos grupos mercenários na esfera política, aliado à ação concreta dos latifundiários, grupos econômicos e agromilícias nas disputas por terra, água, madeira, minério é difícil admitir um cenário em que as múltiplas perspectivas autoritárias não se confi gurem sobre os territórios das comunidades diversas, e o ambientalismo da extrema direita tem sido um pilar (além de outros) de reprodução da lógica social do colapso. Na Amazônia brasileira, há um empoderamento das agromilícias mercenárias no exercício de um poder paralelo nas disputas por terra, madeira e minério nas áreas públicas e nos territórios comunitários. Nas ações desses grupos ligados ao mundo “agro” está embutida as conspirações maniqueístas (“trabalhadores” versus “preguiçosos”, “progresso” versus “atraso” etc.) daqueles que estão à procura do inimigo em comum (Matos, 2021a, p. 859).

Na sequência o texto “Espaço, Economia e os novos desafios do Brasil” faz uma espécie de análise de conjuntura, a expressão aparece uma única vez no texto, não sendo a centralidade do mesmo, porém, reafirmando que a gestão de Jair Bolsonaro foi um desastre em todos os setores, contribuindo para a concentração de terras, corroborando e patrocinando diversas afrontas aos direitos humanos e fortalecendo as agromilícias (Oliveira, 2022).

Em seguida o buscador nos apresenta mais dois importantes textos, que foram publicados em português e espanhol nos possibilitando fazer a análise conjunta dos estudos que contribuem com a disseminação do tema a nível latino-

americano. Os textos tem como título “Fronteira, direitos humanos e territórios tradicionais em Rondônia (Amazônia Brasileira)”.

Nestes textos o termo agromilícias vem sendo utilizado junto com a terminologia agrobandidagem a ideia central é que grupos com caráter paraestatal que atuam junto de garimpeiros, que com o avanço do modo de produção capitalista foram responsáveis pela intensificação da extração ilegal nas áreas protegidas, contando com um forte aumento da violência patrocinado por tais grupos (Silva; Michalski; Souza; Lima, 2020).

Agrobandidagem tem atuado em várias sub-regiões rondonienses com o propósito de invadir Áreas Protegidas e criar situações de apelo social para que o Estado aceite a conversão de áreas florestais em espaço da agropecuária, da extração madeireira, da mineração e do mercado de terras. A narrativa de que os pequenos produtores/campesinato precisam de terras para trabalho se tornou comum nesse processo. Todavia, a estratégia frequentemente é de usá-los para garantir no médio prazo um mercado de terras à agropecuária e ao agronegócio, assim como, justificar a abertura das áreas indígenas à exploração mineral e florestal. Dessa forma, a agrobandidagem, em conjunto com organizações de garimpeiros, inventam o problema mineral em Rondônia (Silva; Michalski; Souza; Lima, 2020).

Podemos observar mais uma vez que as agromilícias estão sendo responsáveis pela reprodução de históricas formas de violência que se estrutura pelo poderio econômico e dominação burguesa brasileira, é neste sentido, que com o advento do bolsonarismo enquanto forma de fortificar a introjeção violenta do imperialismo os grupos paraestatais tem se fortalecido.

Os textos analisados, não esgotam a temática, visto que a ferramenta *Google Acadêmico* não esgota as inúmeras publicações acadêmicas existentes, podendo existir outros textos nos quais contemplam o tema e a ferramenta não buscou por diversos motivos.

Reafirmamos que não foram encontradas nas outras bases acadêmicas como banco de teses e dissertações da capes a incidência da terminologia, por isso, não analisamos tal base de dados.

Com a análise dos textos podemos reafirmar e destacar algumas características das agromilícias A) As agromilícias foram fortalecidas durante o governo de Jair Bolsonaro B) Tais grupos contribuem para uma histórica violação

das terras protegidas C) Visivelmente existe uma intrínseca ligação destes grupos com o próprio Estado, o que ficou ainda mais claro diante dos pronunciamentos de Jair Bolsonaro.

A CONTINUIDADE PÚBLICO-PRIVADO NAS DINÂMICAS DE VIOLÊNCIA CONTRAS OS CAMPONESES

Os últimos levantamentos da Comissão Pastoral da Terra (CPT) demonstram um aumento dos números de conflitos agrários colocando em risco a vida do proletariado camponês e atingindo em cheio os lutadores e lutadoras pela Terra. É neste sentido, que surge o nosso interesse de analisar mais esta dinâmica de opressão e violência. Durante as pesquisas realizadas, observamos que a terminologia agromilícias é bastante presente tanto no campo, quanto em trabalhos acadêmicos, porém, destaca-se quando utilizado o termo características de tais grupos, sem ao certo precisar o que seriam as agromilícias.

Neste sentido, a partir de tais características extraídas dos textos consultados, tanto em reportagens como em trabalhos acadêmicos, chegamos a uma possível conceituação do que são as agromilícias, buscando contribuir com as discussões práticas e acadêmicas para este campo.

Destacamos então algumas características já trazidas no texto, segundo as reportagens analisadas: A) são grupos ligados a latifundiários B) observasse um fortalecimento desses grupos durante o governo Bolsonaro C) os decretos armamentistas foram fundamentais para o aumento de tais agrupamentos D) esses grupos apresentam um caráter paraestatal contando com o apoio velado de membros das forças de segurança públicas.

E segundo os trabalhos acadêmicos analisados: A) As agromilícias foram fortalecidas durante o governo de Jair Bolsonaro B) Tais grupos contribuem para uma histórica violação das terras protegidas C) Visivelmente existe uma intrínseca ligação destes grupos com o próprio Estado, o que ficou ainda mais claro diante dos pronunciamentos de Jair Bolsonaro.

Pois bem, destacamos que agromilícias são: grupos de pistoleiros, formados inclusive por policiais, que são contratados sob encomenda por fazendeiros para perpetuarem violências contra os lutadore/as e movimentos populares pela terra. E um de seus principais objetivos são as ações organizadas e coordenadas com ares de profissionalismo. Esses grupos são utilizados como forma de amedrontar comunidades e exterminar povos tradicionais, e têm como principal finalidade a grilagem de terras, característica histórica da estrutura social brasileira (Araújo Chersoni, 2023, p. 173).

Essa perspectiva entre público e privado é importante. Pois essa convivência ainda não foi rompida. Nilo Batista (2002, p. 126) aponta que essa característica entre penas públicas e privadas, o que ele entende enquanto “continuidade” que por sua vez nunca erram seus alvos, foi um ideário produzido pelos próprios códigos ibéricos (produto dos países dominantes) e transportados ao Brasil, conforme os interesses da burguesia latifundiária. Ou seja, os processos de punição contra as pessoas escravizadas, que também se estendiam a negros libertos e demais populações subalternizadas formadas majoritariamente pela figura do “pardo”, eram geridos conforme a “crescente importância das atividades produtivas rurais”. Essa relação entre os países dominantes e o Brasil marcou a diluição das práticas punitivas privadas nos códigos “oficiais” do Estado, processo que é entendido pelo professor Nilo como “continuidade público-privado” (Batista, 2002, p. 126).

Uma importante característica dessa “continuidade” é o pouco controle do público, fortalecido pelos ideais trazidos pela lógica do liberalismo, que não tinha interesse, ainda, na abolição da escravidão. Assim, os primeiros códigos penais, a exemplo do Código Criminal de 1830, previam diversos crimes que eram aplicados pelos “coronéis”, figura controversa na história brasileira, que em sua grande maioria eram ligados aos latifundiários, representando seus interesses diretos (Zaffaroni; Batista; Alagia; Slokar, 2011; Ferreira, 2011, p. 152-153).

Esse código tinha como principal preocupação conter as “insurreições”, que eram as revoltas das pessoas escravizadas, por sua vez, maioria da população residente no Brasil pelo medo de uma possível revolução. Os crimes de insurreição poderiam ser punidos inclusive com pena de morte, dependendo do interesse do

latifundiário, pois, como ainda era percebida enquanto objeto, a pessoa escravizada representava investimento dos fazendeiros da época, que muitas vezes subsidiavam a defesa dos escravizados preferindo aplicar-lhes penas corporais (Zaffaroni; Batista; Alagia; Slokar, 2011; Ferreira, 2011).

As prisões também se dividiam. O calabouço, por exemplo, parte inferior dos prédios onde se situavam as casas de correções, era destinado às penas públicas aplicadas aos escravizados, que na época consistiam em açoites. As penas privadas, por sua vez, poderiam acontecer no mesmo estabelecimento, com castigos executados sob demanda de seus proprietários (Koerner, 2006).

Cacicedo (2022) explica bem essa relação. Em um primeiro momento, a falta de regulação das práticas penais do Brasil colônia era a marca de uma cruel desumanidade com as pessoas escravizadas, que tidas como mercadoria tinham sua pena exercida pelo homem branco, onde a punição era medida pela extração de lucro que o escravizado produzia com seu sangue e suor. O castigo privado, como ressaltou Koerner, convivia com as penas públicas, inclusive nos mesmos estabelecimentos, e não era menos desumano, pelo contrário, as metodologias eram as mesmas, tendo como limite a própria morte do escravizado (Cacicedo, 2022; Koerner, 2006).

Essa continuidade entre penas públicas e privadas se instrumentalizava através do racismo, que desumanizava os africanos sequestrados. Esse ideário é imbricado na formação da burguesia nacional, que se alia aos aparatos de repressão penal para promover genocídios (Zaffaroni, 1988; Batista, 2006).

Marx (2017), quando ainda escritor na Gazeta Renana e recém-doutor, antes mesmo de avançar para Crítica à Economia Política, em seus debates sobre a legislação que discute o “furto de lenha” aponta para importantes horizontes ao compreender o poder punitivo, enquanto, ferramenta jurídica em prol da propriedade fundiária da terra.

Se todo atentado contra a propriedade, sem qualquer distinção, sem determinação mais precisa, for considerado furto, não seria furto também toda propriedade privada? Por meio de minha propriedade privada não estou excluindo todo e qualquer terceiro dessa propriedade? Não estou, portanto, violando seu direito à propriedade? (Marx, 2017, p. 79).

