

Revista da

Defensoria Pública

do Distrito Federal

VOLUME VI – Nº 03

Journal of Brazilian Federal District Public Defensorship

Número regular

2024

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

Journal of Brazilian Federal District Public Defensorship

Editor-chefe da RDPDF
Alberto Carvalho Amaral

ISSN Eletrônico: 2674-5755
ISSN Impresso: 2674-5739

Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal <i>Journal of Brazilian Federal District Public Defensorship</i>	Brasília	v. 6	n. 3	p. 188	set./dez.	2024
---	----------	------	------	--------	-----------	------

DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

Defensor Público-Geral

Celestino Chupel

Subdefensores Públicos-Gerais

Emmanuela Saboya

Fabício Rodrigues de Sousa

Corregedor-Geral

Juliana Leandra de Lima Lopes

Ouvidora-Geral

Patrícia Pereira de Almeida

CONSELHO SUPERIOR

Ricardo Lustosa Pierre – Categoria Especial

Reinaldo Rossano Alves – Classe Intermediária

Mayara Lima Tachy – Classe Intermediária

Filipe Bastos Nogueira – Classe Intermediária

Guilherme Gomes Vieira – Classe Inicial

Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal
vol. 6, n. 3 (2024). Brasília: Defensoria Pública do Distrito Federal, 2024.

ISSN Eletrônico: 2674-5755

ISSN Impresso: 2674-5739

Quadrimestral.

Editor: Alberto Carvalho Amaral, 2019-[ATUAL]

Disponível também online: <http://revista.defensoria.df.gov.br>

1. AMARAL, Alberto Carvalho. 2. Direito. 3. Assistência Jurídica, periódico. 4. Defensoria Pública, Brasil. Escola de Assistência Jurídica

CDU 34
CDDir 340.0581

Ficha catalográfica elaborada pela Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal

Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal

Journal of Brazilian Federal District Public Defensorship

Coordenação e distribuição

Escola de Assistência Jurídica da Defensoria Pública do Distrito Federal (EASJUR)

Endereço: Setor Comercial Norte, Quadra 01, Lote G, Ed. Rossi Esplanada Bussiness, térreo
70.711-070 - Brasília/DF Tel.: (61) 3318-0287

Visite nosso site: <http://revista.defensoria.df.gov.br/> E-mail: escoladpdf@gmail.com

Diretor: Evenin Eustáquio de Ávila

Conselho Editorial

Alberto Carvalho Amaral, Defensor Público do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

Ana Luiza Barbosa Fernandes, Defensora Pública do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

Antônio Carlos Fontes Cintra, Defensor Público do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

Fernando Henrique Lopes Honorato, Defensor Público do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

Guilherme Gomes Vieira, Defensor Público do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

Reinaldo Rossano Alves, Defensor Público do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

Ricardo Lustosa Pierre, Defensor Público do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

Conselho Consultivo

Alexandre Bernardino Costa, Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Universidade de São Paulo, São Paulo-SP, Brasil.

Bruno Amaral Machado, Centro Universitário de Brasília, Brasília-DF, Brasil.

Carlos Sávio Gomes Teixeira, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro-RJ, Brasil.

Daniel Pires Novais Dias, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo-SP, Brasil.

David Sanchez Rubio, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.

Élida Graziane Pinto, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.

Gabriel Ignacio Anitua Marsan, Universidad Buenos Aires, Argentina.

Jose Geraldo de Sousa Junior, Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil.

Lourdes Maria Bandeira (*in memoriam*).

Nair Heloisa Bicalho de Sousa, Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil.

Talita Tatiana Dias Rampin, Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil.

Editor-chefe

Alberto Carvalho Amaral, Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília-DF, Brasil.

E-mail: editor.revista@defensoria.df.gov.br

Equipe Técnica

Layout da Capa e Diagramação

EASJUR e RDPDF

Acesso aberto e gratuito – Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores – Citação parcial permitida com referência à fonte.

Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)

Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)

Qualis CAPES (2017-2020): B1

Indexadores: CAPES / Sumários.org / EZ3 / Diadorim / Latindex 2.0 / ResearchBib / Google Scholar / Livre / Index Copernicus International / SHERPA RoMEO Jisc / CiteFactor / ACAAP / U. Porto / Redib / Academia.edu / DOAJ / Oasisbr / La Referencia / Fidmath / Biblioteca do Senado Federal / ERIH PLUS / BASE / Scopus / Miguilim

CORPO DE PARECERISTAS

- Ph.D. Álvaro Carlos Ramos Barbosa (UERJ – RJ, Brasil)
- Ph.D. Ana Carolina Santos Leal da Rocha Bernardes (PUCMG - MG, Brasil)
- Ph.D. Ana Cristina de Castro (UnB – DF, Brasil)
- Ph.D. Arthur Henrique de Pontes Regis (UnB – DF, Brasil)
- Ph.D. Bernard dos Reis Alô (UFF – RJ, Brasil)
- Ph.D. Cleunice Aparecida Valentim Bastos Pitombo (USP - SP, Brasil)
- Ph.D. Cynthia Pereira de Araújo (PUCMG - MG, Brasil)
- Ph.D. Edison Tetsuzo Namba (USP - SP, Brasil)
- Ph.D. Fabio Tenenblat (UFRJ - RJ, Brasil)
- Ph.D. Gilda Maria Giraldes Seabra (PUCSP - SP, Brasil)
- Ph.D. Grazielly Alessandra Baggenstoss (UFSC – SC, Brasil)
- Ph.D. Gustavo Swain Kfoury (UFSC – SC, Brasil)
- Ph.D. Jeferson Ferreira Barbosa (Universitat Regensburg, Alemanha)
- Ph.D. Juliana Cesario Alvim Gomes (UFMG - MG, Brasil)
- Ph.D. Juliana Ribeiro Brandão (EPD - SP, Brasil)
- Ph.D. Paulo Campanha Santana (UDF - DF, Brasil)
- Ph.D. Raquel Soares Chiarelli (Universitat de Barcelona, Espanha)
- Ph.D. Rodrigo Uchôa de Paula (UFC - CE, Brasil)
- Ph.D. Rômulo Luis Veloso de Carvalho (PUC-MG, Brasil)
- Ph.D. Vinícius Custódio Rios (PUCSP – SP, Brasil)
- M.Sc. Alexandre Fernandes Silva (UFMS-MS, Brasil)
- M.Sc. Camila Danielle de Jesus Benincasa (USP-SP, Brasil)
- M.Sc. Elisianne Campos de Melo Soares (UFRN – RN, Brasil)
- M.Sc. Magdiel Pacheco Santos (PUCRS – RS, Brasil)
- M.Sc. Matheus Arruda Gomes (UFS – SE, Brasil)
- M.Sc. Myrelle Jacob Gonçalves (FMC – MG, Brasil)
- M.Sc. Renata Lyra Alves Xavier (UnB – DF, Brasil)

Sumário

Editorial 10

Editorial

(Alberto Carvalho Amaral)

1) Labour relations in law enforcement agencies on the example of the prosecutor's office: A comparative analysis of Ukraine and other countries 15

Relações de trabalho em órgãos de segurança pública, tomando como exemplo o Ministério Público

(Oleksandr Horban)

(Kateryna Horbachova)

(Valentyna Nezhevelo)

(Yuliia Rud)

(Nataliia Petrova)

2) A representatividade LGBT na política e o direito eleitoral como instrumento de inclusão social..... 39

LGBT representation in politics and electoral law as an instrument of social inclusion

(Weider Tapia Pires)

(Renato Duro Dias)

3) Impactos de arranjos institucionais e práticas restritivas no acolhimento de imigrantes no Brasil 55

Impacts of institutional arrangements and restrictive practices on the reception of immigrants in Brazil

(André Pereira Crespo)

(Bruno Amaral Machado)

4) A influência da liderança feminina em ações do CNJ para impulsionar a presença de mulheres no Poder Judiciário - seria Rosa o conselho de Weber? 75

The influence of female leadership in CNJ actions to boost the presence of women in the judiciary - would Weber's council be Rose?

(Janaina Berno Lopes Werneck Lima)

(Tayanna Chaves Lago)

5) A assistência qualificada de vítimas e a propositura de ações penais privadas ou subsidiárias da pública pela defensoria pública 111

The qualified assistance to victims and the filing of private criminal actions by the Public Defenders' Office
(Tiago Kalkmann)

6) A posse como direito temporalmente prevalente à propriedade: a proteção possessória pela Defensoria Pública e o seu fundamento constitucional..... 137

Possession as a temporally prevalent right to property: the possessory protection by the Public Defender's Office and its constitutional basis
(Gustavo Abdalla)
(Pedro Bruzzi Ribeiro Cardoso)

7) O constitucionalismo como método e as garantias processuais como metodologia: a efetivação do devido processo legal..... 155

Constitutionalism as method and procedural guarantees as methodology: the realization of due process of law
(Eraldo Silveira Filho)

Teses e dissertações elaboradas no âmbito da DPDF

A criação da central de regulação de moradia emergencial como instrumento de otimização da política pública habitacional do Distrito Federal..... 179

The creation of the emergency housing regulation center as an instrument for optimizing public housing policy in the Brazilian Federal District
(Rodrigo Duzsinski)

Sobre os autores 181

About the authors

Regras para envio de textos..... 185

Author Guidelines

Editorial

A Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal (RDPDF) apresenta o seu segundo número do sexto volume. Nesta edição, prosseguimos com o objetivo de discutir criticamente temas que sejam do interesse e de relevância nacional, impactando a atuação defensorial e o próprio fazer justiça no cenário pátrio e internacional.

Neste número, os artigos tocam eixos de atuação relevantíssimos para a produção acadêmica voltada para o acesso à justiça e a própria atuação defensorial. Assim, discutem-se temáticas relativas à inclusão, representatividade e igualdade no acesso à justiça, bem como da função institucional da Defensoria Pública e, não menos importante, a dimensão normativa e crítica dos direitos. O campo jurídico contemporâneo, assim, é retratado e moldado a partir dessas diversas lentes e configurações.

Em *Labour relations in law enforcement agencies on the example of the prosecutor's office: a comparative analysis of Ukraine and other countries*, Oleksandr Horban, Kateryna Horbachova, Valentyna Nezhevelo, Yuliia Rud e Nataliia Petrova, a partir de uma abordagem comparativa, aprecia as relações de trabalho entabuladas pelo Ministério Público da Ucrânia e outras experiências internacionais, relacionadas ao fazer de segurança pública.

Weider Tapia Pires e Renato Duro Dias discutem, em *A representatividade LGBT na política e o direito eleitoral como instrumento de inclusão social*, a sub-representatividade de gênero e como instrumentalizar mecanismos para a tutela de vozes dissidentes a partir dos pleitos eleitorais.

No artigo *Impactos de arranjos institucionais e práticas restritivas no acolhimento de imigrantes no Brasil*, André Pereira Crespo e Bruno Amaral Machado se voltam para a temática migratória e as possibilidades estatais de atuação diante dessas populações vulnerabilizadas.

A gestão feminina e impactos na paridade de gênero no âmbito do Poder Judiciário são investigadas em *A influência da liderança feminina em ações do CNJ para impulsionar a presença de mulheres no Poder Judiciário - seria Rosa o conselho de Weber?*, de Janaina Berno Lopes Werneck Lima e Tayanna Chaves Lago.

Com a finalidade de apreciar as possibilidades de intervenção em prol das vítimas pela Defensoria Pública, Tiago Kalkmann, em *A assistência qualificada de vítimas e a propositura de ações penais privadas ou subsidiárias da pública pela Defensoria Pública*, delinea os limites constitucionais, aparatos legais e a imprescindível cautela para evitar a ampliação desmedida do poder punitivo estatal.

Em *A posse como direito temporalmente prevalente à propriedade: a proteção possessória pela defensoria pública e o seu fundamento constitucional*, Gustavo Abdalla e Pedro Bruzzi Ribeiro Cardoso argumentam a respeito do fator tempo na questão da propriedade, especialmente em contextos de litigiosidade fundiária coletiva, extrapolando-se a relevância da intervenção defensorial como *custos vulnerabilis*.

E, como último artigo deste número, é a contribuição de Eraldo Silveira Filho, a partir de uma genealogia do constitucionalismo e sua correlação ao devido processo legal e à delimitação do poder, em *O constitucionalismo como método e as garantias processuais como metodologia: a efetivação do devido processo legal*.

Na seção Teses e Dissertações elaboradas no âmbito da DPDF, apresentamos o resumo da dissertação de Rodrigo Duzsinski, intitulada “A criação da central de regulação de moradia emergencial como instrumento de otimização da política pública habitacional do Distrito Federal”.

Os textos que integram esta edição evidenciam não apenas a diversidade temática que marca o campo jurídico contemporâneo, mas também a convergência em torno de um propósito comum: refletir criticamente sobre os mecanismos de justiça, especialmente na perspectiva de sua acessibilidade e efetividade para os grupos historicamente vulnerabilizados. Em distintos enfoques — da política institucional à atuação penal, da proteção fundiária à formulação de políticas

públicas — os artigos apontam caminhos para a renovação teórica e prática do direito, tensionando seus limites e propondo alternativas orientadas pela dignidade humana, pela equidade e pela transformação social. A Defensoria Pública, nesse contexto, figura tanto como objeto quanto como sujeito dessas reflexões, reafirmando seu papel estratégico na democratização do sistema de justiça.

Ao reunir investigações que dialogam com as dimensões operacionais, estruturais e conceituais do acesso à justiça, esta edição da Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal reafirma seu compromisso com uma produção acadêmica comprometida, plural e atenta aos desafios do presente. Esperamos que os textos aqui apresentados contribuam para ampliar horizontes, fomentar debates e inspirar práticas jurídicas mais inclusivas, críticas e comprometidas com os fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

Boa leitura.

Alberto Carvalho Amaral

Editor-chefe

Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal

Artigos

Labour relations in law enforcement agencies on the example of the prosecutor's office: A comparative analysis of Ukraine and other countries

Relações de trabalho em órgãos de segurança pública, tomando como exemplo o Ministério Público

Oleksandr Horban*
Kateryna Horbachova**
Valentyna Nezhevelo***
Yuliia Rud****
Nataliia Petrova*****

Abstract: The need to assess how the reforms will affect the rights of employees and identify areas for improvement based on international comparisons has made it important to study labour relations in law enforcement agencies, especially in prosecution services. Understanding and strengthening labour relations in law enforcement is crucial for maintaining the rule of law and public trust in the judiciary in light of changes in state legislation aimed at promoting openness and respect for human rights. The study uses dialectical, formal and logical, comparative legal, systemic and structural, and logical and legal methods. This topic will allow comparing the experience of Ukraine with the experience of other countries in the study of changes in the regulation of labour relations of prosecutors in the context of reforms aimed at increasing the efficiency and transparency of its activities.

Keywords: labour relations, labour relations of prosecutors, prosecutor's office, prosecutor, law enforcement agencies, administration, labour right, international comparison.

Resumo: A necessidade de avaliar como as reformas afetarão os direitos dos funcionários e identificar áreas para melhorias com base em comparações internacionais tornou importante o estudo das relações de trabalho em órgãos de segurança pública, especialmente nos serviços do Ministério Público. Compreender e fortalecer as relações de trabalho nesses órgãos é crucial para manter o Estado de Direito e a confiança pública no Judiciário, à luz das mudanças na legislação estatal voltadas para a promoção da transparência e o respeito aos direitos humanos. O estudo utiliza métodos dialéticos, formais e lógicos, comparativos jurídicos, sistêmicos e estruturais, além de métodos lógico-jurídicos. Esse tema permitirá comparar a experiência da Ucrânia com a de outros países no estudo das mudanças na regulação das relações de trabalho dos promotores, no contexto de reformas destinadas a aumentar a eficiência e transparência de suas atividades.

Palavras-chave: Relações profissionais de promotores de justiça; agências de segurança pública; administração; direitos laborais; comparação internacional.

Recebido em: 17/10/2024
Aprovado em: 26/12/2024

Como citar este artigo:
HORBAN, Oleksandr;
HORBACHOVA, Kateryna;
NEZHEVELO, Valentyna;
RUD, Yuliia; PETROVA,
Nataliia. Labour relations
in law enforcement
agencies on the example
of the prosecutor's office:
A comparative analysis of
Ukraine and other
countries. Revista da
Defensoria Pública do
Distrito Federal, Brasília,
vol. 6, n. 3, 2024, p. 15-38.