A partir da reflexão, Marx, contesta a diferença entre cortar lenha verde das árvores e coletar as que naturalmente caíam no chão, certificando que a referida lei era um atentado contra os pobres, em prol dos proprietários. “Toda a nossa exposição mostrou como a Dieta Renana rebaixa o poder executivo, as autoridades administrativas, a existência do acusado, a ideia de Estado, o próprio crime e a pena à condição de meios materiais do interesse privado” (Marx, 2017, p. 117). É a partir dessas afirmações que Marx, assegura que, a punição, em si, é privada, sendo um instrumento dos proprietários (Marx, 2017).

INQUIETAÇÕES FINAIS

Os fios que conduzem as violências sofridas pelos camponeses, sobretudo, os movimentos populares do campo, é um dos vários reflexos, das ações históricas de manutenção e avanço dos processos de acumulação de terras no Brasil. A punição é privada! (Marx, 2017), porém, nas dinâmicas internas de violência ela ganha potência em uma sociabilidade marcada historicamente pela brutalidade contra negros, negras, lutadores e lutadoras pela terra e o proletariado no geral, sobretudo os que em atos ousados se organizam nesses movimentos.

Sendo assim, a análise das dinâmicas de violência contra os camponeses no Brasil revela um panorama alarmante de opressão, especialmente evidenciado pelo crescimento das agromilícias, grupos armados a serviço de latifundiários que perpetuam a violência contra lutadores e movimentos populares pela terra. Os levantamentos da Comissão Pastoral da Terra (CPT) evidenciam o aumento dos conflitos agrários, colocando em risco a vida de quem luta por direitos territoriais. A crescente força dessas agromilícias, acentuada durante o governo Bolsonaro, aponta para uma situação crítica em que a defesa da terra e das comunidades tradicionais se torna cada vez mais perigosa.

Sendo assim, observamos que, com o avanço das regalias oferecidas pelo governo Bolsonaro em prol do armamento de parcela significativa dos donos do poder, dando ênfase aos latifundiários, esses grupos que marcam as várias passagens históricas brasileiras se fortificaram e passam a ser, mais usualmente

denominados de agromilícias, tanto pela mídia independente, trabalhos acadêmicos e sobretudo por quem está na linha de frente, como alvo, dessas violências, ou seja, os movimentos populares camponeses como o caso do MST (Araújo Chersoni, 2023).

Portanto, conforme analisado, as agromilícias, são grupos formados por pistoleiros e, em muitos casos, por policiais, que agem sob encomenda de fazendeiros para intimidar e eliminar qualquer resistência à grilagem de terras. As características desses grupos, como o seu apoio velado das forças de segurança pública e seu fortalecimento em contextos de flexibilização das armas, mostram uma estrutura organizada e profissional voltada para o controle e a repressão de movimentos sociais. Essa conceituação das agromilícias contribui para o entendimento das complexas relações de poder que permeiam o campo brasileiro e a luta por reforma agrária.

Percebemos então que esses grupos, apesar de apresentarem novidades em suas formas de atuação, em verdade partilham de fios condutores bastante consolidados no campo da literatura crítica, como, por exemplo, a criminologia crítica, sendo uma das expressões do que se conhece como continuidade público-privado (Batista, 2002).

A intersecção entre o público e o privado, conforme discutido por Nilo Batista, revela uma continuidade histórica que se reflete nas práticas punitivas do Estado, marcadas por uma falta de controle público e um fortalecimento da lógica do liberalismo que prioriza os interesses dos latifundiários. Essa continuidade é um reflexo das dinâmicas de poder que sempre favoreceram a burguesia agrária, permitindo que a violência privada se instrumentalize em ações que, muitas vezes, ocorrem em conluio com o Estado. Essa relação intrínseca entre o público e o privado reitera a desumanização das populações vulneráveis e o genocídio dos povos tradicionais e sem-terras.

Por fim, as violências sofridas pelos camponeses e a emergência das agromilícias não são fenômenos isolados, mas sim parte de um sistema de acumulação de terras que historicamente silencia e extermina as vozes dos que lutam por direitos. A continuidade público-privada, observada nas práticas de

repressão e controle social, é um elemento central que perpetua essa violência. A luta pela terra, portanto, se insere em um contexto mais amplo de resistência contra a opressão e a violação, exigindo uma resposta coletiva que transcenda as fronteiras do campo e dialogue com as questões sociais e políticas do país.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Criminologia Crítica Na América Latina E No Brasil: em busca da utopia adormecida. *In*: LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. **Direitos Humanos na América Latina**. Curitiba: Multiideia, 2016.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação**. Revan, 2005.

ARAÚJO CHERSONI, Felipe de. **A criminologia campesina**: os impactos do controle social na luta pela terra junto ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) na região do Planalto Catarinense. 2023. Dissertação mestrado (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito - UNESC, Criciúma - Santa Catarina, 2023.

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

BATAIER, Carolina. Expulsão de camponeses por Arthur Lira engorda lista de violência no campo em 2023. **Observatório do Agronegócio no Brasil**, 22 abr. 2024. Disponível em: <https://deolhonosruralistas.com.br/2024/04/22/expulsao-de-camponeses-por-arthur-lira-engorda-lista-da-violencia-no-campo-em-2023/>. Acesso em: 28 nov. 2024.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Pena Pública e escravismo**. Capítulo Criminológico, Universidade de Zúlia: Venezuela, 2006.

CACICEDO, Patrick. Punição e estrutura social no Brasil Colônia: o público e o privado na reprodução da ordem escravista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 193, ano 30, p. 363-390., nov./dez. 2022.

CASTRO, Carol. Clubes de tiro cercam indígenas e facilitam agromilícias na Amazônia: Flexibilização torna mais fácil a atuação de empresas de vigilância armada em regiões já marcadas pela violência rural. **The Intercept Brasil**, 16 nov. 2022. Disponível em: <https://www.intercept.com.br/2022/11/16/clubes-de-tiro-cercam-indigenas-e-municipiam-agromilicias-na-amazonia/>. Acesso em: 7 maio 2023.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral I. 6. ed. ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.

COMBATE RACISMO AMBIENTAL. Conflitos por terra explodem com surgimento de agromilícias. **Combate Racismo Ambiental**, 19 abr. 2022. Disponível em: <https://racismoambiental.net.br/2022/04/19/conflitos-por-terra-explodem-com-surgimento-de-agromilicias/>. Acesso em: 8 fev. 2023.

FERNANDES, Aryel. Violência no campo: “agromilícias” assassinaram 35 pessoas em 2021. **Revista Istoé**, 18 abr. 2022. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/violencia-no-campo-agromilicias-assassinaram-35-pessoas-em-2021/>. Acesso em: 7 maio 2023.

FERREIRA, Ricardo Alexandre. **Crimes em comum**: Escravidão e Liberdade Sob a Pena do Estado Brasileiro (1830-1888). São Paulo: UNESP, 2011.

KOERNER, Andrei. Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 68, p. 205-242, 2006.

LACERDA, Nara. Famílias do campo enfrentam aumento da violência, destruição dos modos de vida e desgoverno. **Brasil de Fato**, São Paulo, 18 abr. 2022.

MARX, Karl. **O capital**. São Paulo: Boitempo, 2010.

MARX, Karl. **Os despossuídos**. São Paulo: Boitempo, 2017.

MATOS, Lucas Ramos de. A Amazônia na virada global da extrema direita. **Ciência Geográfica**, v. 25, n. 3, p. 851-870, jan./dez. 2021a.

MATOS, Lucas Ramos de. Extrema derecha, pandemia y la invasión de los territorios comunitarios en la Amazonía brasileña. **Ecología Política**, n. 62, p. 75-81, 2021b.

MOURA, Clóvis. **Sociologia política da guerra camponesa de canudos**: Da destruição do Belo Monte ao aparecimento do MST. São Paulo: Expressão Popular, 2001.

NOBERTO, Cristiane. "Agromilícias" assassinaram 35 pessoas em conflitos no campo em 2021. **Correio Braziliense**, 18 mar. 2022. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/brasil/2022/04/5001285-agromilicias-assassinaram-35-pessoas-em-conflitos-no-campo-em-2021.html>. Acesso em: 7 maio 2023.

OLIVEIRA, Leandro Dias de. Espaço, Economia e os novos desafios do Brasil. **Espaço e Economia: Revista brasileira de geografia econômica**, ano 6, n. 24, 2022.

PASSA PALAVRA. A greve dos caminhoneiros no emaranhado dos conflitos sociais. **PassaPalavra**, 30 maio 2018. Disponível em:

<https://passapalavra.info/2018/05/119975/>. Acesso em: 7 maio 2023.

SILVA, Ricardo Gilson da Costa; MICHALSKI, Amanda; SOUZA, Luciano Ítalo Tavares de; LIMA, Luís Augusto Pereira. Fronteira, direitos humanos e territórios tradicionais em Rondônia (Amazônia Brasileira). **Revista de Geografia Norte Grande**, n. 77, p. 253–271, dez. 2020.

TEIXEIRA, Aloisio. Marx e a economia política: a crítica como conceito. **Econômica**, v. 2, n. 4, p. 85- 109, dez. 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminologia**: Aproximación desde un margen. 1. ed. Bogotá: Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume: Teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

**EVIDÊNCIAS INTERNACIONAIS SOBRE TRATAMENTO PENAL
A PRISÃO PARA ALÉM DAS IDEOLOGIAS****INTERNATIONAL EVIDENCE ON CRIMINAL TREATMENT
PRISON BEYOND IDEOLOGIES****Marcos Rolim¹****RESUMO**

Este artigo é um estudo de revisão que procura identificar algumas das mais importantes evidências internacionais a respeito do que funciona no tratamento penal, com destaque para o modelo de Risco, Necessidade e Responsividade (Modelo RNR), ainda pouco conhecido no Brasil. A pesquisa examinou os 15 artigos científicos mais relevantes segundo os critérios bibliométricos do *software Publish or Perish* (Harzing, 2007), publicados em inglês, localizados na plataforma do *Google Scholar*, a partir das palavras de busca “RNR Model / impact” com o indicador booleano AND, sem definição de lapso temporal e que avaliaram os resultados do modelo no tratamento penal. Na revisão da literatura, foi possível reconstituir a história da doutrina do “nada funciona em prisões”, identificando sua inconsistência. Referências a outros projetos de tratamento penal exitosos, destacadamente na área da educação prisional, demandaram buscas específicas que privilegiaram revisões sistemáticas e estudos com metanálise. Concluímos que programas de tratamento penal podem cumprir papel destacado quanto à redução da reincidência, além de poderem propiciar outros benefícios às comunidades e às pessoas privadas de liberdade.

Palavras-chave: tratamento penal; modelo RNR; evidências internacionais; redução da reincidência.

ABSTRACT

This paper is a review study that seeks to identify some of the most important international evidence on what works in penal treatment, with emphasis on the Risk, Need and Responsiveness model (RNR Model), which is still little known in Brazil. The research examined the 15 most relevant scientific articles according to the bibliometric criteria of the *Publish or Perish* (Harzing, 2007) software, published in

¹Doutor e mestre em Sociologia (UFRGS), instituição onde também realizou seu pós-doutorado. Professor do Mestrado em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter) e vice-diretor da Escola de Gestão e Controle do Tribunal de Contas do Estado (TCE-RS). **Email:** marcos@rolim.com.br; **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-1076-5990>

English, located on the Google Scholar platform, using the search words "RNR Model / impact" with the Boolean indicator AND, without defining a time frame, and which evaluated the results of the model in the penal treatment. In the literature review, it was possible to reconstruct the history of the "nothing works in prisons" doctrine, identifying its inconsistency. References to other successful penal treatment projects, particularly in the area of prison education, required specific searches that favoured systematic reviews and studies with meta-analysis. We conclude that penal treatment programmes can play an important role in reducing recidivism, as well as providing other benefits to communities and people deprived of their liberty.

Keywords: penal treatment; RNR model; international evidence; reducing recidivism.

RESUMEN

Este artículo es un estudio de revisión que busca identificar algunas de las evidencias internacionales más importantes sobre lo que funciona en el tratamiento penal, con énfasis en el modelo de Riesgo, Necesidad y Responsividad (Modelo RNR), aún poco conocido en Brasil. La investigación examinó los 15 artículos científicos más relevantes según los criterios bibliométricos del software Publish or Perish (Harzing, 2007), publicado en inglés, ubicado en la plataforma Google Scholar, utilizando las palabras de búsqueda "RNR Model/impacto" con el indicador AND booleano, sin definición de lapso de tiempo y que evaluó los resultados del modelo en el tratamiento penal. En la revisión de la literatura fue posible reconstruir la historia de la doctrina "nada funciona en las cárceles", identificando su inconsistencia. Las referencias a otros proyectos exitosos de tratamiento criminal, particularmente en el área de educación penitenciaria, requirieron búsquedas específicas que priorizaron revisiones sistemáticas y estudios con metanálisis. Concluimos que los programas de tratamiento criminal pueden jugar un papel importante en la reducción de la reincidencia, además de poder brindar otros beneficios a las comunidades y personas privadas de su libertad.

Palabras clave: tratamiento penal; modelo RNR; evidencia internacional; reducción de la reincidencia.

1 INTRODUÇÃO

Ao pensar nas prisões no cenário político e ideológico brasileiro, temos duas respostas tradicionais a respeito de sua natureza e necessidade. De um lado, há a resposta punitivista oferecida pelos discursos do tipo "Lei e Ordem", segundo a qual as penas de prisão constituem, basicamente, uma resposta de incapacitação

(prevenção especial negativa)². O objetivo das penas privativas de liberdade, nessa abordagem, seria o de “retirar delinquentes de circulação”, de modo a se assegurar o império da lei. Além da punição, a gravidade das condições de encarceramento haveria de cumprir papel dissuasório, de modo a desencorajar o crime. Nessa visão, uma péssima qualidade da execução penal é um resultado esperado e o tema só se torna objeto de debate diante de proposição de tratamento penal que envolva investimentos para mais qualidade do ambiente prisional, na formação dos condenados e na melhoria das condições de cumprimento das penas. Frente aos ideais reformadores, a reação dos grupos conservadores e reacionários parece ser bem resumida no *slogan* “Prisões não são colônias de férias”.³ Por outro lado, há a resposta, bastante comum entre as posições progressistas, segundo a qual as prisões são instituições ineficientes e contraproducentes que caracterizam um tipo de resposta a ser desconstruída. O ideal abolicionista aparece, como decorrência dessa caracterização, sustentando a necessidade de um mundo sem prisões. Nessa moldura utópica, a ideia de reforma prisional se dissolve como um contrassenso. Afinal, por que razões se haveria de mobilizar recursos públicos e se delinear complexas iniciativas políticas e administrativas para reinventar uma instituição condenada historicamente? Melhorar a execução penal seria, quando muito, uma resposta paliativa, não uma política essencial em termos de segurança pública, porque esforços pela reforma prisional tenderiam a adiar a mudança necessária. Punitivistas e abolicionistas, assim, divergem em tudo, mas costumam se encontrar na sala da ausência de políticas de reforma prisional.

Neste artigo, veremos, inicialmente, como se formou, nos Estados Unidos, a doutrina segundo a qual nenhum tratamento penal produziria bons resultados nas prisões (*nothing works doctrine*) e as repercussões dramáticas dessa ideia equivocada em todo o mundo; na segunda seção, mostraremos algumas das

²Os que destacam essa missão prestam pouca atenção no fato de que muitos crimes ocorrem dentro das prisões e que, a depender do tipo de encarceramento e de tratamento penal, muitas condenações terminam por traduzir um fenômeno de deslocamento das ações criminosas ao invés do seu impedimento.

³A expressão popular foi utilizada, recentemente, pelo ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Alexandre de Moraes em referência às demandas de parlamentares bolsonaristas em defesa dos presos na Papuda envolvidos nos atos golpistas de 08 de janeiro.

evidências internacionais a respeito do que funciona em termos de tratamento penal, com destaque para o “Modelo de Risco, Necessidade e Responsividade” (*Risk, Need, Responsivity Model*), ou Modelo RNR de tratamento penal. Na terceira seção, discutimos as evidências sumarizadas para, nas considerações finais, situar alguns dos desafios do tratamento penal no Brasil.

2 A DOCTRINA DE QUE “NADA FUNCIONA EM PRISÕES” (*NOTHING WORKS DOCTRINE*)

O sociólogo americano Robert Martinson (1927-1979) nunca poderia imaginar que seu nome se tornaria célebre e que um dos seus trabalhos exerceria enorme influência em todo o mundo não por seus méritos, mas por conta de um erro de avaliação. Em 1974, em um artigo científico intitulado *What Works? Questions and Answers About Prison Reform* (O que funciona? Perguntas e respostas sobre reforma prisional), Martinson tentou avaliar os projetos de reforma prisional e de tratamento penal orientados para a reabilitação dos condenados, em diferentes países, examinando os resultados colhidos em pesquisas que realizaram experimentos controlados⁴.

Valendo-se dos dados disponíveis e dos recursos estatísticos da época, ele chegou à conclusão de que, com algumas poucas exceções, os esforços realizados nas prisões para a redução da reincidência, na oferta de educação, capacitação profissional, aconselhamento, terapia ambiental, assistência médica ou psicológica, entre outros, não produziam qualquer resultado apreciável⁵. Lidando com os dados mais amplos, Martinson (1974) foi levado a crer que os poucos exemplos exitosos de reabilitação poderiam estar refletindo falhas metodológicas dos estudos (de viés

⁴Experimentos controlados são testes realizados com método científico que permitem isolar a variável cujo efeito se pretende medir. Para tanto, lidamos com dois grupos tão semelhantes quanto possível, um deles constitui o “grupo experimental” – que irá receber a intervenção (no caso, um projeto de tratamento penal), o outro é o “grupo de controle” – onde não haverá qualquer intervenção. Partindo-se do pressuposto que todas as demais variáveis que operam nos dois grupos se mantiveram constantes, é possível atribuir os resultados colhidos à intervenção realizada.

⁵A conclusão principal foi assim expressa no texto original: “*The rehabilitative efforts that have been reported so far have had no appreciable effect on recidivism*” (Martinson, 1974, p. 25).

de seleção⁶ nos grupos experimentais, por exemplo), uma hipótese que terminou por impedir que ele e seus colegas averiguassem mais a fundo as razões pelas quais a maioria dos programas não produzia os resultados esperados, enquanto alguns o faziam.

É provável que as conclusões de Martinson tenham alcançado a repercussão que tiveram por conta da conjuntura particular dos anos 60 e 70 nos Estados Unidos (EUA), marcada, na área da segurança pública, por um aumento muito expressivo nas taxas criminais, especialmente nos crimes violentos. Em 1974, a taxa de homicídios nos EUA foi de 9,8/100 mil habitantes, o dobro da taxa ao início dos anos 60 (Fox; Zawitz, 2007). O aumento da violência tomou conta dos noticiários e passou a integrar o núcleo das propostas políticas de democratas e republicanos, alimentando a disputa eleitoral para se saber quem era mais “duro contra o crime” (*tough on crime*) (Cavender, 2004). Como o sustentaram Pratt, Gau e Franklin (2012), foi nesse contexto que os presidentes Lyndon Johnson e, depois dele, Richard Nixon, declararam “Guerra ao Crime”, um clima político e moral que tornaria improvável, nos próximos anos, os objetivos de reforma prisional e a própria atenção à qualidade do tratamento penal. As críticas mais fortes eram dirigidas à reabilitação, porque era com base nesse objetivo que os juízes podiam determinar o livramento condicional⁷. Essa crítica abriu espaço para a aprovação das chamadas “leis de verdade nas sentenças” (*Truth-in-sentencing laws*) que restringiram muito as possibilidades de liberdade condicional e de investimentos na reabilitação (Cullen; Gilbert, 1982), além de trazerem reformas que reduziram a discricionariedade dos magistrados e que introduziram leis de encarceramento

⁶Viés de seleção é uma falha metodológica derivada da não aleatoriedade na formação dos grupos experimentais e de controle. Se um projeto de tratamento penal é oferecido em uma prisão, por exemplo, um estudo que pretenda avaliar seus resultados não deve comparar os efeitos entre presos que participaram do programa com aqueles que não se interessaram em participar, porque, muito possivelmente, esses dois grupos possuem potenciais diferentes. Para se evitar esse viés, seria preciso selecionar os interessados aleatoriamente – por sorteio, por exemplo – e formar o grupo de controle com presos que também desejavam participar, mas que não foram sorteados. Esse cuidado é o que permite isolar propriamente a variável (intervenção) para avaliar seus efeitos.