* Associate Professor (Sumy State University).

** Sumy National Agrarian University

*** Sumy National Agrarian University.

**** Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman

***** Sumy National Agrarian University

1 Introduction

The prosecutor's office is a public authority that exercises its functions to protect human rights and freedoms and the general interests of society and the state. Prosecutors are vested with certain powers necessary to perform their functions. Work in the prosecutor's office is connected with the performance of certain functions of the state and is very stressful and responsible. The Prosecutor's Office of Ukraine is a unified system of prosecutor's offices of different levels. Each employee of the prosecutor's office is an employee who has labour relations. Due to the specific nature of this body, labour relations of prosecutors may undergo significant changes in the course of their service in the prosecution service. Given this, prosecutors, like any other employees, should be protected by labour law, and changes in their employment relations should be regulated. Therefore, the authors believe that the grounds for changing the labour relations of prosecutors require in-depth scientific research.

The adoption of the Law of Ukraine "On the Public Prosecutor's Office" of 14 October 2014 No. 1697-VII is an important stage in the reform of the public prosecution service in the context of creating a new model of this body by the principles and standards of the Council of Europe. The explanatory note to the current draft of the Law drew attention to a key aspect of the planned reform, in particular, to rethink the role of the prosecutor's office in protecting the interests of a person and a citizen, the state and society, to deprive this body of excessive powers to exercise general supervision over the observance of laws while introducing legal mechanisms that will increase the efficiency of the prosecutor's office and focus on issues related to criminal proceedings.

Several scholars have studied the activities of the prosecutor's office and labour relations arising in this institution. Podorozhnyi (2022) studied the performance of prosecutors, determining the dependence on the quality of labour discipline and disciplinary liability. The author highlights the peculiarities of bringing them to disciplinary liability, in particular: regulation of legal relations in the field of prosecution by special labour legislation; conduct of disciplinary proceedings by the Qualification and Disciplinary Commission of Prosecutors; a wider range of disciplinary sanctions compared to general labour legislation; a clear and consistent procedure for bringing to disciplinary liability which ensures protection of the rights and interests of prosecutors. Sevidova (2021) studied the legal relations of prosecutors, pointing out their inclusion in the subjects of labour relations. He noted that the labour activity of these employees is a form of public labour, and it is regulated by both labour legislation and legislation in the prosecutor's office.

Klochko (2021) studied the dependence of the functional model of the prosecutor's office on its place in the system of the state apparatus. He pointed out that in different countries, the prosecutor's office may be subordinated to the executive, or judiciary, or occupy an intermediate or independent place in the system of separation of powers, which affects its functional model. Kiselyova, Shlapko and Khlus (2022) studied the mechanisms of realization of labour and social security rights of prosecutors. They found that prosecutors are subject to general labour law provisions, as well as special provisions established by the legislation on the prosecution service. The study showed that the legal status of prosecutors enables them to exercise their constitutional rights and obligations, including labour and social security rights. The authors drew attention to the important role of international regulations in improving Ukrainian legislation in this area and identified problematic aspects in it, suggesting ways to solve them. Kuprun (2022a) studied the pension form of social protection of prosecutors in Ukraine, identifying its specific features, reasonably considering the legal framework, objectivity about pension provision and the variety of pension types. Particular attention was paid to prosecutors' pensions, their guarantees, recalculation and inclusive approach to provision.

The purpose of the study is to analyze changes in the regulation of labour relations of prosecutors in the context of reforms and European integration aimed at increasing efficiency and transparency. A comparative analysis of Ukraine's experience with other countries will help identify similarities and differences in the regulation of labour relations in the prosecution service and highlight prospects for further development in this area.

2 Materials and Methods

The methodological basis of the study was chosen with due regard to the goal and objectives, object and subject of the study. The dialectical method, as a general scientific method of cognition, was applied when considering the legal grounds for the emergence and termination of labour relations with prosecutors in their development and interconnection with the general categories of labour law and legislation. This method allows us to consider the object of study as a system of interconnected and interacting elements, as well as to identify internal regularities and contradictions.

The concepts and terminology used in the current legislation of Ukraine regulating the labour relations of prosecutors are defined in a formal and logical (dogmatic) way. This method is

based on a methodical study of certain legal provisions, as well as how they are interpreted and applied in the context of legal practice. The formal-logical method allows us to consider the concepts and objectives of legal regulation in their codified form in the context of labour law about prosecutors. The logical-analytical method allows us to break down the legal provisions governing labour relations into their constituent elements, to find out the circumstances under which they are applied, and to establish how these provisions are related to other labour law provisions and institutions.

The comparative legal method was used to conduct a comparative analysis of the topic under study with the experience of other countries in this area. In addition, the comparative legal method allows us to find creative solutions and best practices that can be incorporated into national legislation to improve working conditions and protect the rights of prosecutors. At the same time, this approach helps to prevent adverse consequences that may arise from improperly copying foreign laws without considering the unique characteristics of one's own society and legal system.

The article uses the systemic-structural approach to analyze changes in the regulation of labour relations of prosecutors in light of reforms and European integration. In the context of European integration, the systemic-structural approach helps to assess the compliance of national legislation with the standards of the European Union and to identify areas where legal norms need to be adapted or harmonized. This is crucial to ensure that Ukrainian legislation is in line with international standards and to preserve Ukraine's ability to join European organizations. In the context of Ukraine's European integration, the application of the model approach has contributed to the design and modification of certain changes in the legal regulation of the topic under study.

Based on the examples of other countries, the logical and legal approach has made it possible to identify potential areas for the development and improvement of labour relations. The logical-legal method allows us to identify the best practices by analyzing examples from other countries that have already introduced certain modern methods into labour legislation. The logical-legal approach can help to create and implement new legislative measures that guarantee better working conditions, increased flexibility and protection of prosecutors' rights in the light of this experience. This strategy ensures that national norms are in line with international standards and helps to harmonize labour legislation with international best practices.

3 Results

3.1 Legal Status and Labour Relations of Prosecutors

As of today, there is no single approach to determining the legal status of employees exercising the right to work in the prosecution authorities of Ukraine. Undoubtedly, employees of the prosecutor's office are subjects of administrative law, since they perform the functions of a representative of the state power established by the Constitution of Ukraine and the Law of Ukraine "On the Prosecutor's Office". However, the labour rights, duties and guarantees of prosecutors are an integral part of their legal status as a subject of labour law.

The emergence of the legal status of a prosecutor's office employee is a consequence of the emergence of labour rather than administrative legal relations. At the same time, the statement of the fact of the former does not deny the possibility of the latter, since they may exist in parallel. In this case, the legal relationship involving a prosecutor is dual. On the one hand, a candidate for the position acquires the status of an employee, and on the other hand, a civil servant. Upon entering the service of the prosecutor's office, an individual acquires the status of a party to labour relations - an employee who performs tasks and functions of the state that have signs of public administration.

However, it should not be forgotten that the civil service excludes individual and collective contractual regulation of employment relations, and this circumstance gives rise to serious differences in the legal status of traditional subjects of labour law. Thus, in such relations, there is no employer figure traditional for labour law. Instead, there is an agent of the state (body, institution, etc.) with a clearly defined range of powers and financial capabilities fixed by the relevant budget. In this situation, both labour and collective bargaining agreements lose their meaning, as most of the conditions of service are regulated by non-contractual regulations."

It is important to note that according to Article 3 of the Labour Code of Ukraine (Verkhovna Rada of Ukraine, 1971), "labour legislation regulates labour relations of employees of all enterprises, institutions, organisations regardless of their form of ownership, type of activity and industry, as well as persons working under an employment contract with individuals". This implies that the legislator considers civil servants, including prosecutors, to be subjects of labour law. Thus, legal relations in the civil service are subject to labour law, taking into account the peculiarities provided for by special rules and the specifics of the civil service.

The specificity of relations arising in connection with employment with the prosecution authorities of Ukraine is due to two factors: the peculiarity of the employer and the peculiarity of the labour function. These differences, in turn, determine special requirements for persons willing to work in the prosecution service, a specific regime of remuneration, working hours and rest periods, and increased responsibility compared to employees in other industries.

As noted above, prosecutors have a special status. This is because legal relations within the framework under which prosecutors exercise their labour rights and obligations arise based on an employment contract and are regulated by the Labour Code of Ukraine and other labour regulations, as well as special regulations governing the activities of prosecutors. Thus, it can be concluded that prosecutors have a special legal personality (Podorozhnyi, 2022).

Identification of the features of the special legal personality of a certain category of employees is possible by studying the legislative provisions in the relevant area. Thus, because of a comprehensive analysis of the provisions of the current legislation of Ukraine, it can be stated that the labour legal personality of persons wishing to acquire the status of a prosecutor's office employee covers the following features: Citizenship of Ukraine. Higher legal education. Not being in any other labour relations and compliance with existing restrictions on concurrent employment and combining it with other activities as defined in anti-corruption legislation. These regulations prohibit prosecutors from engaging in other paid activities (except for teaching, research and creative work, medical practice, sports instructing and refereeing). Not being a member of a political party.

No criminal record and no administrative liability for committing a corruption offence. Two years of legal experience. Knowledge of the state language. Not being recognized by a court as having limited legal capacity or incapacity. Absence of diseases that impede the performance of the prosecutor's duties. Absence of characteristics that constitute a restriction for holding the position of a prosecutor under the Law of Ukraine "On Purification of Government". Integrity. In this regard, it can be argued that there is another feature of the special labour legal personality of prosecutors - integrity. To promote such personal qualities of prosecutors as impartiality, honesty, integrity, and the ability to resist attempts to unduly influence their work, the Code of Professional Ethics and Conduct for Prosecutors was developed. This document lists the basic principles and moral norms that should guide prosecutors both in the performance of their official duties and outside of work.

The Law of Ukraine "On the Public Prosecutor's Office" (Verkhovna Rada of Ukraine, 2015) also provides for additional features of labour legal personality for certain groups of

prosecutors (the Prosecutor General, military prosecutors, and the Specialised Anti-Corruption Prosecutor's Office). Summarising the above, the authors conclude that prosecutors are among the subjects of labour relations since their work is a type of public labour activity. Legal relations arising from the conclusion of an employment contract fall within the scope of labour law. Thus, in these legal relations, the employer is a state body, and the hired party is a prosecutor. At the same time, the legal regulation of these labour relations is carried out not only by labour law but also by the legislation in the prosecutor's office (Sevidova, 2021).

3.2 Changes in Labour Relations and Employment Conditions

Labour relations, to which a prosecutor is a party, may change after their occurrence due to certain circumstances, and therefore the conditions of the prosecutor's employment, which were agreed by the parties before the labour relations arose, may undergo significant changes. The peculiarity of the change in labour relations as a certain stage in its dynamics, unlike the stage of origin and termination, is its optional nature, since rarely does any labour relationship go through the stage of change in its development. The category of "change of employment relationship" should be distinguished from the category of "change of employment contract". Thus, a change in an employment relationship is a transition, or transformation of one or more essential working conditions provided for by labour law, a collective agreement (bargaining agreement) or an employment contract into a substantially different one (or others). Amendment of an employment agreement is a transition, or transformation of one or more essential terms of this agreement into a substantially different one(s) at the initiative of the employee, employer or third parties.

Given the specific nature of labour relations with a prosecutor's office employee, the grounds for their change may be both general, applicable to all categories of employees, and special, specific to prosecutors. However, such grounds, both general and special, are subject to certain legal elements. A legal fact alone is not enough to create, change or terminate an employment relationship. It is necessary to have a factual basis. The existence of factual elements in labour law is due to the specifics of work of certain categories of employees (civil servants, research and teaching staff), the complexity of their work, and increased responsibility for their performance.

In labour law, which has a sectoral specificity in the need to consider various life circumstances when regulating complex social relations, most legal consequences are established

not as a result of individual legal facts, but as a result of legal elements. A legally significant set of facts that directly leads to the establishment of legal consequences in labour law should be considered a legal composition. The legal composition includes legal facts that acquire legal significance at the moment of completion of the accumulation of facts and the legal consequences caused by the composition.

Thus, the labour relations of a prosecutor are no exception, and their emergence, change and termination require a certain factual composition. The change of labour relations in the prosecutor's office occurs in the context of the following legal facts: the initiative of an interested party aimed at transferring an employee; the employee's will to perform his/her functions in a new position or the actual start of his/her labour functions; written expression of the will of the management of the prosecutor's office (Klochko, 2021).

In our opinion, the most common grounds for changing the labour relations of a prosecutor's office employee are transfer and relocation. By the provisions of Article 38 of the Law of Ukraine "On the Prosecutor's Office" of 14 October 2014 No. 1697-VII, which entered into force on 15 April 2016, regarding the transfer of a prosecutor to another prosecutor's office, a prosecutor may be transferred with his/her consent to another prosecutor's office, including a higher level one, to a vacant or temporarily vacant position. Transfer to a higher-level prosecution body shall be based on the results of a competition, the procedure for which shall be determined by the Qualification and Disciplinary Commission of Prosecutors. The competition shall include an assessment of the prosecutor's professional level, experience, moral and business qualities and verification of his/her readiness to exercise powers in another prosecution body, including a higher level one. A condition for a prosecutor to participate in the competition is that he or she must submit a transfer application and have relevant work experience as a prosecutor.

The relevant competition is conducted by the Qualification and Disciplinary Commission of Prosecutors. Thus, to change the employment relationship in case of transfer of a prosecutor to a position in another prosecution body, it is necessary to have the actual composition, which includes the following: the fact of a person's employment in the prosecution body (condition); the prosecutor's consent to his/her transfer to a position in another prosecution body; the presence of a vacant or temporarily vacant position in the prosecution body to which the prosecutor will be transferred (condition); in case of transfer to a higher-level prosecution body, successful completion of the competition, in which such prosecutor will participate. Given the above, it can be concluded that to change the labour relations of a prosecutor in the form of transfer to another prosecution body, it is necessary to have a rather complex legal composition, without at least one

of the elements of which such a change in labour relations cannot take place (Kiselyova et al., 2022).

It should be noted that the concept of "transfer" to another position should be distinguished from "transfer". Thus, under Article 32 of the Labour Code of Ukraine dated 10 December 1971 No. 322-VIII, the transfer of an employee to another job at the same enterprise, institution or organisation to another workplace, another structural unit in the same location, assignment of work on another mechanism or unit within the speciality, qualification or position stipulated by the employment contract is not considered a transfer to another job and does not require the employee's consent. The owner or his/her authorised body has no right to transfer an employee to a job that is contraindicated for health reasons.

Thus, the transfer requires the fact that the prosecutor is working in a certain position in a certain prosecutor's office (a condition for changing the prosecutor's labour relations), as well as an order to transfer. The authors believe that transfer and relocation are integral elements of service in the prosecution service. Labour relations in the civil service, in the prosecution service in particular, may also change as a result of changes in essential working conditions. Under Article 32 of the Labour Code of Ukraine No. 322-VIII of 10 December 1971, due to changes in the organization of production and labour, it is allowed to change essential working conditions in case of continuing work in the same speciality, qualification or position. An employee must be notified of changes in essential working conditions, such as systems and amounts of remuneration, benefits, working hours, establishment or cancellation of part-time work, combination of professions, change of grades and job titles, etc., no later than two months in advance. If the same essential working conditions cannot be maintained and the employee does not agree to continue working under the new conditions, the employment contract shall be terminated by clause 6 of Article 36 of this Code.

It should be noted that changes in the working conditions of prosecutors can be divided into those that apply to a particular employee and those that apply to a certain range of employees. For example, renaming a position or changing a class rank may apply to only one employee, while changes in benefits and working hours established by the internal labour regulations of the relevant prosecutor's office apply to all employees of such prosecutor's office (Omelianenko, 2022).

Thus, to change the labour relations of a prosecutor's office employee as a result of changes in essential working conditions, a certain factual composition is required. The conditions and other elements of this factual composition will differ depending on what kind of significant changes will

take place. A change in the labour relations of a prosecutor's employee also occurs in the case of the appointment of a prosecutor to an administrative position by the procedure provided for in Article 39 of the Law of Ukraine "On the Prosecutor's Office" of 14 October 2014 No. 1697-VII. The provisions of part 8 of the said article, which stipulates that holding an administrative position in the prosecutor's office does not exempt a prosecutor from exercising the powers of a prosecutor of the relevant prosecutor's office, implies that in case of appointment of a prosecutor to an administrative position, his/her labour relations will change, namely, the range of rights and duties will expand.