⁷No início dos anos 70, nos EUA, as condenações à prisão estabeleciam um tempo mínimo e máximo de cumprimento. Um Conselho de Liberdade Condicional, examinando a conduta dos presos, decidia qual o momento em que ele obteria o livramento.

perpétuo⁸. É possível que o trabalho de Martinson tenha, assim, oferecido ao “espírito da época” uma pretensa legitimação científica para o abandono dos esforços reformadores e para as políticas de encarceramento massivo que viriam logo a seguir (Allen, 1981), o que lhe valeu generosos espaços na mídia e ampla divulgação de seu estudo também entre o público leigo. Como assinalou Cullen (2013, p. 302, trad. nossa), “a publicação (do estudo de Martinson) serviu apenas para confirmar o que nós já sabíamos”.

Outro aspecto que facilitou o trânsito da noção conhecida como “*Nothing Works*” foi a confluência entre as posições mais conservadoras com as abordagens marxistas e neomarxistas⁹. Para os primeiros, tratava-se de propor mais encarceramento e maior rigor penal e, com isso, auferir benefícios eleitorais; para os últimos, os desafios na área da segurança pública só poderiam ser resolvidos mediante mudanças estruturais na sociedade, sendo o encarceramento, basicamente, uma estratégia de controle social empregada pelas classes dominantes no capitalismo¹⁰. Assim, por motivos diferentes, conservadores e progressistas se somaram contra a reabilitação prisional, tradição antirreforma superada nos EUA desde os anos 90, mas que se prolonga, com diferentes enfoques e justificativas, em outros países, como no Brasil, até hoje.

Os estudos posteriores, que criticaram as conclusões de Martinson, como, por exemplo, o trabalho publicado por Palmer (1975), não obtiveram qualquer atenção. Nessa primeira revisão crítica, Palmer mostrou que os próprios dados de Martinson permitiam concluir que havia programas de reabilitação que funcionavam e que determinados grupos de condenados respondiam muito melhor a essas

⁸A mais conhecida dessas legislações foi chamada de *Three strikes and you're out* (Três faltas e você está fora) uma expressão derivada de uma regra do beisebol. Essa legislação assegura pena perpétua de prisão após a terceira condenação penal, independentemente da natureza do crime (Goggin, 2018). Apenas no estado da Califórnia, entre 1994 e 2008, mais de 41 mil pessoas foram condenadas nos termos dessa lei, sendo que, até 2012, a terceira infração poderia ser uma contravenção (McGuire, 2018).

⁹Atualmente, essa tradição se manifesta na chamada “Criminologia Crítica” que tem como referência a obra do pensador italiano Alessandro Baratta (1933-2002).

¹⁰Um bom exemplo dessa abordagem pode ser encontrado no trabalho de Adamson (1984), inspirado na obra clássica *Punishment and Social Structure*, de 1939, síntese da visão marxista sobre o crime, escrita por Georg Rusche e Otto Kirchheimer.

abordagens do que outros. Nem sequer um segundo artigo publicado por Martinson (1979), no qual ele reconheceu que suas conclusões foram precipitadas¹¹, produziu algum interesse (Pratt; Gau; Franklin, 2012).

Com efeito, as conclusões de Martinson (1974) impactaram a realidade da gestão prisional não apenas nos EUA, mas internacionalmente. Ainda hoje, há quem se sinta autorizado a repetir a mesma ideia segundo a qual “já se comprovou” que investir no tratamento penal seria providência inócua, além de dispendiosa. No Brasil, por exemplo, Maurício Stegmann Dieter (2013), em sua crítica à “Criminologia atuarial”, saudou as conclusões de Martinson porque, claro, elas ofereciam uma base científica para a ideia de que as prisões eram instituições imprestáveis:

Mesmo antes da década de 70, a pesquisa científica – empírica e teórica – já havia demonstrado que a vida na instituição total da prisão é incompatível com a reeducação individual para o convívio social, independentemente do investimento técnico e esforço pessoal do condenado, por força do duplo processo de desculturação e aculturação (ou prisionalização) (Dieter, 2013, p. 98).

Particularmente no Brasil, algumas das nossas características históricas, notadamente a ausência de cultura de apreço pelas evidências quando da definição de legislações e de políticas públicas, somadas ao processo de radicalização política dos últimos anos, têm tornado ainda mais improvável que as prisões sejam pensadas como centros de reabilitação, até porque esforços nesse sentido são impopulares e tendem a desgastar o apoio eleitoral das lideranças políticas e dos gestores públicos. Essa dinâmica perversa explica em grande medida o horror construído historicamente em nossas prisões, resultado sintetizado juridicamente como “Estado de Coisas Inconstitucional”, conceito criado pela Corte Constitucional Colombiana e empregado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quando do

¹¹Nesse segundo trabalho, Martinson assinalou que: “Tenho dito com frequência que o tratamento penal oferecido às redes de justiça criminal é impotente (...) a conclusão não está correta (...) os tratamentos serão considerados 'impotentes' sob certas condições, benéficos sob outras e prejudiciais sob outras ainda” (Martinson, 1979, p. 254, trad. nossa).

juízo de julgamento da medida cautelar na ADPF 347/DF para designar o sistema prisional brasileiro.

3 O QUE FUNCIONA NAS PRISÕES

A ideologia do *Nothing Works* passou a ser contrastada com maior eficiência a partir de uma série de pesquisas do que se convencionou chamar de “Escola canadense de reabilitação”. Nessa linha, o estudo de revisão com metanálise de Andrews *et al.* (1990) foi um dos primeiros trabalhos a demonstrar mais amplamente o quanto determinadas abordagens de tratamento penal podiam ser muito efetivas. Como síntese de seus achados, os autores assinalaram que condenações à prisão sem oferta de programas de reabilitação não funcionam; assim como serviços de reabilitação sem referência a princípios clínicos de reabilitação. O que comprovadamente produzia resultados efetivos de reabilitação nas prisões, para jovens e adultos, eram programas de tratamento penal ancorados em três princípios psicológicos básicos:

1. Oferta dos serviços para presos de alto risco;
2. Foco nas necessidades criminogênicas dos presos, vale dizer: atenção para alterar as condições problemáticas que estimulam o envolvimento com o crime (fatores de risco dinâmicos) e
3. Emprego de tratamento cognitivos-comportamentais¹² adaptando-se as intervenções, em um “ajuste fino”, aos estilos de aprendizagem¹³, à motivação, aos pontos fortes dos presos e às características biossociais como gênero e raça.

¹²Programas que empregam técnicas de Terapia Cognitivo-Comportamental (TCC) procuram identificar cognições negativas e distorcidas, padrões de comportamento, crenças e hábitos que condicionam a ação dos sujeitos, procurando alterá-los de forma positiva. Com a TCC é possível tratar transtornos psicológicos como depressão, ansiedade, fobias, dependência química e traumas, entre outros problemas sérios que afetam o desenvolvimento pessoal (Uma boa introdução pode ser encontrada em, por exemplo, Beck, 2013).

¹³Assim, por exemplo, é comum que as pessoas presas tenham habilidades verbais limitadas e um estilo de pensamento concreto. Diante desse perfil, o programa RNR deve ser desenvolvido de modo a que os conceitos abstratos sejam reduzidos tanto quanto possível e que se ensine mais por meio de práticas comportamentais do que por aulas expositivas. Um programa oferecido às mulheres presas deve ter especial preocupação com o cuidado dos seus filhos de modo a facilitar o engajamento das mães etc. (Andrews; Bonta, 2007).

Neste trabalho, que também considerou as evidências sobre programas de tratamento prisional inefetivos, o que restou claro é que “a eficácia do tratamento correcional depende do que é entregue a quem em determinados ambientes” (Andrews *et al.*, 1990, p. 372, trad. nossa).

Revisores da literatura têm descoberto rotineiramente que pelo menos 40% das avaliações mais bem controladas dos serviços de tratamento penal relataram efeitos positivos. Considerando apenas os trabalhos de maior rigor metodológico, por exemplo, a proporção de estudos que relataram evidências positivas foi de 75% em Kirby (1954), 59% em Bailey (1966), 50% em Logan (1972), mas 78% quando se considera o tipo de tratamento com o tipo de cliente, 48% na retabulação de Palmer (1975) dos estudos revisados por Martinson (1974), 86% em Gendreau e Ross (1979) e 47% em Lab e Whitehead (1988) (Andrews *et al.*, 1990, p. 374, trad. nossa).

A partir dessa constatação a respeito do que funcionava no tratamento penal, se inicia na Criminologia contemporânea a construção de uma metodologia estruturada de reabilitação conhecida como “Modelo de Risco, Necessidade e Responsividade” (*Risk, Need and Resposivity*) ou Modelo RNR (*RNR Model*) (Andrews; Bonta; Hoge, 1990; Taxman; Thanner; Weisburd, 2006; Andrews; Bonta, 2007), empregada desde então com os mais amplos e consistentes resultados em vários países¹⁴ (Ward; Mesler; Yates, 2007).

Pesquisas de autores como Gendreau e Ross (1987) encontraram que a maioria dos programas de tratamento penal exitosos era de natureza comportamental, e que esses programas produziam impacto maior quando aplicados em presos considerados de alto risco (comportamento mais amplamente antissocial, abuso no consumo de drogas, maior gravidade dos antecedentes etc.), do que quando aplicado em presos de baixo risco (primários, com bom comportamento, etc.), uma conclusão que é contraintuitiva, mas que assinala evidência que tem sido amplamente confirmada por mais de 40 anos de pesquisas criminológicas em todo o mundo.

Goggin (2018) observa que o “grupo canadense”, além de identificar os componentes eficazes dos programas de tratamento penal, também mostrou

¹⁴Na América Latina, ainda não há uma tradição de aplicação do modelo RNR no tratamento penal. O Chile foi o primeiro país a dar início à implementação de um programa nacional com essa abordagem (Chile, 2019).

algumas das características dos programas ineficazes, chamando a atenção para a necessidade do que denominaram “integridade terapêutica”:

Até que ponto os profissionais encarregados do tratamento penal aderem aos princípios e empregam as técnicas da terapia que pretendem oferecer? Até que ponto a equipe de tratamento é competente? O quanto eles, de fato, se dedicam ao trabalho? Até que ponto o tratamento é diluído no ambiente prisional de modo a se tornar tratamento apenas no nome? (Gendreau; Ross, 1979, p. 467 apud Goggin, 2018, p. 07, tradução nossa).

Para a implantação do modelo RNR de tratamento penal, é fundamental que a pessoa presa seja avaliada da forma mais amplamente preditiva possível quanto ao seu comportamento. A avaliação de risco condiciona a natureza e a intensidade dos programas de tratamento penal a serem oferecidos ao longo da execução das penas, em que as necessidades criminológicas individuais serão observadas, assim como os estilos de aprendizagem de cada indivíduo. Não apenas porque pessoas classificadas como de maior risco são aquelas que podem se beneficiar mais amplamente com o tratamento penal com base em evidência, mas porque pessoas classificadas como de baixo risco tendem a piorar caso sejam submetidas a programas mais intensivos¹⁵ (Augustyn; Ward, 2015; Krysik; LeCroy, 2002; Mennis; Harris, 2011). Isso é verdadeiro também quando lidamos com jovens autores de atos infracionais (Dowden; Andrews, 1999), público que se mostra mais amplamente receptivo a programas socioeducativos baseados em evidências que poderão auxiliá-lo no processo de desistência das práticas delituosas (Monahan; Steinberg; Piquero, 2015).

O ponto aqui é a eficiência dos programas voltados à desistência do crime (Laub; Sampson, 2001; Rolim, 2018), o que é muito diferente do emprego de avaliações de risco para o estabelecimento das penas, tendência que procura legitimar o “direito penal do autor” e que torna a incapacitação o objetivo central das penas privativas de liberdade.

¹⁵Pessoas presas de baixo risco devem receber programas de baixa intensidade ou mesmo nenhum programa (Andrews; Bonta, 2010).

A primeira geração de avaliação de risco valeu-se da opinião técnica do pessoal penitenciário e de laudos de psicólogos, assistentes sociais entre outros¹⁶. A segunda geração surgiu da necessidade de se contar com instrumentos técnicos mais eficientes que superassem a ampla margem de subjetividade até então comum nos laudos clínicos e nas avaliações profissionais. Novos recursos passaram a ser empregados como, por exemplo, escalas psicométricas para estimar riscos de comportamentos violentos e reincidência que logo se mostraram instrumentos preditivos muito mais precisos (Aegisdóttier *et al.*, 2006; Grove *et al.*, 2000; Hilton; Harris; Rice, 2006). Esses primeiros instrumentos técnicos, entretanto, lidaram basicamente com fatores de risco estáticos; assim, por exemplo, práticas violentas anteriores à prisão, idade quando do primeiro registro criminal, entre outras variáveis eram empregadas para o estabelecimento de pontuações. Essa característica foi considerada “miope” pelos criadores do modelo RNR, porque impedia identificar as possibilidades de mudanças, “violando nosso senso de justiça” (Andrews; Bonta, 2007, p. 07, tradução nossa).

Novas investigações empíricas evidenciaram a necessidade de aperfeiçoamentos e passaram a demandar uma base teórica mais consistente, capaz de explicar as correlações significativas encontradas, o que inaugurou a terceira geração de avaliações de risco. Muito mais complexas, baseadas na Teoria do Aprendizado Social (*Social Learning Theory*) desenvolvida por Bandura (1977) e na perspectiva da Personalidade Geral e Aprendizagem Cognitivo-Social (*General Personality and Cognitive-Social Learning - GPCSL*) proposta por Andrews e Bonta (2010), as avaliações de terceira geração passaram a lidar também com fatores de risco dinâmicos (Bonta; Wormith, 2007), compreendidos como condições que poderiam ser alteradas ao longo do tempo. Alguns autores identificam ainda uma quarta geração de avaliação de risco a partir do emprego de instrumentos que integram programas com o monitoramento sistemático de resultados. Esses métodos operam a partir de conjunto muito mais amplo de fatores de risco e de

¹⁶No caso brasileiro, essa tradição firmou a dinâmica dos laudos profissionais requisitados pelo Poder Judiciário basicamente para as decisões sobre progressão da pena e liberdade condicional, mas nunca para a individualização das penas.

características pessoais que devem ser consideradas quando do delineamento das intervenções (Andrews; Bonta; Wormith, 2006).

Andrews e Bonta (2010) identificaram, através de metanálise de estudos que mediram impacto de programas correicionais, os oito fatores de risco mais significativos para a reincidência, sendo que sete deles são dinâmicos: 1. personalidade antissocial, 2. cognição antissocial, 3. pares antissociais, 4. relacionamentos familiares, 5. vínculos com a escola/trabalho, 6. tempo de lazer e 7. abuso de substâncias. O fator estático mais importante foi o comportamento antissocial anterior à prisão. Na tabela 1, se pode ver uma síntese dos fatores de risco dinâmicos mais significativos para reincidência com os respectivos indicadores e objetivos da intervenção:

Tabela 1: Fatores de risco dinâmicos mais significativos para reincidência

Fator principal de risco/necessidade	Indicadores	Objetivos da intervenção
Padrão de personalidade antissocial ¹⁷	Impulsividade, ação orientada pela busca do prazer, agressividade e irritabilidade.	Desenvolvimento de habilidades de autogestão, ensino do controle da raiva.
Atitudes pró-crime	Racionalizações que justificam práticas criminais e/ou violentas, atitudes negativas em relação à lei.	Confrontar as racionalizações por meio de atitudes pró-sociais; construir uma identidade pró-social.
Apoios sociais para o crime	Amigos envolvidos com o crime e/ou violência, distanciamento de grupos pró-sociais.	Substituir amigos envolvidos com o crime e/ou violência por amigos de grupos pró-sociais.
Abuso de substâncias	Consumo prejudicial de álcool e/ou drogas.	Reduzir o abuso de substâncias; destacar alternativas ao uso de

¹⁷Segundo Andrews e Bonta (2007, p. 13), no Modelo RNR, o padrão de personalidade antissocial não se confunde com o diagnóstico psiquiátrico do Transtorno de Personalidade Antissocial (TPAS) ou de psicopatia. Ele é mais amplo e procura captar a história de violação generalizada de regras e características de personalidade problemáticas como impulsividade e egocentrismo, além de fatores de responsividade como, por exemplo, necessidade de excitação constante e afeto superficial.

		substâncias.
Relações familiares/conjugais	Reprodução de monitoramento e disciplina parental inadequados, relacionamentos familiares ruins.	Ensinar as melhores habilidades parentais, desenvolver relações amorosas e carinhosas.
Relações na escola e no trabalho	Baixo desempenho acadêmico ou profissional, baixos níveis de satisfação com a escola ou com o trabalho.	Melhorar as habilidades de trabalho e estudo, cultivar relacionamentos interpessoais no contexto do trabalho e da escola.
Atividades recreativas pró-sociais	Falta de envolvimento em atividades recreativas/lazer pró-sociais	Oportunizar e incentivar a participação em atividades recreativas pró-sociais, ensinar hobbies e esportes pró-sociais.

Fonte: Adaptado e traduzido de Andrews e Bonta (2007)

Uma vez descrito em seus aspectos mais importantes, é preciso assinalar que o Modelo RNR não é uma panaceia. Sua aplicação pode ser comprometida a depender da formação dos responsáveis pelo programa, da dedicação necessária para assegurar a integridade terapêutica e de fatores locais como os níveis de tensão dentro de uma instituição carcerária.

Sabe-se que programas de tratamento penal possuem chances muito maiores de êxito quando as relações entre o pessoal penitenciário e os detentos são respeitadas e percebidas como justas. As evidências encontradas em pesquisas que avaliam a “justiça procedimental” (*procedural justice*) (Tyler, 1990) dos agentes públicos têm evidenciado que o agir de forma justa aumenta a legitimidade dos agentes públicos, a começar pelos policiais, e reduz violência. Abordando esse tema, a revisão de Kopittke (2023) destaca o trabalho de Jonathan Jackson e seus colaboradores (*Legitimacy and procedural justice in prisons*) que identificaram quatro comportamentos que afetam a legitimidade dentro das prisões:

1. **neutralidade:** processo de tomada de decisões com base em regras claras, não em opiniões, interesses ou preconceitos;
2. **tratamento com respeito e dignidade:** a humilhação e a violência por parte de servidores públicos aplicadores da lei provocam profundo abalo na

forma como as pessoas percebem as leis e o sistema de justiça; por outro lado, o atendimento respeitoso pode fazer a legitimidade e a propensão a seguir as leis aumentarem;

3. **confiança nas autoridades**: naquelas que mostram estar sinceramente motivadas para fazer o melhor, agindo de forma correta;

4. **voz**: espaços para os presos emitirem opiniões sobre os problemas internos e serem ouvidos pela administração (Kopittke, 2023, p. 512).