The list of administrative positions in the prosecutor's office of Ukraine is set out in Article 39 of the Law of Ukraine "On the Prosecutor's Office" of 14 October 2014 No. 1697-VII. Based on the analysis of the provisions of the said Law, we will find out the actual composition required to change the labour relations of a prosecutor in case of his/her appointment to the administrative position of the head of a regional prosecutor's office. This requires the fact of working in the prosecution authorities (condition), the necessary professional and moral qualities, as well as managerial and organizational skills and work experience sufficient for the Council of Prosecutors of Ukraine to recommend the appointment of a prosecutor to the relevant administrative position, the recommendation of the Council of Prosecutors of Ukraine and the order of the Prosecutor General. The order of the Prosecutor General is the main element of the actual composition, which cannot be issued in the absence of at least one of the other elements (Galushko, 2020).

However, the authors believe that the basis for changing the labour relations of a prosecutor's employee in connection with the appointment of a prosecutor to an administrative position should be the actual composition with all its elements in general, since in the absence of at least one of them, the change of legal relations will not take place. However, the grounds for changing the labour relations of a prosecutor may be either the appointment to an administrative position or the dismissal of a prosecutor from an administrative position and termination of his/her powers in this position. The procedure and grounds for dismissal of a prosecutor from an administrative position and termination of his/her powers in this position are established by Articles 41, 42 of the Law of Ukraine "On the Prosecutor's Office" of 14 October 2014 No. 1697-VII. Given that part 4 of Article 41 of the said Law stipulates that dismissal of a prosecutor from an administrative position or termination of his/her powers in an administrative position, except for the case of dismissal from the position of a prosecutor or termination of powers in the position of a prosecutor, does not terminate his/her powers as a prosecutor, the authors believe that in this case there will be a change in labour relations.

From the foregoing, it can be concluded that to change the labour relations of a prosecutor in connection with the dismissal of a prosecutor from an administrative position and termination of his powers in this position, it is necessary to have a factual composition containing several elements. For example, based on the analysis of the provisions of the Law of Ukraine "On the Prosecutor's Office" of 14 October 2014 No. 1697-VII, the authors note that dismissal of the head of a regional prosecutor's office from an administrative position requires the following 1) the fact that the prosecutor holds an administrative position (condition); 2) one of the grounds provided for in part 1 of Article 41 of the Law of Ukraine "On the Prosecutor's Office" of 14 October 2014 No. 1697-VII; 3) recommendation of the Council of Prosecutors of Ukraine; 4) order of the Prosecutor General of Ukraine (Kuprun, 2022a).

3.3 Prosecution service and labor relations: Insights from United States, Germany, and France

The systems of labour relations in the prosecution service may differ from country to country. Many foreign countries have their own legal and institutional peculiarities that affect the nature of labour relations in the prosecution service.

Thus, in the United States, the prosecutor's office is called the "attorney's office", headed by the US Federal Prosecutor or Federal Attorney, whose position was introduced in 1789 in the Judiciary Act of 1789. The federal attorney is appointed to the position, among other things, based on the provisions of Section 2 of Article 2 of the US Constitution. Under the U.S. Code (28 U.S. Code § 541), the Federal Attorney is appointed by the President of the United States with the consent of the U.S. Senate for a term of four years, and at the same time, upon expiration of the term, continues to serve until his successor is appointed.

Among other things, unlike in Ukraine, the US Attorney General is the head of the US Department of Justice, but it should be distinguished from the Ministry of Justice of Ukraine, because in the US it is essentially the headquarters of the US Attorney General, and it is through the Department of Justice that the US Attorney General regulates the activities of federal attorneys in the federal judicial districts. In the United States, the Executive Office for United States Attorneys "EOUSA" operates, i.e. an institution of state power that has no analogue in any other country in the world. The EOUSA was established in 1953 by AG Order N° 8-53 to ensure constant interaction between the Department of Justice and 93 US Attorneys located in the 50 states, the District of Columbia, Guam, the Mariana Islands, Puerto Rico and the US Virgin Islands. Thus,

the U.S. Attorney's Office in the United States is a set of executive authorities of the United States, including at the state and local levels, which advises the government at the appropriate level, represents the interests of the government in courts, and ensures the general implementation of the applicable law. Among other things, the U.S. Attorney's Office acts as a prosecutor's office, with the power to initiate criminal proceedings, investigate violations of applicable laws, and prosecute and support prosecutions in court (Bellin, 2020).

The federal prosecutor's office in the United States has its investigative agencies, including the FBI, which is only one of the law enforcement agencies that is subordinated to the Department of Justice. Among other things, the Ministry of Justice is subordinated to the Marshals Service, or bailiffs, the Drug Enforcement Administration, and the Bureau of Alcohol, Tobacco and Narcotics Enforcement.

At the same time, it should be noted that in the United States, the prosecutor's office is a fully independent body, which is achieved through a properly organised system of crime prevention, and the prosecutor's office operates based on the following priorities: high professional competence with knowledge of crime and its high-tech means; exceptional emphasis on professional aspects and rather significant sensitivity to human rights violations; emphasis on effective cooperation with counteraction agencies, including global threats of crime and terrorism (Lynch, 2023).

Labour relations in the US prosecutor's office differ from most other areas of activity. Prosecutors can be hired by state or federal agencies under employment contracts. Their rights, responsibilities and working conditions may be set out in these contracts.

Prosecutors are required to adhere to strict professional ethics. Disciplinary sanctions may be imposed as a significant consequence of breaches of these rules. If these rules are violated, disciplinary action may be taken. For example, the District Attorney of Duke County in North Carolina was dismissed in 2007 after allegations of abuse of power and human rights violations in several criminal cases.

The responsibility of prosecutors is to act and make decisions. In case of significant violations, they may be subject to disciplinary action, receive complaints from citizens and be prosecuted, among other forms of accountability.

Among the rights and privileges enjoyed by prosecutors are the ability to obtain information necessary to perform their tasks and protection from attempts to influence their decisions. In several US counties, prosecutors earn much more money than other lawyers. For

example, the district attorney of Mangan County in Georgia receives an annual salary of almost \$150,000, which is significantly more than the average lawyer's income (Antonova et al., 2021).

The positive experience of the United States with employment contracts for prosecutors may be important for implementation in Ukraine. Future misunderstandings and disputes can be prevented by introducing clear and transparent terms of employment contracts for prosecutors. This would also contribute to increased performance and professional development. Proper salaries and remuneration of prosecutors should be commensurate with their professional duties and efforts. This can significantly increase their interest in performing their tasks and their professional motivation. Public trust in prosecutors can be strengthened and the quality of their work improved by introducing standards of professional behavior and ethics comparable to those in the United States.

The rights of prosecutors and their impartiality in the performance of their duties must be preserved. A policy of non-interference, maintaining their independence and considering other external influences is part of this process. The introduction of a system for assessing the professional development and skills of prosecutors can help them maintain their powers over time and guarantee the sustainable development of the prosecution service. The prosecution system in Ukraine could be improved by applying these ideas and methods to the design and management of prosecutors' employment contracts. This would increase productivity, autonomy and professional development in this area (Mitsilegas, 2021).

In European countries, the structure of the prosecutor's office differs significantly from the United States. For example, in Germany, according to the Law on the Constitutional Court (Article 149 GVG), the Federal Prosecutor General (Generalbundesanwalt) and federal prosecutors are appointed by the President of the country, upon the proposal of the Minister of Justice and with the approval of the Bundesrat. According to the German Federal Civil Service Act (5BBG), the Federal Prosecutor General, federal prosecutors, and senior prosecutors are appointed for life and are civil servants. At the same time, the Federal Prosecutor General acts also as a political figure and can be dismissed by the Minister of Justice at any time. At the same time, the Law stipulates that no hardening is required for this. It is known that in Germany the organizational structure of the prosecutor's office is divided into federal and state prosecutor's offices, which follows from the provisions of the Order on the Organization and 1 Procedure of the German Public Prosecutor's Office of 12.03.1975.

In Germany, prosecutors are appointed by the relevant authorities, which may be political. One of these bodies is the "Ministry of Justice" (Justizministerium) in the federal states or at the level of the federal government. There may be differences in the organization of this system in different German states (Länder). Typically, the process of appointing prosecutors involves representatives of the Ministry of Justice, which may have a political component, as well as independent commissions or councils that select candidates for prosecutorial positions. This approach can ensure a balance between professionalism and political interests in the appointment process. They should be subject to a rigorous competitive selection process and should have relevant legal education and work experience (Mitsilegas, 2020).

Prosecutors must maintain and improve their skills through education and career development. Ensuring that they are qualified in criminal justice and law is crucial. In Germany, prosecutors' salaries often depend on their specialisation, rank and length of service. It may also cover other expenses and pay for work performed, including bonuses for completing complex or risky cases. Although prosecutors have set working hours, they may be required to work overtime if circumstances require it, as in the case of very complex criminal cases. They are also entitled by law to leave and rest.

The social guarantees offered to civil servants, including health insurance, pensions and other social benefits, are generally extended to prosecutors. Prosecutors may terminate their employment for any reason, including, but not limited to, breach of the law, professional ethics, or reaching retirement age. If prosecutors violate professional norms and ethics, they are subject to a system of disciplinary responsibility. Disciplinary measures such as warnings, fines, suspension or dismissal may fall under this category.

In the view, of the authors Ukraine could benefit from Germany's experience with a strong independence of prosecutors and a relatively high level of logistical support. The procedures used in Germany to select and appoint prosecutors could be useful for Ukraine. This could include involving the Ministry of Justice or other relevant authorities in a competitive selection process involving specialized commissions. Strengthening the system of guarantees for the independence of prosecutors is crucial for Ukraine to ensure that they can perform their duties objectively and impartially, free from political interference or coercion.

Establishing a system of continuing education and professional development for prosecutors, as well as encouraging such development through participation in training, courses and other educational initiatives, could be beneficial for Ukraine. Ukraine would benefit from emulating the social guarantees for prosecutors in Germany, which include pensions, health

insurance and other benefits. Ukraine could benefit from modifying the procedures for controlling the prosecution service, especially by establishing a strong system of internal control and public oversight procedures (Kirdan et al., 2024).

The French prosecutor's office also has its differences. The legal regulation of the prosecution service in France is based on the Constitution of France of 1958, the French Code of Criminal Procedure (Articles 31-48 of the section "On the Prosecutor's Office"), the Code of the Judiciary of 1978, and the French Code of Civil Procedure. As in Germany, the French public prosecution service is subordinated to the Ministry of Justice and is a centralised system of bodies. The Prosecutor General is assisted by the First Advocate General and 19 Advocates General. The Attorneys General and their assistants also act at the courts of appeal, to which the public prosecutors of the Republic (les procureurs de la République), who are subordinated to these courts, are subordinated. The Public Prosecutors of the Republic are the district prosecutors of the tribunals, who are mainly responsible for civil cases. All public prosecutors are appointed by the President of France on the proposal of the Minister of Justice, who directly supervises their activities.

In terms of their status, prosecutors are quite close to judges, with some exceptions, but they operate on the same principles. The main organisational principles of the prosecutor's office are integrity, independence, subordination and accountability. The court and the prosecutor's office thus form a single body and have the right to change the position of prosecutor to judge and vice versa throughout their careers (Parshina, 2023).

If a prosecutor violates the law in the course of criminal prosecution, he or she is not held liable, and the prosecutor is not held liable for reimbursement of court costs or damages to the person found guilty, which is a certain guarantee of independence and saves the prosecutor from having to take part in cases of prosecution by citizens. Thus, given the above, the French prosecutor's office is an independent body from the court or the parties to criminal proceedings.

In France, prosecutors are civil servants. This means that they benefit from some of the social guarantees offered to French civil servants, including health insurance, pensions and other benefits. Prosecutors in the French public prosecution service are subject to a special career development scheme that includes experience and merit-based promotion. This may mean a promotion, an increase in status or a salary increase in line with the change in role. In France, prosecutors who breach professional standards and ethics are subject to disciplinary action as civil

servants. Disciplinary measures such as a warning, fine, suspension or dismissal may fall under this category (Mogilevsky & Sevidova, 2020).

Prosecutors have a defined working schedule, but they are also entitled to leave by the law. For example, a prosecutor may be entitled to annual paid leave, which is usually a certain percentage of the working hours. For example, a prosecutor may be entitled to 25 days of leave in 12 months of work. This allows prosecutors to recuperate and rest for further productive work. Prosecutors may be entitled to various fringe benefits and compensation for their work. For example, they may receive healthcare allowances, compensation for working under certain conditions (e.g. night shifts or weekends) or bonuses for success in cases. For example, a prosecutor may receive a bonus for completing a complex criminal case or for special achievements in their professional work.

In France, prosecutors have the right to defend both their rights and the rights of their collective workforce. This means that in situations where their employer conflicts with them or where their labour rights are violated, they have the right to legal protection. In France, there are various social initiatives and support services for prosecutors who may need help or suffer from personal problems. This may include financial assistance, medical advice, psychological support and other forms of support (Kuprun, 2022b).

It may be useful for Ukraine to emulate the French social security guarantees for prosecutors, which include health insurance, pensions and other state-provided benefits. The introduction of a professional development and training programme for prosecutors modelled on the success of France could prove beneficial for Ukraine. This would ensure that prosecutors' knowledge and skills are constantly updated to meet the needs of modern justice.

Improving the system of guarantees of prosecutors' independence in Ukraine should be useful given the French approach, which is to refuse political influence and guarantee impartiality in their work. In addition, based on the French experience, effective procedures for protecting the labour rights of prosecutors should be introduced. This will raise the bar for their social and legal protection. One positive development is the introduction of French procedures for a transparent system of prosecutorial management that encourages productive work and protects against corruption and other abuses.

4 Discussion

The analysis of the Ukrainian civil service legislation, the draft laws amending the Laws of Ukraine "On Civil Service" No. 3723-XII of 16 December 1993, No. 4050-VI of 17 November 2011 and No. 889-VIII of 10 December 2015, has allowed us to identify the following trends in the development of legal regulation of the right to civil service. 2015 No. 889-VIII (Verkhovna Rada of Ukraine, 2016) and the works of domestic scholars allowed us to identify the following trends, which, in the opinion of the authors, are characteristic of the development of legal regulation of the right to work by civil servants, including prosecutors, in independent Ukraine, and reflect how this institution will develop further. They are the tendency of legislative definition of key definitions for the exercise of the right to work by civil servants; the tendency to narrow the list of special social guarantees, which are granted only to civil servants; the tendency to extend to civil servants the labour guarantees granted to all employees in our country.

The authors believe that the regulation of the procedure for exercising the right to work by civil servants could be carried out through labour legislation, which would allow civil servants to be equalised with other employees in terms of labour guarantees. However, in the current conditions in Ukraine, this is problematic to implement. It is inappropriate to introduce such large-scale changes to the Labour Code of Ukraine as a legal act adopted in Soviet times. However, an analysis of the drafts of new codified labour regulations, both those previously considered by the Verkhovna Rada of Ukraine (for example, the draft Labour Code of Ukraine No. 1108 of 04.12.2007) and those developed more recently (in particular, the draft Law of Ukraine "On Labour" No. 2708), shows that the domestic legislator does not plan to address this issue in this way shortly (Stefanchuk, 2020).

Therefore, given that the legislator has clearly outlined the range of issues to which the acts of labour legislation of Ukraine apply, the authors believe that further development of legal regulation of the exercise of the right to work by civil servants should be linked to the transformation of the Law of Ukraine "On Civil Service" No. 889-VIII of 10.12.2015 into a single legal act that regulates labour and employment relations in our country, but at the same time, the functioning of the civil service will be carried out using different approaches.

An important tendency the authors have identified to optimise the right to work by civil servants in the context of Ukraine's European integration is the legislative definition of key definitions for the exercise of the right to work by civil servants.