Donald Andrews, aliás, foi um dos primeiros pesquisadores a observar a importância das relações estabelecidas pelo pessoal penitenciário com os presos, sustentando que, quando os servidores são empáticos, flexíveis e respeitosos com os presos, eles desafiam as cognições antissociais e conseguem obter reduções nas taxas de reincidência. Essas conclusões a respeito da natureza das relações interpessoais necessárias em uma prisão apontam para os princípios preconizados pela Justiça Restaurativa, um paradigma que, apesar do seu grau de indefinição, tem se mostrado particularmente potente para o tratamento e superação de conflitos, inclusive nas prisões, como instrumento destacado na execução penal em muitos países (Rolim, 2022).

O Modelo RNR terá efeitos mais amplos quanto maiores forem os espaços para os valores restaurativos em uma prisão e ele próprio tem se desenvolvido na medida em que lacunas são identificadas. Alguns autores como Polaschek (2012) sustentam que, independente dos seus méritos, há, claramente, fragilidades a superar no modelo RNR, como uma melhor compreensão a respeito de como variáveis como sexo e etnia, por exemplo, afetam a responsividade. O que importa destacar, não obstante, é que o Modelo RNR é, desde há duas décadas, a metodologia mais bem estruturada e o recurso mais eficiente para um tratamento penal com base em evidências.

O Modelo RNR demanda, como vimos, que as condições criminogênicas dos presos sejam contrastadas. Para que isso seja possível, será preciso oferecer projetos consistentes de educação, de profissionalização e de saúde nos presídios – para citar apenas as áreas mais importantes – e estruturar uma política pública orientada pelo objetivo da desistência do crime, o que pressupõe a oferta de recompensas para atividades não criminais.

Quanto à educação prisional, as evidências são consistentes, demonstrando um forte efeito preventivo quanto à reincidência, além de aumento significativo quanto às taxas de emprego entre os egressos (Jenkins; Steurer; Pendry, 1995; Brazell *et al.*, 2009; Gordon; Weldon, 2003; Hull *et al.*, 2000).

Estudo longitudinal de Steurer, Smith e Tracy (2001) com 3.170 egressos de Maryland, Minnesota e Ohio em 1997 e 1998 encontrou que os egressos que haviam participado de programas educacionais na prisão apresentaram taxas significativamente mais baixas de reincidência após três anos quando comparados ao grupo de controle (nova prisão: 48% versus 57%; recondenação: 27% versus 35%; e reincarceramento: 21% contra 31%, respectivamente). Os egressos que participaram dos programas educacionais receberam salários melhores do que os do grupo de controle nos três estados. Já a metanálise de Ellison *et al.* (2017), sobre os resultados de 18 programas educacionais oferecidos em presídios nos EUA, encontrou um efeito de redução de reincidência de 1/3 entre os presos, em comparação ao grupo de controle, e 24% mais probabilidades de emprego após o livramento.

Na Inglaterra, importante relatório governamental (Social Exclusion Unit, 2002, apud Ellison *et al.*, 2017) já havia identificado os fatores de risco mais significativos para a reincidência, com baixa escolaridade e desemprego ocupando a posição mais destacada, seguidos por problemas de saúde física e mental, má qualidade das redes familiares, condições precárias de habitação e abuso de drogas e álcool, evidências que têm orientado os programas de tratamento penal na Inglaterra e País de Gales.

Revisão de estudos publicados entre 1980 e 2011 com metanálise de Davis *et al.* (2013) encontrou probabilidade 43% menor de reincidência entre o grupo de egressos que participou de programas educacionais na prisão quando comparado ao grupo de controle. Participar dos programas educacionais na prisão aumentou em 13% as chances de os egressos obterem emprego. Muitos estudos evidenciam que quanto mais consistentes os programas de educação prisional, incluindo

educação de nível superior com diploma, maior o efeito de redução da reincidência (Hall, 2015; Batiuk *et al.*, 2005)¹⁸.

Circunstâncias que acompanham as penas privativas de liberdade podem alterar significativamente os indicadores de reincidência, sendo que a visitação dos familiares é uma das mais importantes. A visitação e os contatos frequentes e qualificados dos presos com seus familiares (inclusive com o uso de serviços de telefonia) reduzem a reincidência, diminuem a incidência da depressão e melhoram o comportamento dos presos (Mitchell *et al.*, 2016; De Claire; Dixon, 2017; Duwe; Clark, 2013). Ao mesmo tempo, muitos programas específicos de tratamento penal, que são delineados como intervenções destinadas a superar determinados problemas, têm sido muito bem avaliados em todo o mundo. Assim, por exemplo, projetos que oferecem terapia musical nas prisões são eficientes para a redução da ansiedade e da depressão e para a promoção da autoestima (Chen; Hannibal; Gold, 2016; Gold *et al.*, 2014), assim como projetos com arte que contribuem para redução de comportamentos disruptivos (Brewster, 2014). O mesmo pode ser dito quanto a projetos com que trabalham a relação dos presos com animais de estimação (Fournier, Geller e Fortney, 2007; Villafaina-Domínguez *et al.*, 2020) e sobre projetos de meditação (Rainforth; Alexander; Cavanaugh, 2003), entre muitos outros exemplos.

Em verdade, temos centenas de estudos empíricos de alta qualidade que encontraram resultados expressivos alcançados com programas de tratamento penal nas últimas décadas¹⁹. Trabalho clássico de McGuire (2013), por exemplo, identificou, já há 10 anos, mais de 100 metanálises com evidências consistentes a respeito, de forma que esse já não é mais um tema que mobilize debates na Criminologia contemporânea.

¹⁸Os interessados em evidências sobre o impacto positivo da educação nas prisões em diferentes países como Austrália, Botswana, Canadá, China, Egito, França, Hong Kong, Reino Unido, Estados Unidos, etc. podem acessar o estudo da Unesco, “Basic Education in Prisons” em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000111660>

¹⁹No caso brasileiro, a experiência das Associações de Proteção e Assistência aos Condenados (APACS) carece, ainda, de uma avaliação rigorosa, a partir de experimentos randomizados controlados. Os estudos disponíveis, normalmente de natureza qualitativa, entretanto, sugerem uma potencialidade de reabilitação muito significativa que deveria despertar maior atenção pública e maior dedicação dos pesquisadores.

4 DISCUSSÃO

Pelo que vimos, é possível estimular o fenômeno da desistência do crime com programas de tratamento penal baseados em evidência, e uma competente gestão prisional tem muito a fazer nesse caminho para além das narrativas autoindulgentes ou do gosto pelas abstrações jurídicas. No caso brasileiro, parte expressiva das dificuldades para a definição de bons programas de tratamento penal é oferecida pelo descompromisso dos gestores públicos e pelo desconhecimento das evidências acumuladas nessa área pelas pesquisas criminológicas experimentais.

Instrumentos técnicos de avaliação de risco podem servir para diferentes fins. Assim, por exemplo, identificar grupos de crianças e adolescentes expostos a vários fatores de risco para o envolvimento futuro com a violência permite que programas de prevenção sejam oferecidos de maneira focada para aqueles que mais podem se beneficiar deles, o que viabiliza políticas públicas de prevenção à violência amplamente eficientes. Os mesmos instrumentos, entretanto, poderão ser mal-empregados para aumentar a vigilância sobre esse mesmo grupo, estigmatizando-o e aumentando as chances de encarceramento dos seus integrantes. Os críticos da chamada “criminologia atuarial” não fazem essa distinção, recusando simplesmente qualquer instrumento de aferição de risco.

No caso dos encarcerados, mais de 11 milhões de pessoas em todo mundo²⁰, essa recusa impede o desenvolvimento de qualquer programa efetivo de tratamento penal. No mais, a gestão prisional envolve, em todos os procedimentos e decisões, avaliações de risco das quais dependem a vida de muitas pessoas, a começar pela vida dos presos e dos trabalhadores penitenciários. O processo de avaliação de risco, assinala-se, começa na decisão sobre a cela ou a galeria de cada interno, o que não diz respeito apenas ao tipo do delito cometido ou à gravidade da pena imposta. Na vida real, as decisões mais importantes costumam

²⁰Quantitativos internacionais e taxas de encarceramento podem ser acessados em diversos sites como em: <https://www.prisonstudies.org/ten-country-prisons-project/mudan%C3%A7as-nos-padr%C3%B5es-de-encarceramento>

ser aquelas que irão proteger a vida do preso por conta de outros fatores que não guardam relação com o processo penal, como, por exemplo, as ameaças derivadas de alguns dos valores morais que estruturam facções ou grupos mafiosos. Não avaliar riscos na execução penal se confunde, por isso mesmo, com irresponsabilidade.

A recusa ao paradigma dos fatores de risco, importado da Saúde Pública para a moderna Criminologia por autores como Farrington (2000) e Sherman *et al.* (1998), torna impossível também uma política de segurança exitosa na prevenção social, porque, ao invés do desenvolvimento de programas com foco nas condições criminogênicas, a tendência é a de esperar que políticas de distribuição de renda sejam suficientes para o efeito preventivo almejado, o que não é verdadeiro. Ocorre que a pobreza e a desigualdade social são fatores de risco para o crime e a violência que operam em dinâmicas específicas com dezenas de outros fatores tão ou mais impactantes. Caso não sejam superados, esses outros fatores seguirão ativos ainda quando resultados significativos de inclusão social e redução da desigualdade forem alcançados. Na Colômbia, em cidades como Bogotá e Medellín, foi possível reduzir as taxas de homicídio em 85% sem que qualquer mudança efetiva nos indicadores sociais tivesse sido produzida. Resultados semelhantes foram verificados a partir de projetos com intervenções nos chamados “pontos quentes” (*hot spots*) como ocorreu com o programa “Fica Vivo”, responsável pela redução média de 69% dos homicídios em regiões de exclusão social de Belo Horizonte (Muggah *et al.*, 2016). Amartya Sen (2008) situou a relativa independência das dinâmicas criminais e violentas frente à desigualdade social e à pobreza ao comentar os baixos índices de criminalidade em Calcutá, uma das mais pobres cidades da Índia. Nos EUA, onde se alcançou significativas taxas de redução do crime a partir de meados dos anos 90, os efeitos mais amplos foram identificados nas regiões mais pobres das grandes cidades (Friedson; Sharkey, 2015). Os exemplos são muitos, mas o que importa reter é que crime e violência não são epifenômenos da desigualdade social e da miséria, ainda que sejam muito influenciados por essas condições.

As evidências disponíveis, por outro lado, não deixam dúvidas sobre os efeitos criminogênicos do encarceramento (Cid, 2009; Andersen; Telle, 2019; Lulhan; Weatherburn; Bartels, 2009; Spohn; Holleran, 2002; Villetaz; Gillieron; Killias, 2015). Esses e muitos outros estudos concluíram que o chamado “efeito dissuasório” das penas é um dos mais acalentados mitos do Direito Penal, vez que a maioria das penas de prisão impostas, ou não alteram significativamente a realidade criminal ou acabam tendo um efeito potencializador das dinâmicas violentas, o que é ainda mais verdadeiro em países, como o Brasil, que apostam no encarceramento massivo, condição estruturante das facções criminais (Dias, 2011). A experiência do cárcere, na verdade, tem estimulado a reincidência, não a desistência do crime ou a ressocialização, para usar os termos da Lei de Execução Penal, fenômeno que deveria ser tomado como um dos indicadores da efetividade da execução penal. Estudo de revisão de Castillo *et al.* (2018), a propósito, sintetiza o círculo vicioso na execução penal que retroalimenta o encarceramento:

[...] a reincidência criminal de tipo penitenciário tornou-se não só consequência da inefetividade das medidas implementadas, mas, atualmente, é a causa de si mesma. Em outras palavras, a reincidência prisional revela o círculo vicioso em que caiu o sistema, com uma política criminal reativa e populista que leva ao agravamento das penas e à criação de novos tipos penais, sem avaliar cientificamente seus possíveis efeitos; medidas que superlotam estabelecimentos; superlotação que obriga o sistema prisional a deixar de cumprir seu papel ressocializador diante das difíceis condições; um processo ineficaz que leva a uma alta porcentagem de reincidência; uma reincidência que aumenta a superlotação e com ela a dinâmica recomeça [...] (Castillo *et al.*, 2018, p. 165, tradução nossa).

Comentando esse resultado, McGuire (2018) chama a atenção para a realidade espantosa de manutenção de uma política que, comprovadamente, não apenas deixa de entregar os resultados que promete, como parece ser muito consistente em agravar os problemas que pretende resolver:

Se a agricultura geralmente não conseguisse produzir alimentos, ou se os hospitais deixassem as pessoas mais doentes em vez de as melhorarem, ou se as provas da sua utilidade fossem tão tênues que apenas uma análise estatística elaborada pudesse isolá-las, haveria perplexidade generalizada, se não alarme. Apesar de, aparentemente, não conseguirem atingir a maior parte das finalidades que lhes foi designada, as prisões parecem estar numa posição única, sendo virtualmente imunes às críticas

sobre o seu valor. Se a sua utilização não puder ser justificada em termos de denúncia, retribuição e proteção pública - e essa última pode ser, na melhor das hipóteses, marginal - então, nas palavras de um documento político do governo britânico de alguns anos atrás (Home Office 1990, p. 6) elas se tornam simplesmente “uma maneira cara de piorar as pessoas más” (McGuire, 2018, p. 08, tradução nossa).

Em um quadro como esse, parece evidente a necessidade da redução da demanda de encarceramento, com a reserva das penas privativas de liberdade para os autores dos crimes mais graves – notadamente os crimes contra a vida, contra a liberdade sexual e contra o Estado Democrático de Direito. Assim como é imperativo que programas de tratamento penal sejam desenvolvidos com base em evidências, implementados, monitorados e avaliados externamente. Qualquer reforma consistente das leis penais terá de considerar esses dois objetivos, sob pena de agravar os problemas da segurança pública no Brasil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os sistemas prisionais formam tradições específicas de natureza nacional ou regional, com valores, normas e subculturas particulares que se reproduzem sistemicamente. Em grande medida, essas tradições refletem expectativas sociais a respeito das penas e um determinado senso comum sobre quem são os prisioneiros, sendo influenciadas por incentivos específicos e pelo papel desempenhado por mecanismos de controle.

As prisões brasileiras são, tipicamente, instituições totais, construídas desde sua origem no século XIX como espaços de castigo e abandono dos mais pobres e dos mais pretos, protegidos da luz pública e de controles efetivos, que foram sendo, progressivamente, superlotados a ponto de se inviabilizarem projetos de tratamento penal. As relações internas, entre servidores e detentos e entre os próprios detentos, costumam se dar em níveis elevados de tensão. Nas últimas décadas, a dinâmica de encarceramento em massa demandou a prática de separação de presos por galerias e não mais por celas, o que inaugurou possibilidades criminógenas inéditas, dando origem às facções criminais e fortalecendo-as.

Projetos de tratamento penal exitosos demandam condições distintas que assegurem, ainda que precariamente, possibilidades de interlocução, representação, escuta e consideração. Programas como o modelo RNR são, nesse sentido, propostas de reforma prisional que enfrentarão muita resistência no Brasil, o que poderá acarretar sua inviabilidade caso não se alcance a adesão dos servidores penitenciários.

Um caminho para se obter uma participação diligente dos servidores exigirá investimentos em formação continuada, mecanismos operantes de controle externo e, sobretudo, incentivos na carreira funcional a partir dos resultados alcançados na execução penal. Seria, finalmente, adequado que os gestores interessados em implementar programas de tratamento penal com base em evidências, começassem a fazê-lo a partir de um piloto e com a colaboração de diferentes agências, de modo a definir indicadores e metas, viabilizar o monitoramento dos projetos e delinear experimentos randomizados e controlados para estudos longitudinais com avaliações rigorosas.

REFERÊNCIAS

ADAMSON, C. Toward a marxian penology: captive criminal populations as economic threats and resources. **Social Problems**, v. 31, n. 04, p. 435-458, 1984.

AEGISDÓTTIER, Stefania *et al.* The meta-analysis of clinical judgment project: Fifty-six years of accumulated research on clinical versus statistical prediction. **Counseling Psychologist**, v. 34, p.341-382, 2006.

ALLEN, Francis A. **The decline of the rehabilitative ideal**: Penal policy and social purpose. New Haven, CT: Yale University Press, 1981.

ANDERSEN, Synøve N.; TELLE, Kjetil. Better out than in? The effect on recidivism of replacing incarceration with electronic monitoring in Norway. **European Journal of Criminology**, (online) p.1-22, 2019.

ANDREWS, Donald A. *et al.* Does Correctional Treatment Work? A Clinically Relevant and Psychologically Informed Meta-Analysis. **Criminology**, v. 28, n.03, p.369-404, 1990.

ANDREWS, Donald A., BONTA, James.; WORMITH, Stephen J. The recent past and near future of risk and/or need assessment. **Crime and Delinquency**, v. 52, p.7-27, 2006.

ANDREWS, Donald A., BONTA, James., HOGE, Robert. D. Classification for effective rehabilitation: Rediscovering psychology. **Criminal Justice and Behavior**, v.17, p.19-52, 1990.

ANDREWS, Donald A.; BONTA, James. **Risk-Need-Responsivity Model for Offender Assessment and Rehabilitation**. Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2007.

ANDREWS, Donald. A.; BONTA, James. **The Psychology of Criminal Conduct** (5^a ed), Newark, NJ: Matthew Bender, 2010.

AUGUSTYN, Megan B.; WARD, Jeffrey T. Exploring the sanction-crime relationship through a lens of procedural justice. **Journal of Criminal Justice**, v. 43, n.6, p. 470-479, 2015.

BANDURA, Albert. **Social Learning Theory**, Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1977.

BATIUK, Mary E. *et al.* Disentangling the effects of correctional education: Are current policies misguided? An event history analysis. **Criminal Justice**, v. 5, n. 1, p. 55-74, 2005.

BECK, Judith S. **Terapia cognitivo-comportamental: teoria e prática**. Porto Alegre: Artmed, 2014.

BRAZELL, Diana *et al.* From the classroom to the community: Exploring the role of education during incarceration and reentry. John Jay College, **Urban Institute: Justice Policy Center**, p. 1–50, 2009.

BONTA, James; WORMITH, Stephen J. Risk and need assessment. In G. McIvor e P. Raynor (Eds.), **Developments in social work with offenders**, Philadelphia, PA: Jessica Kingsley Publishers, p. 131-152, 2007.

BREWSTER, Larry. The Impact of Prison Arts Programs on Inmate Attitudes and Behavior: A Quantitative Evaluation. **Justice Policy Journal**, v.11, n.2, 2014.

CASTILLO, Richard L. *et al.* Aspectos criminogénicos de la reincidencia y su problema. **Revista de la Universidad Industrial de Santander Salud**, v. 50 n. 2, p. 158-165, 2018.

CAVENDER, Gray. Media and crime policy: A reconstruction of David Garland's The Culture of Control. **Punishment & Society**, v.6, n.3, p.335-348, 2004.

CHEN, Xi J.; HANNIBAL, Niels; GOLD, Christian. Randomized Trial of Group Music Therapy with Chinese Prisoners: Impact on Anxiety, Depression, and Self-Esteem. **International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology**, v.60, n.9, p. 1064-1081, 2016.

CHILE. **Informe de análisis sobre la implementación de los principios del modelo de Riesgo-Necesidad-Responsividad en los procesos de intervención de los tres subsistemas penitenciarios**. Departamento de Estadística y Estudios Penitenciarios, Subdirección Técnica - Gendarmería de Chile, 2019.

CID, José. Is Imprisonment Criminogenic? A Comparative Study of Recidivism Rates between Prison and Suspended Prison Sanctions, **European Journal of Criminology**, v.6, n.6, p.459-480, 2009.