Thus, referring to the content of the Law of Ukraine "On Civil Service" of 16.12.1993 No. 3723-XII, the authors can establish that the legislator defined only two concepts: "civil service in Ukraine" and "position". In other words, at the initial stages of the civil service functioning in independent Ukraine, the legislation on civil service did not even define the concept of "civil servant". This significantly complicated the formation of the doctrine of civil service as a special type of labour activity. At the same time, this problem was not resolved in any of the versions of the first Law "On Civil Service" (Ryabovol, 2021).

In this context, the content of the Law of Ukraine "On Civil Service" of 17.11.2011 No. 4050-VI was qualitatively different from the content of the 1993 Law. In Article 1, the legislator defined the concepts of "civil service", "civil servant", "head of civil service in a state body, authority of the Autonomous Republic of Crimea or their apparatus", "civil service position", "job duties", "profile of professional competence of a civil service position", "level of professional competence of a person", "working time of a civil servant", "service of personnel of a state body, authority of the Autonomous Republic of Crimea or their apparatus", "service discipline of a civil servant", "official duties", "official obligations", "official responsibilities". In other words, several definitions of concepts important for the exercise of the right to work by civil servants have been enshrined in law.

The current Law of Ukraine "On Civil Service" No. 889-VIII dated 10.12.2015 did not continue this practice, as Articles 1 and 2 of this legal act essentially defined the same number of definitions of concepts as in the previous Law, including such concepts as civil service, civil servant, direct supervisor, head of civil service and subject of appointment. However, as the research has shown, further development of legal regulation of the procedure for exercising the right to work by civil servants requires additional definitions of such concepts as "employee of a state body" and "employee of a state body who is not a civil servant", and the need for proper legal regulation of employment relations is not limited to these definitions (Kubai, 2021).

Therefore, we believe that further development of legal regulation of the procedure for exercising the right to work by civil servants, including prosecutors, in the context of Ukraine's European integration requires expanding the range of legislatively defined definitions key to the exercise of the right to work by civil servants.

The next trend of optimizing the right to work for civil servants in the conditions of the European integration of Ukraine is the tendency to narrow the list of special social guarantees, which are granted only to civil servants. Thus, analyzing the content of the Law of Ukraine "On Civil Service" dated 16.12.1993 No. 3723-XII, one can draw attention to the fact that the social

security of civil servants provided for a much wider range of guarantees than is established by the current Law of Ukraine "On Civil Service" dated 10.12.2015 No. 889-VIII. For continuous work in state bodies and exemplary performance of labour duties, civil servants were paid a monetary reward; civil servants were provided with housing from the state fund; civil servants had the right to priority installation of apartment telephones; civil servants were given a plot of land and an interest-free loan for a term of up to 20 years for housing construction or the purchase of housing; family members of civil servants used free medical care; special pension provision was established for civil servants (Rezvorovych, 2020).

However, with the adoption of the Law of Ukraine "On Civil Service" of 17.11.2011 No. 4050-VI, the list of social guarantees for civil servants was significantly reduced. The content of this legal act retained the right of civil servants to receive official housing in case of need for improvement of housing conditions, the right of civil servants and their family members to use free medical care in state and municipal healthcare facilities, as well as special pension provisions. In this context, it should be noted that civil servants were deprived of most types of special social security.

In the current Law of Ukraine "On Civil Service" of 10.12.2015 No. 889-VIII, the list of social guarantees for civil servants was essentially limited to the provision of official housing and financial assistance for social and domestic issues. However, in the opinion of authors, the main problem for the exercise of the right to work by civil servants caused by this trend at the moment is not that there are fewer guarantees. As the authors have repeatedly noted in this paper, the equalization of rights and guarantees for civil servants with other employees is a positive process. The rights and interests of civil servants are negatively affected by the absence of legislative mechanisms for the implementation of these guarantees by civil servants. The authors are talking about the absence of a procedure for providing civil servants with official housing, which have already been established.

Therefore, in the opinion of the authors, the trend towards equalization of labour guarantees for civil servants with other employees will continue in the future, including by narrowing the list of special social guarantees that are only available to civil servants. However, at this stage, the key task of our state in this regard is to fill the legislative gap in regulating the cases and procedures for providing civil servants with official housing.

The last trend the authors have identified is the tendency to extend to civil servants, including prosecutors, the labour guarantees that are granted to all employees in our country. The

content of this trend will be explained by the example of the inclusion of the right to participate in trade unions in the list of fundamental rights of civil servants.

Thus, the right to participate in trade unions to protect one's labour and socio-economic rights and interests is one of the fundamental human and civil rights and is enshrined in Article 36(3) of the Constitution of Ukraine. In addition, the rules on granting employees this right are enshrined in Article 23 of the Universal Declaration of Human Rights (the right of everyone to form or join trade unions to protect their rights and interests), Article 22 of the International Covenant on Civil and Political Rights (the right of everyone to association with others for the protection of interests, including through trade unions), Article 11 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (freedom to form and join trade unions to protect one's interests), Article 5 of the European Social Charter (Revised) (the right of workers and employers to freedom of association in national or international organizations for the protection of their economic and social interests), paragraphs 11-14 of the Community Charter on Fundamental Social Rights of Workers (the right to organize to form trade unions or organizations of their choice for the protection of their economic and social interests), and acts of the International Labour Organization. However, for quite a long time, participation in trade unions of civil servants was limited by the legislation on civil service (Belov & Shved, 2023).

Analyzing the list of fundamental rights of civil servants enshrined in Article 11 of the Law of Ukraine "On Civil Service" of 16.12.1993 No. 3723-XII, we can conclude that the right of civil servants to unite in trade unions for representation and protection of labour, social and economic rights and interests was not included in the list of fundamental rights of civil servants, as it is one of the main organizational conditions for the protection of labour rights and interests of civil servants. In his work, the researcher concluded that the right of civil servants to unite in trade unions should be enshrined in the content of Article 11 of the Law of Ukraine "On Civil Service" of 16.12.1993 No. 3723-XII, as this would not in any way affect the prohibition of participation in trade unions of employees of the prosecutor's office, courts, diplomatic service, customs control, security service, internal affairs and others.

The authors note that until the Law of Ukraine "On Civil Service" of 16.12.1993 No. 3723-XII expired, this right was not included in the list of fundamental rights of civil servants. Similarly, this problem was not resolved with the adoption of the Law of Ukraine "On Civil Service" dated 17.11.2011 No. 4050-VI, but it is worth noting that Article 28(1) of this legal act states that internal service regulations in a state body are approved "in agreement with the elected body of the primary trade union organization, if any". In other words, even though the right of civil servants to unite in

trade unions was not directly defined in this legal act, the legislator assumed such a possibility and did not deny it. With the adoption of the Law of Ukraine "On Civil Service" of 10.12.2015 No. 889-VIII, the right to "participate in trade unions to protect their rights and interests" was finally included in the list of fundamental rights of civil servants.

Thus, using this example, we have seen that the legislator is indeed gradually extending to civil servants, including prosecutors, the labour guarantees that are due to every person exercising their right to work in Ukraine. The previous research of the authors has demonstrated that one of the labour guarantees of employees which civil servants are currently deprived of, is the right to organize and participate in strikes. The authors believe that the extension of this right to civil servants is a logical continuation of this trend. Each of the trends the authors have analyzed to optimize the right to work by civil servants in the context of Ukraine's European integration, in the authors opinion, is relevant today and in the future may and should be reflected in amendments to the current legislation regulating the exercise of the right to work by civil servants.

5 Conclusions

Labour relations of prosecutors are dynamic and may undergo certain changes in the course of their service in the prosecution service. The grounds for changing the labour relations of a prosecutor's office employee are based on the existence of a certain factual composition, which, in addition to legal facts, includes certain conditions. The Law of Ukraine "On the Prosecutor's Office" of 14 October 2014 No. 1697-UP regulates such grounds for changing the labour relations of a prosecutor as transfer of a prosecutor to another prosecutor's office and appointment of a prosecutor to an administrative position. All other grounds for changing the labour relations of a prosecutor remain unregulated. The most appropriate way to document the change in a prosecutor's employment relationship is to sign an additional agreement to the employment contract. In the case of the appointment of a prosecutor to an administrative position, such an additional agreement should specify in detail the additional rights and obligations that arise for the prosecutor, as this section will undergo significant changes in this case.

The prosecution system in Ukraine could benefit from the favourable experience of the United States, Germany and France in the area of employment contracts and prosecutors' rights. Public trust in prosecutors can be increased by ensuring clear and transparent employment contracts, adequate compensation and social guarantees. These measures can also increase the

efficiency of prosecutors. Ensuring the independence of prosecutors and improving the selection and assessment of their professional skills are also crucial. Implementation of these procedures will allow the prosecution service in Ukraine to develop steadily and improve the quality of its work.

Based on the analysis of the Ukrainian legislation on civil service, draft laws amending the relevant laws and the works of domestic scholars, several characteristic trends in the development of legal regulation of the right to work of civil servants, including prosecutors in Ukraine, can be identified. These include, in particular, the tendency to legislatively define important terms, reduce the number of special social guarantees and extend to civil servants the labour guarantees provided to all employees.

These patterns show how laws and regulations are evolving and help the civil service to adapt to modern circumstances. In addition to the evolution of the Law on Civil Service into a fully-fledged legal document, it is necessary to establish a link between the regulations governing the exercise of civil servants' right to work and the norms of labour law. This will help to optimise the legislative regulation in this area and enable civil servants to receive the same level of labour guarantees as other employees.

No significant changes have been made to the law defining the main elements of the process by which civil servants can exercise their right to work in Ukraine (the Law on Civil Service). Nevertheless, to develop this area of law, it is necessary to define some terms more broadly and to create a system of social guarantees, in particular about official housing. These actions will help to ensure greater fairness and parity in the labour relations of federal employees. One of the fundamental rights protected by Ukrainian law is the ability of civil servants to join trade unions and protect their labour and socio-economic rights. This is enshrined in the Law on Civil Service, international documents and the Constitution of Ukraine. The analysis shows that the level of protection of this right has changed over time. Nevertheless, the new legislation recognises the fundamental right of federal employees to participate in trade unions, providing opportunities for the protection of their labour rights.

References

Antonova, N. V., Grebennikov, V. V., Ilyina, T. N., Kalinovskaya, V. S., & Petrosyants, D. V. (2021). The history of the formation and development of the Attorney Service in the USA. *Questions of history*, (2), 114-118.

- Bellin, J. (2020). The Changing Role of the American Prosecutor. *Ohio State Journal of Criminal Law*, 18, 329.
- Belov, D., & Shved, I. (2023). The place of the prosecutor's office among state authorities: conceptual approaches. *Scientific Bulletin of the Uzhhorod National University. Series: Law*, 3(75), 88-94.
- Galushko, V. O. (2020). Correlation of norms of labor and administrative law in the regulation of official investigations in the prosecutor's office. *Juridical Science*, 1(5), 231-238.
- Kirdan, B., Churpita, G., & Petrovskyi, A. (2024). Trade unions of law enforcement officers as subjects of labor relations. *Science and Technology Today*, 2(30).
- Kiselyova, O. I., Shlapko, T. V., & Khlus, M. G. (2022). Guarantees of realization of labor and social security rights of employees of prosecutor's offices as a component of their legal status. *Analytical and comparative jurisprudence*, (6), 168-173.
- Klochko, A. M. (2021). Modern functional models of prosecutor's offices. In *Problems of Modern Polytheistics: Theses Add. Science and Practice Conference* (Kharkiv, April 28, 2021) (pp 50-53). Kharkiv: KhNUVS, 2021.
- Kubai, K. R. (2021). Peculiarities of reforming the prosecutor's office system. In *The 6th International scientific and practical conference "Modern scientific research: achievements, innovations and development prospects"* (Berlin, November 21-23, 2021), (pp. 903-937) Berlin:MDPC Publishing 2021..
- Kuprun, E. P. (2022a). Special features of the pension form of social protection for employees of the prosecutor's office of Ukraine. *Analytical and Comparative Jurisprudence*, (4), 163-167.
- Kuprun, E. P. (2022b). Functions of social protection of employees of the prosecutor's office of Ukraine. *September Scientific Meetings-2022*, 112-116.
- Kuzheliev, M., & Britchenko, I. (2016). Theoretical and methodological aspects of formation of corporate control system in Ukraine. *Ikonomicheski Izsledvania*, 25(2), 3-28.
- Lynch, M. (2023). Prosecutors as punishers: A case study of Trump-era practices. *Punishment & Society*, 25(5), 1312-1333.
- Mitsilegas, V. (2020). The European Public Prosecutor's Office between EU and National Law: The Challenge of Effective Judicial Protection. *Croatian Yearbook of Criminal Sciences and Practice*, 27(1), 79-88.
- Mitsilegas, V. (2021). European prosecution between cooperation and integration: The European Public Prosecutor's Office and the rule of law. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 28(2), 245-264.
- Mogilevsky, L. V., & Sevidova, O. V. (2020). *The Essence and Peculiarities of the Legal Regulation of the Labor Rights of Employees of Prosecutor's Offices in Accordance with the New Legislation on the Prosecutor's Office*. In *The path of success and prospects for development (to the 26th anniversary of the founding of the Kharkiv National University of Internal Affairs): Materials of the International Science and Practice Conference* (Kharkiv, November 20, 2020). (pp 338-340). Kharkiv: Kharkiv National University of Internal Affairs, 2020.

Omelianenko, E. P. (2022). Peculiarities of the legal regulation of the material form of social protection of employees of the prosecutor's office of Ukraine. *Social Law*. (1), 105-113.

Parshina, A. (2023). *Manifestations of Discrimination in Labor Relations*. In Proceedings of the conferences of the National Institute of Scientific Research, (December 15 2023; Kyiv, Ukraine) (pp 196-198). Kyiv: International Center for Scientific Research

Podorozhnyi, A. Yu. (2022). Peculiarities of bringing to disciplinary responsibility the employees of the prosecutor's office. *European perspectives*, 2, 176-181.

Rezvorovych, K. R. (2020). The situation with the rights to social security of prosecutors in the context of the reform of the prosecutor's office. *Legal Science*, 11(113), 64-71.

Rusanyuk U. Y. (2020). Improving the implementation of administrative and legal measures for the prevention of offenses against officials of public administration bodies. *Legal Horizons*, 20(33), 88-94.

Ryabovol, L. T. (2021). Documents of the bodies of the Council of Europe as a basis for reforming the prosecutor's office in Ukraine. *Proceedings. Series: Law*, (10), 9-14.

Sevidova, O. V. (2021). *Legal Status of an Employee of the Prosecutor's Office as a Subject of Labor Law*. In Actual problems of modern science in the research of young scientists: theses add. participants of science and practice conf. on the occasion of the Science Day celebration (Kharkiv, May 14, 2021) (pp. 127-130) Kharkiv: Kharkiv National University of Internal Affairs, 2021.

Stefanchuk, M. (2020). Reform of the prosecutor's office in Ukraine: personnel overload or discrimination based on professional grounds? *Legal Journal "Law of Ukraine"*, (4), 264

Verkhovna Rada of Ukraine. (1971). Labor Code of Ukraine. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text>

Verkhovna Rada of Ukraine. (2015). About the prosecutor's office. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#Text>

Verkhovna Rada of Ukraine. (2016). About civil service. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19#Text>

A representatividade LGBT na política e o direito eleitoral como instrumento de inclusão social

LGBT representation in politics and electoral law as an instrument of social inclusion.

Weider Tapia Pires* 
Renato Duro Dias** 

Resumo: O Direito Eleitoral protege o poder ao voto, ele serve como um instrumento da democracia e serve como meio de inclusão do público LGBT na política. Essa participação é necessária pois o sistema deve ser inclusivo. Embora tenha problemas nas inclusões deve tentar abarcar todos os grupos sociais, pois quanto mais grupos ele abarca mais forte a sociedade democrática se torna. Mesmo que seja impossível uma unanimidade nas decisões democráticas a participação e poder de voz nelas é de extrema importância. A sub-representatividade desse grupo culmina com uma proteção mínima do Estado que não se preocupa em criar leis de proteção e cala as vozes dissidentes das ideias da maioria no poder.

Palavras-chave: Direito Eleitoral, representatividade, política, LGBT, democracia.

Abstract: Electoral Law safeguards the right to vote, functioning as a vital tool of democracy and a mechanism for including the LGBT community in political participation. This involvement is crucial, as the democratic system must aim for inclusivity. Although challenges persist in achieving full inclusiveness, the system should endeavor to incorporate all social groups, as broader representation strengthens democratic society. While it is impossible to reach unanimous agreement in democratic decisions, the ability to participate and have a voice is essential. The underrepresentation of the LGBT community leads to minimal state protection, as the government often fails to enact protective legislation and suppresses dissenting voices that oppose the majority in power.

Keywords: Electoral Law, political, representation, LGBT, democracy.

Recebido em: 16/10/2024
Aprovado em: 27/12/2024

Como citar este artigo:

PIRES, Weider Tapia; DIAS, Renato Duro. A representatividade LGBT na política e o direito eleitoral como instrumento de inclusão social. Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, vol. 6, n. 3, 2024, p. 39-53.

*Universidade Federal de Rio Grande.

**Universidade Federal do Rio Grande - FURG.

1 Introdução

Este artigo tem o objetivo de apontar a sub-representatividade LGBT no campo Eleitoral e a possibilidade de ele ser um instrumento de inclusão política do público LGBT. Trará a importância para a própria democracia a representação deste público.

O Direito Eleitoral é um instrumento forte que pode ser utilizado a favor desta comunidade para alcançar alguns avanços desejados e assegurar alguns direitos que vêm sendo ameaçados, mas para isso deve-se pensar na representatividade no Legislativo e, por consequência, o fortalecimento do próprio sistema democrático.

O desrespeito diário a comunidade LGBT vindo das próprias instituições do governo nos faz pensar em formas ativas de resistir as investidas violentas de parte das pessoas no poder. Para isso, devemos pensar numa maior representatividade que daria voz a esse grupo que é calado e marginalizados por tanto tempo. O direito Eleitoral, que assegura o voto que é o instrumento prático de exercer a democracia, o direito de cidadão, deve ser pensado como uma possível resposta na tentativa de incluir socialmente esse grupo.

O número de pessoas que se declaram LGBT aumentou no Brasil, porém a representação dessa fatia social na política ainda é pequena, gerando uma sub-representação nesse campo, o que culmina com poucas políticas de proteção para esse grupo. Pensar nas melhores opções para defender os direitos desse grupo passa por uma visão atual na política.

O objetivo desse artigo é entender os mecanismos de representatividade que os grupos LGBTs podem utilizar e os benefícios para a democracia se esses grupos conseguirem se sentir representados.

Essa pesquisa se justifica por que o sistema de governo utilizado no Brasil é a democracia representativa, porém, há grupos que não conseguem participar diretamente do poder e são calados por legislação que retiram seus direitos. Isso tudo enfraquece o próprio sistema. Pensar nas possibilidades de participação ativa dessa comunidade fortalecerá o próprio sistema.

A pergunta a ser respondida é se a representatividade LGBT na política pode fortalecer a democracia?

O método utilizado é a revisão bibliográfica em que serão analisados filósofos que tratam da democracia e as Legislações nacionais que versam sobre as questões eleitorais, Código Eleitoral e Constituição Federal. Além de trazer os números de candidatos que se declaram LGBT e

conseguiram uma vaga no Legislativo em 2022. Os principais autores que fundamentam essa pesquisa é a Chantal Mouffe e Rodrigo López Zílio.

2 A sub-representatividade LGBT na política

A importância de uma maior representação LGBT na política torna-se cada vez mais visível. Notamos diariamente os ataques sistêmicos aos direitos dessa comunidade e isso é o reflexo direto da sub-representatividade política desse grupo.

O número de cadeiras ocupados pela comunidade LGBT no Legislativo tem aumentado consideravelmente nas últimas eleições, referindo-se aqui as eleições federais e estaduais em 2022, foram eleitas 18 pessoas participantes dos grupos LGBTs que angariaram 3,5 milhões de votos nas urnas, soma de todo o grupo, mas isso ainda não é suficiente. Estamos falando de 1% das candidaturas, elas conseguiram 5% dos votos nos Estados que tiveram esse tipo de candidatura, segundo o site [votelgbt](http://votelgbt.com). Isso demonstra uma fatia importante da sociedade, mas será que isso se reverte em proteção a esses grupos?

O importante equilíbrio da democracia é a capacidade de todos os grupos sociais poderem ser representados no poder. É óbvio que nem sempre todos os grupos serão representados diretamente no Legislativo por uma incapacidade numérica de vagas, mas tem que existir a possibilidade dessa representação e a comunidade se organizar para eleger seus representantes. Importante ressaltar que esse representante não só deve participar da comunidade como também deve ser comprometido com essa causa.

A ideia da representatividade vem ganhando forças faz muito tempo, exemplo disso foi o movimento feminista, do Sufrágio feminino em 1932 que permitiu as mulheres de votar e isso foi um importante avanço democrático. Passados 71 anos desse momento, as mulheres têm esse direito, mas não tem a participação direta proporcional no Legislativo. O número de mulheres eleitas, pensando proporcionalmente na população, ainda não é tão representativo como deveria. Isso reflete na demora dos avanços dos direitos.

Na questão LGBT, é óbvio que não tem esse impedimento ao voto, mas tem a crise de representação enorme que percebemos atualmente. Apenas em 2022 mulheres trans conseguiram se eleger e somente 18 candidatas desse grupo. Devemos lembrar que segundo o IBGE 12% da população se declara abertamente LGBTQIAP+, o que se refere a 19 milhões de pessoas e apenas 18 representantes.

A questão da sub-representatividade permeia muitos grupos sociais, entretanto, a análise neste artigo é sobre esse grupo em específico que embora tenha aumentado um pouco sua representatividade política ainda não conseguiu se afirmar com políticas públicas específicas em seu benefício. É importante a participação direta para a conquista de direitos embora na prática ainda não consiga vislumbrar isso.

Pensando no problema da sub-representação poderíamos analisar as cotas eleitorais para pessoas LGBTs, que é alvo do Projeto de Lei 4795/2020 e que está aguardando parecer do relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, segundo o site da Câmara Legislativa. Nele fica expresso que 30% das vagas nos partidos e coligações ficariam para candidaturas LGBT. Estas cotas não afetariam os 30% das cotas para mulheres.

Neste momento estamos diante da tentativa de trazer este grupo diretamente para ser representado no Estado. Essa ação afirmativa que gera muitas discussões deve ser vista com os olhos da participação já que os direitos conquistados pelos grupos não vieram da política no país, mas dos movimentos sociais que acionaram o judiciário e isso nos demonstra a incapacidade da nossa democracia de colocar esses grupos no seio social.

É de extrema importância essa representação na busca da voz desse grupo que possa ecoar já que não está presente em nenhum ramo da política social atual. Com essa voz ativa fica mais fácil das demandas chegarem no centro do poder e buscar soluções de uma forma mais rápida.

O reconhecimento desse grupo como ser social, como pessoa LGBT, para fortalecer a própria representatividade e com isso gerar uma proteção estatal mais robusta deve ser um alvo direto da comunidade. Como dito anteriormente, também é importante que estes representantes não só representem o grupo em si, apenas ser LGBT, mas representem as ideias e lutem pelas demandas dessa comunidade.

Deve ser pensado não como ser individual apenas, mas como ser social, como grupo, desta forma a luta na proteção e busca de direitos torna-se mais dinâmica e gera resultados. A luta de defesa desses corpos que exigem do Estado um olhar direto pois estão sendo alvos de violência diariamente, tem como um dos principais caminhos a luta política com uma estratégia de comunidade e não individual. Isso fica claro quando vimos os grupos que buscam a retirada de direitos da comunidade LGBT, sendo encabeçada em sua maioria por alguns grupos representativos de entidades religiosas e conhecidos como bancada Evangélica na câmara. Eles fixam a identidade de grupo em seus discursos e não uma ideia de indivíduo.

Então esse tipo de ação afirmativa pode ser uma alternativa na busca do cumprimento do Estado de bem-estar social real em que permite que as vozes, até então inaudíveis, ganhem volume e possam ser escutadas.

Nas últimas eleições, 2 de outubro de 2022, relacionado aos cargos do Legislativo Federal e Estadual, 18 candidatos LGBTs foram eleitos, destes, 16 são mulheres, 14 negras, 5 são trans e 1 homem branco.

3 A democracia, o confronto de ideias e a comunidade LGBT

Como sabemos o campo político é árduo pois existem muitos confrontos de ideias e esse embate é importante para a sociedade democrática. Uma visão única de sociedade é perigosa pois representa uma ditadura de ideias e não a pacificidade social. Sendo assim, quanto mais representativo for o campo político mais conflituoso se tornará. A criação de um “nós” pela determinação de um “eles”, como nos ensina Mouffe. Então, já que não podemos falar em uma superação desse confronto, devemos pensar numa participação ativa do jogo político buscando melhoras na política quando falamos na questão LGBT.

No campo de discussão política o outro é adversário e não inimigo, por tanto, não deve ser eliminado desde que dividam esse princípio de ideias éticas dentro do campo político. Para isso não se deve pensar em ataques a existência do outro e seus direitos fundamentais. “Longe de pôr em perigo a democracia, a confrontação agnóstica é sua condição de existência” (MOUFFE, 2003), sendo assim, é necessário esse conflito entre adversários, confronto agnóstico, sua maior expressão está na política, direito ao voto e, por tanto, no Direito Eleitoral.

Estamos vendo hoje a resolução social indo ao judiciário e ele servindo como um amortecedor entre as tensões sociais de grupos que estão sendo marginalizados. O judiciário aparece como o grande escudo de proteção dos direitos do grupo LGBT e isso também se deve a baixa representatividade de seus interesses no campo da política. Existem poucas políticas públicas que visam beneficiar esses grupos e poucos representantes políticos que lutem por essa causa, por isso o Direito Eleitoral, que visa proteger a representatividade social e seu exercício democrático, pode ser uma saída para melhorar a proteção desses direitos.

Longe dos discursos que dizem ser morais, e a base quase sempre é de uma visão da moral cristã, há necessidade de dentro desses discursos criticar essa moral cristã imposta, e um dos problemas, como apontados por Foucault, é a dificuldade desses grupos construir uma nova

moral e esta pode se dar no campo da política, já que a representação se dará como o apoderamento de novas ideias e isso só fortalece a sociedade democrática que deve ser plural.

A nossa discussão política se volta sempre para a moralidade, com um fundo estritamente cristão, e pune aqueles que pensam diferente. A dita moralidade é surrupiada por uma única ideia e quem está fora dela se torna vilão que deve ser perseguido e castigado. As ideias desse grupo são retiradas da visão política por não se adequar aquilo que o grupo no poder pensa, passando a serem destituídos da condição de cidadão. Contra isso, temos a capacidade de resistência que foca nesse poder que a democracia dá, a representatividade de todas as causas.

O campo político não deve perpassar apenas as questões da economia e moral, mas a representação de ideias variadas, a política é a forma de fazer e colocar em prática essas ideias. A sub-representatividade do grupo LGBT na política, como grupo que constitui a sociedade, tem como consequência a conquista mínima de direitos e, pior, a retirada de alguns direitos que já eram oferecidos, por decisão do STF, que estão sendo revisados e correm o risco de serem retirados, como é o caso do casamento homoafetivo, casamento entre pessoas do mesmo sexo com vínculos afetivos (DIAS,2003).

Notamos a incapacidade atual de lidar com pensamentos que divergem dessa “hegemonia” forçada de ideais e “moral” dentro da sociedade que culmina com perseguições e inúmeros crimes de ódio contra determinados grupos. Sua voz não é ouvida na sociedade porque poucos são seus representantes com poder de voz nas estruturas de poder. Isso torna cada vez mais fraca a própria democracia, porque ela depende do povo e de suas diferenças que se silenciadas a força pende para a ordem autoritária. Significa dizer que quanto mais representatividade e poder de voz dos grupos variados mais a sociedade democrática se torna forte.

Devemos pensar como sociedade na capacidade do povo de se sentir representado e isso não acontece com determinados grupos. Este artigo fala dos grupos LGBTs mas podemos estender essa ideia as mulheres, negros, indígenas respeitando sempre suas peculiaridades.

Para ser alvo de políticas públicas cada pessoa precisa ser cidadão, ou seja, ter direitos civis e políticos, nisso inclui votar e ser votado, mas é preciso o cuidado de ser realmente representado nas suas ideias e protegidos nas suas diferenças. Diferente disso, quando olhamos os acontecimentos dos últimos anos vemos a diferença sendo massacrada e a individualidade, como por exemplo a sexualidade, sendo atacada a todo momento. A censura invade a esfera íntima e isso não permite que a pessoa se exerça como indivíduo parte de uma sociedade.

Podemos perceber a jogada perigosa de alguns grupos que utilizam essa ideia perseguindo os grupos marginalizados e utilizando o discurso da proteção de pensar diferente. A liberdade de pensamento deve ser protegida por uma sociedade democrática, porém o perseguir, atacar e destruir a individualidade do outro não. Fica claro isso se fizermos algumas analogias, como por exemplo, temos o direito de falar o que pensamos, liberdade de expressão, mas se atacamos a honra de alguém responderemos por calúnia, difamação ou injúria. Então o limite de um indivíduo agir na sociedade existe e esse limite é a individualidade dos outros, e aqui está a diferença do inimigo e do adversário político. “Além disso, como já indiquei, liberdade e igualdade nunca podem ser perfeitamente conciliadas e estão sempre em tensão” (MOUFFE, 2018).

Não podemos fugir da racionalidade e pensar que todos os grupos sociais estarão sempre representados a cada eleição. Imagina a cada período de 4 anos, estarem representadas proporcionalmente todas as variações e subgrupos da sociedade de forma exata, isso seria impossível, porém a ideia central aqui é a capacidade de se ver representado de forma igual todas as coletividades. Os grupos LGBTs viram passar anos e anos sem a representação de suas ideias na política brasileira e, por consequência, sem políticas públicas que os beneficiariam.

A tensão entre todas as ideias numa sociedade plural como a atual precisa de uma rotatividade no poder e esse é o conflito natural numa sociedade democrática, porém quando a mudança nunca se dá em benefício de um determinado grupo, estamos enfraquecendo a própria sociedade. A coexistência das diferenças se torna um grande requisito para o fortalecimento democrático da sociedade.

Nesta visão, diferente do que ouvimos na política brasileira, a chamada “minoridade se curvando a maioria” não existe. A minoridade é reconhecida e entendida como algo importante com voz e que deve ser protegida na sua diferença pois, como disse Tocqueville “o que seria a maioria senão um indivíduo com opiniões e comumente com interesses contrários a outro indivíduo, chamado minoridade?” (TOCQUEVILLE, 1969). A distinção é que a maioria está no poder e detém os instrumentos de exercer esse poder, enquanto a minoridade é mantida longe dessa possibilidade.

Outro ponto importante é que mesmo dentro da esfera de poder democrático o grupo deve ter a possibilidade de buscar a mudança e não ter apenas a aparência de representação. Em outras palavras, quando o grupo estiver no poder ele tem que ter acesso a possibilidade de mudança real, pois de outra forma, teria o direito ao voto e de ser representado, entretanto, não teria o essencial que é poder transformar sua realidade.

Entendendo isso, vemos o quanto é importante a visão de que esses grupos sub-representados têm que se organizar, ter uma visão de coletividade para poder romper as esferas de

mudança política. Nesse caso, a união desses grupos pode trazer benefícios a todos eles. Ser oposição a aqueles que querem retirar seus direitos de forma organizada e com voz. Isso torna-se perceptível pois todos os direitos conquistados não estão realmente seguros, tem que se manter alertas e com a possibilidade de contrapor-se no campo político.

Dentro do contexto social atual, na área da política, é nítido que é necessária uma grande participação dos grupos LGBTs no país. Os discursos de ódio em relação a essa comunidade cresceram muito com muitos movimentos de retaliações nos direitos. A voz da área da população está sendo ameaçada, mesmo que a participação direta, como por exemplo transexual, está começando a ser ouvida pois só nas últimas eleições foram eleitas as primeiras mulheres trans a fazerem parte do Legislativo Federal.

Temos 133 anos de República no país, desde 1889, claro que temos golpes interrompendo esses anos, mas apenas em 2022 no Brasil foi eleita a primeira trans ao Legislativo e em 2006, Clodovil Hernandes, era o primeiro Deputado Federal assumidamente homossexual a ser eleito no Brasil.