CULLEN, Francis T. Rehabilitation: Beyond Nothing Works, **Crime & Justice**, v. 42, n 1, Crime and Justice in America 1975-2025, p. 299-376, 2013.

CULLEN, Francis T.; GILBERT, Karen E. **Reaffirming Rehabilitation**. Cincinnati: Anderson, 1982.

DAVIS, Lois M *et al.* **Evaluating the Effectiveness of Correctional Education: A Meta-Analysis of Programs that Provide Education to Incarcerated Adults**. Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2013.

DE CLAIRE, Karen; DIXON, Louise. The Effects of Prison Visits from Family Members on Prisoners' Well-Being, Prison Rule Breaking, and Recidivism: A Review of Research Since 1991. **Trauma, Violence, & Abuse**, v.18, n.2, p.185-199, 2017.

DIAS, Camila. **Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista**. 2011. 386 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro, Revan, 2013.

DOWDEN, Craig; ANDREWS, Donald. A. What works in young offender treatment: A meta-analysis. **Forum on Corrections Research**, v.11, n.2, p. 21-24, 1999.

DUWE, Grant; CLARK, Valerie. Blessed Be the Social Tie That Binds: The Effects of Prison Visitation on Offender Recidivism. **Criminal Justice Policy Review**, v.24, n.3, p. 271-296, 2013.

ELLISON, Mark *et al.* A Rapid Evidence Assessment of the effectiveness of prison education in reducing recidivism and increasing employment. **Probation Journal**, v.64, n.2, p.108-128, 2017.

FARRINGTON, David. Explaining and Preventing Crime: The Globalization of Knowledge. American Society of Criminology 1999 Presidential Address. **Criminology** v. 38, n.1, p. 1-24, 2000.

FOURNIER, Angela K., GELLER, E. Scott; FORTNEY, Elizabeth V. Human-Animal Interaction in a Prison Setting: Impact on Criminal Behavior, Treatment Progress, and Social Skills. **Behav. Soc. Iss**, v.16, p. 89-105, 2007.

FOX, James A.; ZAWITZ, Marianne W. **Homicide trends in the United States**. Washington, DC, U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, 2007.

FRIEDSON, Michael; SHARKEY, Patrick. Violence and Neighborhood Disadvantage after the Crime Decline, in: **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, v. 660, n. 1, 2015.

GENDREAU, Paul; ROSS, Robert R. Revivification of rehabilitation: Evidence from the 1980s, **Justice Quarterly**, v.4, n.3, p. 349-407, 1987.

GENDREAU, Paul; ROSS, Robert R. Gendreau, P., & Ross, B. Effective Correctional Treatment: Bibliotherapy for Cynics. **Crime & Delinquency**, 25, 463 - 489, 1979.

GOGGIN, Claire. Principles of Effective Intervention with Incarcerated Offenders, in: John Wooldredge e Paula Smith (eds): **The Oxford Handbook of Prisons and Imprisonment**. Oxford University Press, 2018.

GOLD, Christian *et al.* Music Therapy for Prisoners: Pilot Randomised Controlled Trial and Implications for Evaluating Psychosocial Interventions. **International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology**, v.58, n.12, p.1520-1539, 2014.

GORDON, Howard R.D., WELDON, Bracie. The impact of career and technical education programs on adult offenders: Learning behind bars. **Journal of Correctional Education**, v.54. n.4, p.200–209, 2003.

GROVE, William M. *et al.* Clinical versus mechanical prediction: A meta-analysis. **Psychological Assessment**, v.12, n.1, p.19-30, 2000.

HALL, Lori L. Correctional education and recidivism: Toward a tool for reduction. **The Journal of Correctional Education**, v.66, n.2, p. 4–29, 2015.

HARZING, Anne-Wil. **Publish or Perish**, 2007. Disponível em: <https://harzing.com/resources/publish-or-perish>. Acesso em: 20 de dez. 2024.

HILTON, Zoe N., HARRIS, Grant T., RICE, Marnie E. Sixty-six years of research on the clinical versus actuarial prediction of violence. **The Counseling Psychologist**, v.34, n.3, p. 400-409, 2006.

HULL, Kim A. *et al.* Analysis of recidivism rates for participants of the academic/vocational/transition education programs offered by the Virginia Department of Correctional Education. **Journal of Correctional Education**, v.51, n.2, p. 256-261, 2000.

JENKINS, David H., STEURER, Stephen J.; PENDRY, Jennifer. A post-release follow-up of correctional education program completers released in 1990-1991. **Journal of Correctional Education**, v. 46, n.1, p.20-24, 1995.

KOPITTKE, Alberto. **Manual de Segurança Pública Baseada em Evidências: o que funciona e o que não funciona na prevenção da violência**. Passo Fundo, Conhecer, 2023.

KRYSIK, Judy; LECROY, Craig W. The empirical validation of an instrument to predict risk of recidivism among juvenile offenders. **Research on Social Work Practice**, v.12, n.1, p. 71-81, 2002.

LAUB, John H.; SAMPSON, Robert J. Understanding desistance from crime. **Crime and Justice**, v.28, p. 1-69, 2001.

LULHAM, Rohan, WEATHERBURN, Don; BARTELS, Lorana. The Recidivism of Offenders Given Suspended Sentences: A Comparison with Full-Time Imprisonment. **Crime and Justice Bulletin: Contemporary Issues in Crime and Justice** 136. Sydney: NSW Bureau of Crime Statistics and Research, 2009.

MARTINSON, Robert. What works? Questions and answers about prison reform. **The Public Interest**, v.35, p.2-54, 1974.

MARTINSON, Robert. New findings, new views: A note of caution regarding sentencing reform. **Hofstra Law Review**, v.7, p. 243-258, 1979.

McGUIRE, James. 'What Works' to Reduce Reoffending: 18 Years On. In: **What Works in Offender Rehabilitation: An Evidence Based Approach to Assessment and Treatment**, (eds) Leam A. Craig, Loise Dixon and Theresa A. Gannon. Chichester: Wiley Blackwell, 2013.

McGUIRE, James. Implementing Prison-based Treatment Programs In: **The Oxford Handbook of Prisons and Imprisonment**. John Wooldredge and Paula Smith (ed), 2018.

MENNIS, Jeremy.; HARRIS, Philip W. Contagion and repeat offending among urban juvenile delinquents. **Journal of Adolescence**, v. 34, n.5, p. 951-963, 2011.

MITCHELL, Megan M. *et al.* The effect of prison visitation on reentry success: A meta-analysis. **Journal of Criminal Justice**, v.47, p. 74-83, 2016.

MONAHAN, Kathryn; STEINBERG, Laurence; PIQUERO, Alex R. Juvenile justice policy and practice: A developmental perspective. **Crime and justice**, v.44, n.1, p. 577-619, 2015.

MUGGAH, Robert; DE CARVALHO, Ilona Szabó; ALVARADO, Nathalie; MARMOLEJO, Lina; WANG, Ruddy. Haciendo de las ciudades lugares más seguros: Innovaciones sobre seguridad ciudadana en América Latina, in: **Instituto Igarapé/Banco Interamericano de Desarrollo (BID)**, 2016.

PALMER, Ted. Martinson revisited. **Journal of Research in Crime and Delinquency**, v.12, n.2, p.133-152, 1975.

POLASCHEK, Devon L. L. An appraisal of the risk–need–responsivity (RNR) model of offender rehabilitation and its application in correctional treatment. **Legal and Criminological Psychology**, v.17, p. 1-17, 2012.

PRATT, Travis C.; GAU, Jacinta M.; FRANKLIN, Travis W. **Key Ideas in Criminology and Criminal Justice**, SAGE Publications, 2012.

RAINFORTH, Maxwell V.; ALEXANDER, Charles N.; CAVANAUGH, Kenneth L. Effects of the *Transcendental Meditation* Program on Recidivism Among Former Inmates of Folsom Prison, **Journal of Offender Rehabilitation**, v.36, n.1-4, p.181-203, 2003.

ROLIM, Marcos. Desistência do Crime. *Revista Sociedade e Estado*, v.33, n. 3, 2018.

ROLIM, Marcos. Justiça Restaurativa em Prisões. **Pensar**, Fortaleza, v.27, n.4, p. 1-13, 2022.

SEN, Amartya. Violence, Identity and Poverty. **Journal of Peace Research**, v. 45, n.1, p. 5-15, 2008.

SHERMAN, Lawrence W. *et al.* **Preventing Crime: What Works, What Doesn't, What's Promising**. Office of Justice Programs, Research in Brief. Washington, DC: US Department of Justice, 1998.

SPOHN, Cassia; HOLLERAN, David. The Effect of Imprisonment on Recidivism Rates of Felony Offenders: A Focus on Drug Offenders. **Criminology**, v.40, p. 329-357, 2002.

STEURER, Stephen J.; SMITH, Linda; TRACY, Alice. **Three State Recidivism Study**. Correctional Education Association, 2001.

TAXMAN, Faye. S., THANNER, Meridith; WEISBURD, David. Risk, Need, and Responsivity (RNR): It All Depends. **Crime & Delinquency**, v.52, n.1, p. 28-51, 2006.

TYLER, Tom R. **Why People Obey the Law**, Yale University Press, 1990.

VILLAFAINA-DOMÍNGUEZ, Beatriz *et al.* Effects of Dog-Based Animal-Assisted Interventions in Prison Population: A Systematic Review, **Animals**, v.10, n.11: 2129, 2020.

VILLETAZ, Patrice; GILLIERON, Gwladys; KILLIAS, Martin. The Effects on Re-Offending of Custodial vs. Non-Custodial Sanctions: An Updated Systematic Review of the State of Knowledge. **Campbell Systematic Reviews**, 2015.

WARD, Tony; MESLER, Joseph; YATES, Pamela M. Reconstructing the Risk-Need-Responsivity model: A theoretical elaboration and evaluation. **Aggression and Violent Behavior**, v.12, n.2, p. 208-228, 2007.