Enfim, essa representatividade tardia do grupo gerou um grande atraso nos direitos sociais relacionados a eles. Não tinham direito a voz pois não eram considerados cidadãos e perigosamente, a política atual está se aproximando dessa ideia, retirando direitos já conquistados e colocando eles como alvos diretos de grupos extremistas.

O Direito Eleitoral é um instrumento de exercício de poder que dita as regras do jogo numa sociedade democrática que é “uma sociedade com uma esfera pública vibrante onde muitas visões conflitantes podem se expressar e onde há possibilidade de escolha entre projetos alternativos legítimos” (MOUFFE, 2003). Interessante notarmos isso pois é necessário a existência dessas visões diferentes e não da necessidade de exterminar o que soa diferente do pensamento de um grupo. Além disso, a escolha pelo projeto alternativo nos faz entender o porquê da necessidade de uma maior representatividade de certos grupos na política.

Numa sociedade democrática é impossível pensar no fim das rivalidades ou posições antagônicas, esse confronto se dará no campo da política, apresentando propostas e para isso a representatividade é a maior arma na disputa. Para política adotaremos aqui o conceito de Chantal “conjunto de práticas, discursos e instituições que procuram estabelecer uma certa ordem e organizar a coexistência humana em condições que são potencialmente conflituosas, porque afetadas pela dimensão do ‘político’” (MOUFFE, 2003) e político como “a dimensão do antagonismo que é inerente todas as sociedades humanas, antagonismo que pode assumir formas muito diferentes e emergir em relações sociais diversas” (MOUFFE, 2003).

Com isso em mente, podemos pensar na necessidade de que os grupos LGBTs precisam olhar mais para o campo da política pois nele podem se apresentar essas práticas que visam melhorar seus direitos. É claro que além de votar em pessoas LGBTs tem que se pensar se essas pessoas estão lutando pela causa, fazendo política. Embora seja difícil pensar racionalmente num consenso social sobre determinados assuntos, é extremamente necessário ampliar a discussões política sobre as questões homossexuais, apontar soluções e se fazer representar no campo político.

Não deve ser uma luta isolada, há necessidade de uma união do grupo em prol de seu direito de ser cidadão, de ser ouvido. Discursos eloquentes que expõem as mediocridades dos argumentos contrários passam pela representação política eleitoral. Um campo que deve ser mais explanado pelos grupos LGBTs. Um dos pontos principais da democracia é a representatividade de todos os grupos.

4 O direito eleitoral como instrumento de proteção a democracia

Sendo nosso sistema eleitoral dividido em três espécies: majoritário, proporcional e misto. Eles servem para a aferição dos candidatos nas eleições. Adotamos no país o sistema majoritário, que exige a maioria absoluta dos votos para apontar o eleito, quando nos referimos ao Executivo municipal, estadual ou federal e sistema proporcional quando falamos do Legislativo municipal, estadual e federal.

Neste artigo, como trata-se da análise dos representantes do Legislativo federal, por consequência falamos do sistema proporcional que prevê uma divisão aritmética da vagas no intuito de que se distribua às correntes ideológicas ou de interesse que serão representadas pelos partidos diferentes.

Essa divisão proporcional remonta a Revolução Francesa, em 1789, criada por Mirabeau, um dos líderes que defendia a ideia da Assembleia Constituinte de Provença. Isso se torna interessante ao pensarmos no lugar do grupo LGBT nas lutas políticas e a necessidade dessa presença na formação política para conseguirem avançar em seus direitos.

Um governo só se torna representativo da sua população se realmente todos os grupos possam participar ativamente e consigam tentar sua vaga no poder, tendo seus direitos defendidos por esse sistema. As correntes de pensamento representadas pelos partidos políticos devem estar presentes na corrida eleitoral, correndo o risco de, se não for assim, estarmos diante de um Estado não democrático de verdade.

Conforme a análise dos candidatos eleitos em 2022, percebemos que embora tenha representantes dos LGBTs ainda é pouco representativo na prática. Os direitos são colocados em risco quando não tem a possibilidade de uma força contrária aos abusos Legislativos, como é o caso da tentativa de retirada do casamento homoafetivo que vem sendo discutida no Legislativo Federal. A análise da representatividade vai além do pertencer ao grupo LGBT, mas em estar lutando pelas pautas do grupo, o que é necessário para pensar em um representante legítimo dessa visão de sociedade. A possibilidade deve ser de todos, porém a busca de direitos deve ser do grupo.

Devemos lembrar que já no século XIX, o inglês John Stuart Mill já falava, em sua obra “Considerações sobre o Governo Representativo”, na necessidade da proporcionalidade representativa que ainda não conseguimos atingir até hoje.

Em qualquer democracia realmente igual, toda e qualquer seção deve ser representada, não desproporcionalmente, mas proporcionalmente. Maioria de eleitores terá sempre maioria de representantes, mas a minoria dos eleitores deverá ter sempre uma minoria de representantes. Homem por homem, deverá ser representado tão completamente como a maioria. A menos que se dê, não há governo igual, mas governo de desigualdade e de privilégio: uma parte do povo manda na outra; retirar-se-á de certa porção da sociedade a parte justa e igual de influência na representação; contrariamente a todo governo justo, mas acima de tudo, contrariamente ao princípio da democracia, que reconhece a igualdade como o próprio fundamento raiz. (MILL, 1981)

Notamos que já nesse século era chamada a atenção para problemas da sub-representação de determinados grupos sociais na política e isso geraria problemas futuros, os quais passamos hoje. Na luta de uma sociedade mais justa, na tentativa de cumprir o princípio constitucional da igualdade a representação é uma grande arma pois dá voz a grupos antes não ouvidos.

É importante salientar a diferença entre sufrágio e voto, embora os dois sejam frutos do exercício da soberania popular que está previsto no artigo 14 da Constituição Federal. O sufrágio é o direito subjetivo que todo o cidadão tem em participar das decisões políticas referentes ao Estado e o voto é instrumento que ele utiliza para a participação ativa nessas decisões. Como nos ensina Mônica Herman Salem Caggiano:

O direito de sufrágio é erigido a um dos mais eminentes direitos em relação ao homem político, integrante de uma comunidade social, exatamente por lhe propiciar a participação no polo epicentro das decisões políticas, quer ativa, quer passivamente (SALEM, 1987)

Desta forma, sufrágio e voto não são sinônimos embora sejam comumente utilizados da mesma forma. Sufrágio é o poder de decisão, no caso de um sistema representativo, é o direito de escolher um candidato que represente suas opiniões ou mesmo o direito de se candidatar a cargos eletivos, enquanto o voto é o instrumento que efetiva essa decisão. É o meio jurídico que expressa a vontade daquela pessoa. Notamos a distinção quando a Carta Magna, no artigo 14, diz que o sufrágio é universal e o voto é direito, secreto e tem igual valor.

Os grupos LGBTs devem participar ativamente nos dois polos dessa relação: ativo, concorrendo ao cargo eletivo e passivo votando diretamente em seu candidato.

Esse direito sendo universal deveria ser refletido na hora de decidirem pelo candidato que melhor representa seus interesses pois ele é seu porta voz e por intermédio dele que os avanços serão alcançados. Desta forma, o grupo LGBT se coloca também no epicentro das decisões políticas de seu país tornando as eleições mais democráticas.

Sendo assim, o direito a voto é uma das armas com muita força, quando falamos em representatividade, para a busca de diminuição das diferenças e deve ser bem usado. É também o meio de exercer seu direito de cidadão de forma coesa e justa, entretanto deve ser bem pensado.

Com a análise dos dados apontados inicialmente nesse artigo, percebemos que ainda é incipiente o número de representantes desse grupo na Câmara Legislativa, é claro que o número exato de cadeiras que deveriam ser preenchidas é difícil de estimar porque não existe nenhum levantamento de quantas pessoas transexuais e travestis existem no país visto que não há nenhuma pesquisa que aponte esse número e isso influenciaria na representatividade proporcional, por exemplo.

A representatividade no Direito Eleitoral torna-se um campo de batalha interessante para conseguir avançar com os projetos de proteção dos direitos desse grupo e como instrumento de inclusão real deles no seio da sociedade tornando alvo de políticas públicas pensadas especialmente para seu caso. Não sendo possível superar a ideia do conflito de ideais é preciso participar do debate e isso é um poder que o Direito Eleitoral pode dar.

Sendo a Democracia o regime de governo adotado no Brasil e podendo ser de forma direta ou indireta, mas tendo o voto como o meio de exercer a democracia diretamente, percebemos a importância do Direito Eleitoral na segurança da soberania do povo. A própria Constituição Federal estabelece em seu artigo 14 que “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual a todos e, nos termos da lei”. Zilio nos dá um conceito sobre o Direito Eleitoral:

O Direito Eleitoral constitui-se em ramo do Direito Público, cujo desígnio principal é proporcionar e assegurar que a conquista do poder pelos grupos sociais seja efetuada dentro de parâmetros legais preestabelecidos, sem uso da força ou de quaisquer subterfúgios que interfiram na soberana manifestação de vontade popular. Assim, o Direito Eleitoral, resta edificado em conceitos de soberania, democracia, participação popular, voto, sufrágio, mandato e representação. (ZILIO, 2012)

Sendo assim, esse ramo do direito assegura as conquistas dos grupos sociais e que é necessário pensar mais assertivamente em estratégias no campo da política para conseguir ter a voz necessária para uma mudança social. É claro que não é uma batalha fácil, entretanto é uma saída possível para começar a ter sua voz ouvida.

Uma arma que pode ser poderosa para a mudança social se bem pensada é o voto. Analisamos as bancadas fundamentalistas que se aglomeram no poder e ganham espaço a cada dia. Elas utilizaram do voto para chegar no poder, obviamente com ajuda de outros meios, porém a ideia aqui é demonstrar a importância de representantes fortes no seio do poder eleitoral. É um contexto difícil pois necessitaria que esses grupos se vissem na coletividade para formar uma massa de transformação via eleições.

A representação passa pelo poder de se ver nos candidatos, de investigar, entender seus projetos e que estes estejam aliados a causa LGBT. Atualmente, há políticos que utilizam essa bandeira para angariar votos e depois rejeitam as ideias que poderiam beneficiar esse grupo. Só que mais do que uma obrigação da cidadania, deve ser entendido como uma possibilidade de mudança que não seria fácil, porém seria um começo.

Nas últimas eleições muitas plataformas políticas utilizaram de discursos contrários ao grupo LGBT e poucos os candidatos representativos deles tiveram a possibilidade de se manifestarem e ganharem espaços na mídia.

O direito ao sufrágio é existente para a comunidade LGBT, pois eles podem participar nas decisões políticas do Estado, porém a utilização do instrumento desse direito, o voto, deve ser pensado com mais critério para buscar melhores resultados e com isso uma maior inclusão dessa população.

O maior espaço ocupado pela comunidade LGBT no cenário eleitoral representa também seu fortalecimento nesses espaços sociais e com isso o fortalecimento da própria sociedade como plural e democrática pois muda o foco hegemônico da política até esse momento. É proporcional

o aumento dessa variedade representativa no campo político e o fortalecimento do próprio sistema democrático.

Enfim, isso representa o exercício de uma cidadania deixada de lado pelos representantes populares até esse momento que é a cidadania dos gays, lésbicas, transexuais, travestis, bissexuais, queer, intersexuais, assexuais, pansexuais. Um grupo com uma forte participação na sociedade e que deveria utilizar desse poder político.

A temática da diversidade sexual tem que entrar em pauta com maior ênfase nas discussões políticas da atualidade e esse é o grande campo dessa discussão. É um tema relevante e atual que por anos foi deixado de lado e conduzido ao obscurantismo social. A causa LGBT tem que ganhar maior espaço nas agendas dos partidos políticos visto que essa influência está aumentando conforme vimos a lista de candidatos no início desse artigo.

Destacaremos aqui um dos grandes avanços que aconteceram para o público transexual e travestis que em 2016, pelo decreto nº 8.727/2016, foi permitida a utilização do nome social no Título de Eleitor e o reconhecimento da identidade de gênero dessas pessoas o que demonstra a receptividade do Direito Eleitoral a todos os cidadãos respeitando sua identidade.

Atualmente, quando falamos em avanços para a comunidade LGBT geralmente estamos falando do judiciário, porém devemos olhar para esta área, um campo que pode trazer maiores avanços se pensado em comunidade, coletividade. A democracia só funcionará realmente se todos os cidadãos participarem ativamente da sociedade, uma das formas de participação popular dentro da democracia é o voto. A sociedade está em constante mudança e o direito deve mudar para responder as demandas sociais, para isso o Direito Eleitoral é um aliado.

O avanço social com a entrada no campo político de novas ideias faz com que toda a sociedade evolua junto. É preciso pensar na equidade do Direito Eleitoral para buscarmos a igualdade social de todas as vertentes da sociedade e nos direitos políticos encontramos um caminho de transformação da sociedade se for realmente participativo e representativo podendo responder a todas as demandas da sociedade.

Um grupo consegue força social quando participa ativamente no campo eleitoral pois pode reivindicar seus direitos e ser algo de políticas públicas diretamente. Sendo assim, o Direito Eleitoral é um caminho para se conseguir avançar com direitos para esse grupo social. As ideias sendo debatidas de forma democrática podem gerar avanços reais na sociedade, entretanto, para isso a representatividade tem que ser vista de uma maneira mais direta.

5 Conclusão

Concluimos que é importante uma maior representatividade de todos os grupos sociais. Isso torna o sistema mais democrático. A sub-representatividade LGBT na esfera do poder gera inúmeros problemas como a perseguição de direitos de determinados grupos sociais.

O Direito Eleitoral que protege o direito ao voto e da possibilidade de se candidatar protege também a possibilidade da comunidade LGBT se ver representada nas esferas do poder. A possibilidade de assegurar os direitos já conquistados necessita de representantes que realmente lutem por esse grupo e busquem avanços em todas as áreas. Essa inclusão da comunidade LGBT na sociedade mais incisivamente passa pela política.

Os grupos dessa comunidade devem pensar na coletividade e procurarem caminhos como grupo, assim se tornarão mais fortes nas disputas e terão sua voz ouvida e não silenciada como antes.

Os números de candidatos que se declaram LGBT em proporção a população pertencente a esse grupo ainda são baixos e por isso precisa ser reafirmado. A possibilidade de exercer sua cidadania deve ser utilizada vendo representantes que realmente estão empenhados nessa causa.

A resposta à pergunta inicial: se a representatividade LGBT na política pode fortalecer a democracia? É sim, pois o sistema democrático deve procurar incluir o maior número de grupos da população possível para realmente ser forte. É claro que por questões numéricas é impossível esses grupos estarem sempre representados no poder, entretanto, devem ter iguais condições de chegar ao poder e a possibilidade de transformação social na via democrática.

O sistema democrático é excludente, mas não pode ser perverso ao tentar destruir as minorias, se não perde o sentido de existir. Eles devem se tornar adversários políticos e não inimigos. A discussão deve ir para o campo das ideias e não o pessoal.

Com o aumento do número de pessoas que se declaram LGBT, é necessário pensar numa maior representatividade política desse grupo buscando uma visão dos problemas dessa comunidade, dando voz ao grupo e encontrando soluções dos problemas que passam essas pessoas, protegendo os direitos já conquistados.

A renovação de ideias é o principal meio da democracia existir e ao procurar ser mais inclusiva estaria fortalecendo essa ideia. Nesse sistema não pode haver corpos mais importantes que outros e todos devem estar representados nas suas ideias em uma disputa justa. A oxigenação das ideias é necessária e isso se dará sempre com a participação de todos os grupos sociais. É claro

que isso tudo não é uma tarefa fácil, porém, precisa ser pensado e estes grupos devem se unir em torno de um projeto que os protejam diretamente.

Referências

BARROS, Alexandre. Em pesquisa inédita do IBGE, 2,9 milhões de adultos se declaram homossexuais e bissexuais em 2019. Agência de notícias IBGE. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/33785-em-pesquisa-inedita-do-ibge-2-9-milhoes-de-adultos-se-declararam-homossexuais-ou-bissexuais-em-2019>> Acesso em: 1 de novembro de 2023

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Sistemas eleitorais x representação política. São Paulo: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

CUMINGHAM, Frank. *Teorias da democracia*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788536319490/pageid/273>>. Acesso em: 1 novembro 2023

DIAS, Maria Berenice. União homossexual: o preconceito e a justiça. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade: o uso dos prazeres. Rio de Janeiro. Graal, 1994.

MILL, John Stuart. Considerações sobre o governo representativo: texto integral. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981

MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. Revista Política e Sociedade, Florianópolis, v. 2, n. 3, p. 11-26, 2003.

MOUFFE, Chantal. *Um populismo de esquerda*. São Paulo: Verso, 2018.

ROCHAMONTE, Catarina. *Introdução à Filosofia Política: democracia e liberalismo*. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina (Portugal), 2022.

TOCQUEVILLE, Alexis de (1969 [1835-40]) Democracy in America, New York: Harper and Row (Doubleday Anchor Books publication).

ZILIO, Rodrigo López. Direito Eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, ações eleitorais, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

18 LGBT+ eleitas. Vote LGBT+, 2021. Disponível em: <<https://www.votelgbt.org/eleites>> Acesso em: 1 de novembro de 2023.

Impactos de arranjos institucionais e práticas restritivas no acolhimento de imigrantes no Brasil

Impacts of institutional arrangements and restrictive practices on the reception of immigrants in Brazil

André Pereira Crespo* 
Bruno Amaral Machado** 

Resumo: O objetivo desta pesquisa é analisar eventuais impactos causados por arranjos institucionais restritivos na política pública migratória brasileira. Partiu-se da hipótese de que a negação de igualdade de direitos e oportunidades dificulta a inserção social, incrementa a exclusão social e fomenta a construção da imagem do imigrante como inimigo. A pesquisa orienta-se pela pergunta: arranjos institucionais restritivos na política pública migratória brasileira estão em consonância com os princípios igualitários, de acolhimento e de integração social expressamente declarados na Nova Lei de Migração brasileira? O texto aborda arranjos institucionais da política pública migratória brasileira e literatura especializada no tema migratório. Ao final, sugere a necessidade de formulação de políticas públicas para que sejam mais humanas, acolhedoras e inclusivas.
Palavras-chave: migrações internacionais; inimigo; arranjos restritivos; discriminação; exclusão social.

Abstract: The aim of this research is to analyze the potential impacts caused by restrictive institutional arrangements in Brazilian public migration policy. The study is based on the hypothesis that the denial of equal rights and opportunities hinders social integration, increases social exclusion, and fosters the construction of the immigrant as an enemy. The research is guided by the following question: Are restrictive institutional arrangements in Brazilian public migration policy in alignment with the egalitarian principles of reception and social integration explicitly stated in the New Brazilian Migration Law? The text discusses institutional arrangements within Brazilian public migration policy and specialized literature on migration issues. Finally, it suggests the need for the formulation of public policies that are more humane, welcoming, and inclusive.
Keywords: international migrations; enemy; restrictive arrangements; discrimination; social exclusion.

Recebido em: 27/09/2024
Aprovado em: 28/12/2024

Como citar este artigo:
CRESPO, André Pereira;
MACHADO,
Bruno Amaral. Impactos
de arranjos institucionais
e práticas restritivas no
acolhimento de imigrantes
no Brasil. Revista da
Defensoria Pública do
Distrito Federal, Brasília,
vol. 6, n. 3, 2024, p. 55-74.

* Centro Universitário de
Brasília.

** Centro Universitário de
Brasília.

1 Introdução

A integração entre países incrementa a mobilidade humana no contexto global e impacta as relações humanas, o controle do crime e a migração internacional. A migração é fenômeno complexo, multifatorial e de contornos próprios de acordo com o país ou região do mundo. Fatores socioeconômicos como idade, sexo, cor e qualificação profissional podem impactar na construção da política pública migratória.

Aparentemente o fluxo migratório mais desejado é por países considerados desenvolvidos. O perfil desses imigrantes seria composto de pessoas profissionalmente qualificadas, para permanência por intervalos de tempo limitados, com data certa de chegada e de partida. Esse recorte de perfil contribuiria como força-produtiva, transferiria conhecimento aos países economicamente hegemônicos e o prazo certo de estadia minimizaria os impactos culturais (Nazaré; Gomes, 2020, p. 140-149).

O aumento de dificuldades para pessoas não nacionais pode gerar consequências negativas como a redução das possibilidades de interações interculturais; fomentar a separação social entre “nós” e os “outros”, o que dificulta o acolhimento comunitário e fomentar desejo de vingança em relação aos nacionais (Bauman, 2016, p. 46-47).

Políticas públicas migratórias restritivas costumam dificultar a regularização da situação jurídica dos imigrantes¹. Essas restrições conduzem mais imigrantes a percorrerem vias irregulares. A dificuldade de inserção social e a negação de igualdade de direitos e oportunidades segmenta a sociedade com mais pessoas socialmente excluídas. O acolhimento de imigrantes é desafio central das políticas públicas migratórias no século XXI².

A análise de arranjos institucionais e práticas restritivas são elementos importantes a serem analisados. A invisibilidade social torna os imigrantes mais vulneráveis e dificulta a inclusão na sociedade de destino. O Estado Penal pode ser ainda mais rigoroso com os cidadãos não nacionais e contribuir para demarcar divisões sociais (Guia, 2013, p. 35-38).

Há no Brasil carência de estudos sobre a relação entre a política criminal e política pública migratória que ultrapasse o universo da prisão e visualize a situação do imigrante como sujeito de direitos e de vulnerabilidades. Para além da situação do preso imigrante, subsiste universo ainda

¹ O § 1º do artigo 176 do Decreto nº 9.199/2017 esclarece a entrada irregular, a estadia irregular e o cancelamento da autorização de residência como possibilidades de irregularidade migratória (Brasil, 2017a).

² Preferimos o uso da expressão “não nacional” ao uso da palavra “estrangeiro” cuja raiz etimológica remete ao estranho, forasteiro ou “o que é de fora”. Quando a utilizarmos nos referiremos apenas como “indivíduo de nacionalidade diversa daquela do país onde se encontra ou vive” (Houaiss, 2009, p. 839).

pouco explorado em relação ao processo de criminalização e de exclusão pela negativa de cidadania ou de regularização migratória, mas com diversos efeitos sobre o *status* social de ilegal ou criminoso (Moraes, 2016, p. 16).

Esta pesquisa partiu da hipótese de que a negação de igualdade de direitos e oportunidades e a criminalização de imigrantes dificulta a inserção social, aumenta a exclusão social³. Essas circunstâncias sugerem a necessidade de formulação de políticas públicas mais humanas, acolhedoras e inclusivas.

Assim, o objetivo desta pesquisa é analisar impactos causados por práticas crimigratórias⁴ e por arranjos institucionais restritivos na política pública migratória brasileira. A pesquisa orientou-se pelo seguinte problema: arranjos institucionais restritivos na política pública migratória brasileira estão em consonância com os princípios igualitários, de acolhimento e de integração social expressamente declarados na Nova Lei de Migração brasileira? Para responder à indagação, a pesquisa analisou dados de fluxos migratórios, literatura e arranjos institucionais da política pública migratória brasileira.

A pesquisa pretende fomentar o debate a respeito da necessidade de inclusão social de migrantes, a fim de propor a institucionalização de políticas públicas e sensibilizar operadores do sistema de justiça da necessidade da adoção de práticas mais acolhedoras na seara migratória.

2 Fluxos migratórios no contexto global

As relações entre países incrementaram-se a partir da segunda metade do século XX, sobretudo após o término das duas grandes guerras mundiais. A evolução tecnológica acelerou o processo de integração entre países e intensificou as interações humanas em todo o mundo. A aceleração da integração aumenta a interdependência entre Estados e demanda ainda mais cuidados na aplicação do direito no contexto da política migratória. Nesse cenário, a

³ Em sentido amplo, o Sistema Penal pode ser entendido como o conjunto de instituições, funções, estratégias e técnicas dirigidas para levar a cabo o controle punitivo (Monclús Masó, 2008, p. 12).

⁴ A palavra crimigração é abreviação da expressão criminalização dos fluxos migratórios. Stumpf (2006) criou o termo no contexto das políticas migratórias praticadas nos EUA na década de 1980. A crimigração pode ser considerada instrumento regulatório para o enfrentamento à circulação de grupos de pessoas consideradas indesejadas pelo país de destino. O fenômeno emerge da associação entre política migratória e política criminal. Posteriormente o termo foi difundido em países europeus como Holanda, Suécia, Espanha, Itália, Inglaterra, País de Gales e Noruega.

criminalização das migrações^{5 6} insere-se no campo da mobilidade humana e requer mais tolerância perante a diferença (Eco, 2020, p. 21-28).

A criminalização das migrações ou crimigração pode ser entendida como fenômeno associado à criação de arranjos institucionais com o objetivo de penalizar e considerar ilegais atividades exercidas por grupos particulares de pessoas. Aplicam-se tecnologias de controle de crime com foco em determinados grupos de indivíduos não nacionais (Story, 2005, p. 9).

A força econômica da competição capitalista e a luta por igualdade podem ser consideradas como grandes forças transformadoras no tempo pós-moderno. A segunda metade do século XX foi marcada por mudanças profundas no modo como a vida é vivida. Essas mudanças têm implicações importantes em questões relacionadas ao crime, ao seu controle e impactam na política migratória de cada nação (Garland, 2008, p. 185). Nesse contexto, as migrações modernas podem ser classificadas em quatro fases: mercantil, colonial, limitada e Sul-Norte (Araújo *et al.*, 2017, p. 11-30).

Na fase mercantil, entre os anos 1500 e 1800, os europeus protagonizaram fluxos migratórios em virtude dos processos de colonização ou do crescimento econômico do capitalismo mercantil.

Após essa primeira fase, o chamado período colonial perdurou até 1925. Nessa época, no contexto global, as migrações obedeceram a uma dinâmica hemisférica Norte-Sul ou Norte-Norte, com destaque para a saída de europeus para a América do Sul e para a América do Norte. A Primeira Grande Guerra Mundial impulsionou a saída de milhares de europeus para países como Brasil, Uruguai, México e Cuba. Parte da literatura denomina a fase como período de migração em massa^{7 8}. O Brasil, àquela altura, buscava o incremento populacional, o crescimento econômico e a consolidação da ocupação de seu território. Para atingir esses objetivos, o país executou política migratória focada em famílias europeias brancas para trabalharem em lavouras de café (Bassanezi, 2013, p. 169-193).

⁵ Alves (2019) refere-se às violações da legislação migratória como infrações do direito penal, e o endurecimento da lei penal especificamente em relação aos imigrantes e a associação das agências que tratam de questões migratórias e de práticas criminais como alguns exemplos práticos de criminalização das migrações ou crimigração.

⁶ Umberto Eco (2020, p. 21) diferencia Migração de Imigração. Segundo o autor, o que caracterizaria as Migrações seria a transferência de indivíduos, “mesmo muitos, mas em medida estatisticamente irrelevante em relação à cepa original” de um país para outro. Por outro lado, para além da mera mobilidade através das fronteiras, os fenômenos de Imigração implicariam capacidades estatais mais desenvolvidas, já que poderiam “ser controlados politicamente, limitados, encorajados, programados ou aceitos”.

⁷ Bauman (2016, p. 27) preconiza que as migrações massivas tendem a aumentar porque as causas permanecem e freá-las é cada vez menos ético.

⁸ Maria João Guia (2013, p. 30-38) pontua que migrações em massa existem desde os primórdios da História, e as considera como um dos fenômenos mais marcantes do século XX e se mantêm como realidade no século XXI.

Os movimentos migratórios diminuíram no período que foi de 1925 até o final da Segunda Guerra Mundial, fase chamada de migração limitada, caracterizada por crise econômica na Europa, impulsionada pela Grande Depressão de 1929 e pela Segunda Guerra Mundial.

Por fim, a partir de 1960 tem-se a fase pós-industrial com a chamada migração Sul-Norte. Nesse período, as migrações internacionais ganharam novos contornos e países que anteriormente atraíam imigrantes tornaram-se lugar de partida. Inverteu-se o fluxo de deslocamento humano em direção a países recuperados da instabilidade econômica.

A migração internacional possui causas e características heterogêneas. É fenômeno complexo, envolve fluxos mistos de imigrantes e refugiados que podem convergir em suas causas, como conflitos entre países e recessões econômicas. Conforme dados da 11ª edição do Relatório Mundial das Migrações (International Organization For Migration, 2022), publicado a cada 2 anos pela Organização Internacional para as Migrações (OIM), o número de migrantes internacionais cresce desde 1970, início da condensação de dados. Em 2020 houve deslocamento de 281 milhões de migrantes internacionais, o equivalente a 3,6 % da população global. Esse número poderia ser ainda maior se não fosse a redução da mobilidade global causada pelas restrições impostas pela pandemia de COVID-19 (Lago; Lanza, 2022). O relatório destaca ainda o deslocamento de 135 milhões de migrantes internacionais do sexo feminino em 2020, o que totaliza 3,5% da população feminina mundial e aumento de 3,4% de mulheres migrantes em relação a 2019 (International Organization For Migration, 2022, p. 3).

O desenvolvimento econômico e humano explica a classificação dos movimentos migratórios considerando-se os hemisférios globais Sul e Norte. Integram o espaço Sul países com baixo desempenho em indicadores como Produto Interno Bruto (PIB) e Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). No contexto sociopolítico, esses países são considerados em desenvolvimento. Por outro lado, países ocupantes do hemisfério Norte são tidos como centrais no plano geoeconômico e político. Percebe-se relativa despreocupação quanto ao desenvolvimento de políticas migratórias atrativas para migrantes do Sul Global (Babic, 2017, p. 476-484).

O fluxo migratório aparentemente desejado por países considerados desenvolvidos como Estados Unidos e integrantes da União Europeia seria composto por pessoas profissionalmente qualificadas, para permanência por intervalos de tempo limitados, com data certa de chegada e de partida. Esse recorte contribuiria como força-produtiva expansionista de capital, transferiria conhecimento aos países economicamente hegemônicos e o prazo certo de estadia minimizaria os impactos culturais (Nazaré; Gomes, 2020, p. 140-149).

A migração não é mero objeto de estudo social e deve ser analisada sob lentes humanistas⁹. Fluxos migratórios “existem porque existem pessoas que migram. E estas pessoas têm nome, cor, idade, sexo, nacionalidade, cultura, família e comunidade” (Poletto, 2006). Não se trata de simples deslocamento de pessoas de um lugar para outro. É fenômeno complexo, heterogêneo, não uniforme, multifatorial, dotado de peculiaridades. Sob essa ótica, pode-se falar em imigrações internacionais em vez de imigração internacional (Greco; Folena, 2022, p. 217-234).

O etiquetamento de seres humanos como imigrantes ou refugiados associados ao terror e ao medo os desumaniza e pode gerar a narrativa da necessidade de distanciamento da equiparação de direitos em relação aos nacionais. Esse afastamento pode gerar consequências negativas como a redução das possibilidades de interações interculturais a pretexto de que ao se evitar o diálogo evitar-se-ia o conflito; a separação da sociedade entre “nós” e os “outros” dificulta o acolhimento comunitário, golpeia a autoestima pessoal e gera desejo de vingança em relação ao outro grupo; e o fortalecimento de grupos terroristas que passam a se aproveitar desse *apartheid* para apresentarem-se como possibilidade de inserção, pertencimento e empoderamento social, criando assim uma espécie de “guerra santa” (Bauman, 2016, p. 46-47).

Pesquisadora alerta que as chamadas migrações Sul-Sul têm causado cada vez mais impacto na dinâmica migratória internacional e na conformação da migração no âmbito de cada país. O Brasil insere-se nesse processo como receptor de trabalhadores migrantes, em sua maioria latino-americanos, caribenhos, africanos e asiáticos (Beanguer, 2018, p. 13-14). Dados divulgados pelo Boletim Informativo nº 1 da Secretaria Nacional de Justiça (SENAJUS) do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) informam que de janeiro de 2010 a maio de 2024 o Brasil recebeu 1.652.434 migrantes¹⁰. Desse total, 144.531 migrantes tiveram a condição de refugiado¹¹ reconhecida e outros 432.400 aguardam a apreciação do pedido formal de refúgio formulado ao Comitê Nacional para Refugiados (Brasil, 2024a).

No campo laboral, Venezuela, Haiti e Argentina foram, respectivamente, os três países com mais movimentações de trabalhadores migrantes no mercado formal de trabalho. Em território brasileiro, de janeiro a maio de 2024, foram admitidos 126.314 migrantes. No mesmo período, 96.493 migrantes foram demitidos, o que gerou o saldo de 29.821 contratações de migrantes no

⁹ Bauman (2016, p. 21) chama a atenção para o atual movimento de “fechamento de portas” e para a necessidade de ampliação do debate sobre o fenômeno migratório sob a perspectiva dos direitos humanos.

¹⁰ Segundo o Boletim, divulgado em agosto de 2024, migrantes são os não nacionais que obtiveram autorização de residência para viver no Brasil. Compreendem os residentes, pessoas com prazo de autorização de residência por tempo indeterminado; os temporários, não nacionais com prazo de autorização de residência por prazo determinado; e os fronteiriços, nacionais que conservam a residência habitual em municípios fronteiriços de países vizinhos.

¹¹ Pessoas que receberam o *status* de refugiados no Brasil, após reconhecimento do Comitê Nacional para Refugiados (Conare), nos termos da Lei nº 9.474, de 1997.

mercado de trabalho brasileiro. Com 8.228 novos postos de trabalho, Santa Catarina foi a unidade da federação que mais criou empregos no período. Nesse mesmo intervalo, o país recebeu R\$ 70.850.238,78 de investimentos em pessoa jurídica realizados por pessoa física migrante com autorização de residência. Os italianos, franceses e alemães foram as nacionalidades que mais aportaram recursos no Brasil (Brasil, 2024a).

O novo marco legal migratório brasileiro (Brasil, 2017b), de viés inclusivo e acolhedor, reforça a necessidade de estudos atuais baseados em evidências empíricas que identifiquem práticas crimigratórias eventualmente inspiradas em arranjos institucionais restritivos.

3 A construção da imagem do imigrante como inimigo

Há distância acadêmica entre o campo das políticas públicas e o direito. Coutinho (2013) considera a carência do estudo das políticas públicas no âmbito do ensino jurídico como fator que contribui para a existência dessa lacuna. A deficiência no ensino jurídico limita a acuidade do profissional do direito e restringe possibilidades de sua contribuição às políticas públicas.

O direito deve dialogar intimamente com as especificidades de cada política pública. Deve-se evitar prolongar o distanciamento da realidade por aplicação de modelos com pretensão de universalidade, evitar o surgimento de apenas mais uma teoria jurídica autocentrada e, por via de consequência, desconectada de seu entorno e de natureza autorreferencial (Coutinho, 2013).

Há certo consenso na literatura sobre a necessidade da integração interdisciplinar para o desenvolvimento das políticas públicas (Marques; Faria, 2013). A interdisciplinaridade amenizaria o problema de fragmentação entre campos do conhecimento¹². Nesta pesquisa, as políticas públicas são visualizadas como planos de ação prospectivos que demandam permanentes processos de implementação e de avaliação (Suxberger; Cançado, 2017, p. 32-58).

Nessa perspectiva, Coutinho (2013, p. 200) parte da compreensão integrativa do direito com a dimensão institucional das políticas públicas e do pressuposto de as normas jurídicas constituírem medida de estruturação, de funcionamento, de regulação dos procedimentos e de viabilização de articulações entre os atores conectados a tais políticas públicas de modo direto ou indireto. Nas palavras do autor “o direito pode ser visto como uma espécie de ‘mapa’ de

¹² Gadotti (1999) explica que a interdisciplinaridade surge como resposta à necessidade de superar a fragmentação e o caráter de especialização do conhecimento causado por uma epistemologia de tendência positivista em cujas raízes estão o empirismo, o naturalismo e o mecanicismo científico do início da modernidade.

responsabilidades e tarefas nas políticas públicas”. Para ele, o direito se equipararia à coluna vertebral em sua integração às políticas públicas.

O aumento da integração entre países alterou a cadeia produtiva e impactou a mobilidade do capital e de pessoas em diferentes partes do mundo. A mobilidade humana transforma as relações entre os Estados, sobretudo na maneira como as fronteiras territoriais são imaginadas, geridas e negociadas. A depender dos países envolvidos, a gestão das fronteiras pode se tornar mais ou menos rígida. A melhor compreensão demanda ainda mais reflexão e interação entre disciplinas como criminologia, sociologia, direito, antropologia, ciências políticas e relações internacionais (Guia, 2013, p. 30-33).

A invisibilidade social torna os imigrantes mais vulneráveis, dificulta sua inclusão na sociedade de destino e pode fazer com que vítimas sejam percebidas como criminosos e inimigos. O Estado Penal poderá ser mais rigoroso com os cidadãos não nacionais, o que dificulta o “cumprimento das expectativas normativas” por parte desses indivíduos (Jakobs, 1985, *apud* Guia, 2013, p. 33). Uma das possíveis consequências é a divisão da sociedade entre cidadãos e “inimigos”¹³, pois quem não segue a ordem normativa está contra ela e sobre essas pessoas pode pairar a percepção de inimigas (Guia, 2013, p. 35-38).

A imagem do imigrante como inimigo alimenta a intolerância e a hostilidade. Essa associação pode resultar em discriminação e preconceito, além de afetar a coesão social. Imigrantes em situação irregular são marginalizados e privados de direitos sociais, circunstância que os torna ainda mais suscetíveis à criminalização e contribui para a criação de cidadania estratificada. A criminalização pode levar os Estados a implementar medidas cada vez mais restritivas, o que prejudica a integração dos imigrantes. Ainda, a criminalização fere postulados de direitos humanos, desconsidera a dignidade do homem e viola princípios constitucionais como a presunção de não culpabilidade (Guia; Pedroso, 2015).

A segurança pública tem privilegiado os estratos médios e altos contra a criminalidade dos baixos estratos sociais. Esse viés impacta na construção social da cidadania de pessoas criminalizadas ou criminalizáveis. O Estado neoliberal, mínimo no campo social e da cidadania, corresponde a um Estado máximo, onipresente e espetacular no campo penal (Andrade, 2013, p. 341). Estudos recentes, apresentados a seguir, trazem evidências desse processo.

¹³ A teoria do direito penal do inimigo foi pela primeira vez publicada em 1985 em palestra proferida por Günther Jakobs em Seminário de Direito Penal em Frankfurt. Nessa ocasião, Jakobs adotou postura descritiva em relação à teoria. Somente em 1999, catorze anos após a palestra, Jakobs apresentou o conceito de Direito Penal do Inimigo. Nesse momento adotou forma mais contundente, afirmativa, legitimadora e justificadora de sua linha de pensamento (Silva, 2016, p. 80-81).

Pesquisa empírica analisou a atuação de agentes de aplicação da lei nas fronteiras do Reino Unido. Na percepção da pesquisadora, esses profissionais nas fronteiras britânicas experimentam uma espécie de dor moral em relação ao seu trabalho, agravada pelas transformações punitivas e humanitárias contemporâneas na justiça criminal. A pesquisa revelou que a linguagem da vulnerabilidade e do cuidado está cada vez mais presente na justiça criminal, muitas vezes se mistura com práticas punitivas, mas adverte que o impulso à proteção e ao cuidado pode tanto reforçar quanto complicar o exercício do poder coercitivo do Estado. Em síntese, o estudo destaca a complexidade das transformações contemporâneas na justiça criminal e como elas são experimentadas pelos agentes de aplicação da lei nas fronteiras do Reino Unido, bem como as implicações dessas transformações para o exercício do poder coercitivo Estatal (Aliverti, 2021a).

Ainda no Reino Unido, pesquisa empírica financiada pela Universidade de Warwick observou as rotinas diárias da polícia e dos oficiais de imigração e entrevistou pessoas detidas. A pesquisadora relatou que a polícia do Reino Unido historicamente assumiu funções de controle de migração e práticas de buscas pessoais. Em sua visão, a implementação do programa *Nexus* reuniu populações distintas sob a bandeira de "criminosos estrangeiros", os etiquetou com a imagem de violadores e reforçou medos e ansiedades racializados no contexto da migração. O estudo revelou, ainda, limitações da polícia moderna para decifrar a nova configuração do crime e desvelou dificuldades em oferecer respostas às ansiedades públicas em relação à manutenção da ordem social (Aliverti, 2020).

No Brasil, Moraes (2015) destacou a complexa interseção entre a política migratória e a política criminal. Com abordagem histórico-estrutural, a pesquisa de viés empírico analisou casos e detectou que, para além do preso imigrante, subsiste um processo de criminalização e de exclusão pela negativa de cidadania ou de regularização migratória com efeitos sobre o *status* social de ilegal ou de criminoso. A pesquisadora afirma que a questão migratória não acompanhou a evolução democrática do Brasil e critica o instituto da expulsão, medida administrativa de caráter perpétuo, sem a avaliação devida da gravidade do crime que motivou o ato, a situação pessoal do imigrante, bem como a própria projeção dos efeitos do ato expulsório sobre o cumprimento da pena. Ao final, concluiu que sob o marco dos direitos humanos¹⁴ deve se defender uma proteção mais efetiva a imigrantes e refugiados em detrimento de mecanismos de controle e de criminalização transnacionais (Moraes, 2015).

¹⁴ A pesquisadora esclarece que utiliza a expressão “direitos humanos” no sentido da construção de espaços de luta que logrem subverter as injustiças e as opressões e fomentem a satisfação de necessidades dos povos de todo o planeta.

Entre 2010 e 2017, pesquisa empírica revelou práticas crimigratórias como estratégia securitária utilizada por autoridades de imigração no Aeroporto Internacional de Guarulhos (Alves, 2019). As práticas teriam o objetivo de controlar a entrada de imigrantes considerados "indesejáveis" e enfrentar a criminalidade transnacional. Na visão da pesquisadora, essa atuação seria influenciada pela história colonial do Brasil, pelas políticas de segurança internacional para enfrentar o terrorismo e o tráfico de drogas e seriam influenciadas, ainda, por pressões externas, especialmente advindas dos Estados Unidos e da União Europeia.

A pesquisa revelou a existência de tensões entre a autoridade migratória no Brasil, a Polícia Federal (PF), organizações de proteção aos direitos humanos, Defensoria Pública da União e sociedade civil. Essas tensões originaram-se de típicas práticas crimigratórias no controle migratório, como as devoluções indevidas de pessoas, e afetam os direitos dos imigrantes, especialmente os considerados "suspeitos" pelas autoridades de imigração. Ao final, a autora sugere a necessidade de repensar as políticas de segurança internacional no Brasil relacionadas à imigração e ao crime, a fim de garantir a proteção dos direitos humanos e evitar a discriminação e o preconceito contra imigrantes (Alves, 2019).

Déficits sociais podem ser encobertos com excessos de criminalização. A insuficiência de moradias, estradas, ruas, empregos, escolas, creches e hospitais podem ser compensados pela multiplicação de prisões. A instrumentalidade da Constituição, das leis e dos direitos sociais cede espaço ao uso simbólico do direito penal (Andrade, 2013, p. 342).

Esse quadro sugere a construção da imagem dos cidadãos não nacionais como inimigos (Jakobs, 2008). Na proposta do penalista alemão, para ser considerada pessoa o indivíduo deve oferecer garantia cognitiva satisfatória na condução de seu comportamento social ao representar algum papel na sociedade. Ausente essa garantia, pode a segurança dos demais ser colocada em risco e o Estado o desconsideraria como pessoa.

Indivíduos excluídos do estado de cidadania não poderão receber benefícios atribuídos aos cidadãos. Ausentes esses atributos, o sujeito permanece em estado de natureza e de anomia. Contudo, o conceito de pessoa não é determinado pelo estado de natureza, mas uma construção social segundo a qual os inimigos estariam excluídos (Jakobs, 2008). O modelo ideológico implementado pode cindir a sociedade entre pessoas e inimigos. Segundo Jakobs (2008) essa cisão justifica a existência do direito penal do cidadão e do direito penal do inimigo. Além das fronteiras físicas, cidadãos não nacionais passam a ter subjetivas fronteiras invisíveis, fator que os distancia socialmente ainda mais dos considerados cidadãos nacionais.

Zaffaroni (2017, p. 22) adverte que o conceito de inimigo remonta à distinção romana entre *inimicus* e *hostis*. *Inimicus* se referia ao inimigo pessoal, ao passo que o verdadeiro inimigo político seriam os *hostis* em relação ao qual recaíam o estigma da hostilidade extrema. *Hostis* era categoria de pessoas excluídas da comunidade, como os estrangeiros, os estranhos ou os inimigos. Sobre esses costumavam recair punições como a expulsão da comunidade, o exílio, a perda da paz e a privação absoluta de direitos.

O estrangeiro (*hostis alienígena*) compunha o tronco central de todos aqueles que incomodavam o poder. Eram chamados de insubordinados, indisciplinados ou simplesmente de estrangeiros que, como estranhos e desconhecidos, tornavam-se suspeitos por serem potencialmente perigosos. Nesse entroncamento havia ainda o núcleo dos inimigos declarados ou inimigos abertos (*hostis judicatus*). Os detentores do poder assim os nominavam com o objetivo de igualar sua condição jurídica a dos escravos. Essa equiparação os impedia de receber penas aplicáveis aos cidadãos (Zaffaroni, 2017, p. 23).

Zaffaroni (2017, p. 24) recorda que a classe dos *hostis*, inimigo ou estranho nunca desapareceu da realidade social nem da teoria jurídico-penal. O conceito de inimigo foi preservado na memória do direito ocidental e ressurgiu na modernidade até com “boas-vindas no direito penal”.

O desconhecimento e a intolerância em relação a determinados comportamentos culturais e a proliferação de notícias alarmantes sobre casos de violência praticados pelo “estrangeiro-inimigo” contribuem para o sentimento de rejeição a pessoas recém-chegadas. Essa percepção muitas vezes é construída ou adensada pelos meios de comunicação social e contribui para conectar cidadãos não nacionais ao mundo do crime (Guia, 2013, p. 34).

Arranjos institucionais restritivos no acolhimento de imigrantes constituem elemento importante para a modelagem migratória. A criminalização de comportamentos permite que entradas, permanências ilegais ou irregulares de imigrantes sejam categorizadas efetivamente como crimes e, assim, transforma vítimas em criminosos. Portanto, a criminalização das migrações certamente é um dos entraves à política pública migratória.

4 Impactos de arranjos institucionais restritivos no acolhimento de imigrantes

A combinação entre a política migratória e a política criminal pode afetar negativamente os direitos humanos dos imigrantes e refugiados, gerar violações como detenções arbitrárias,

deportações sumárias e discriminações. Alves (2019) considera o estudo das migrações um dos maiores desafios humanitários da atualidade. Nas últimas duas décadas, o tema se consolidou na Agenda da Segurança Internacional. Estados e organismos internacionais como a OIM passaram a debater o fenômeno e o tratam não apenas como questão de sobrevivência de pessoas migrantes, mas também como condição de preservação dos Estados nacionais (Alves, 2019).

Significativas transformações econômicas, sociais, políticas, demográficas e culturais se processaram em âmbito internacional. Alterou-se a cadeia produtiva, fator que impacta na mobilidade de pessoas em diferentes partes do mundo. A reestruturação da cadeia econômico-produtiva global influencia os compromissos internacionais em prol da ampliação e da efetivação de direitos humanos dos migrantes. As novas tendências migratórias precisam ser estudadas para serem mais bem compreendidas (Patarra, 2005, p. 23-33).

Os fluxos migratórios usualmente associados à lógica social e econômica passaram a ser impulsionados também pela lógica securitária, o que desloca o debate para a agenda da segurança e confere contornos da lógica militar em seu tratamento. Nesse cenário, securitização é termo em constante ressignificação. A precarização e a fragmentação das condições existenciais impactam os indicadores de Segurança Nacional. Ameaças assumem frequentemente novos contornos e requerem constante vigilância e repressão por parte dos aparatos de segurança (Macedo, 2017, p. 404-414).

No contexto securitário, a mobilidade humana passa a ser fonte de ameaça à segurança nacional e medidas restritivas compõem a institucionalidade migratória (Alves, 2019). Novos rearranjos sociais desafiam os Estados Nacionais à formulação e implementação de políticas públicas mais inclusivas.

Deslocamentos forçados provocados por violência generalizada, guerras, privação de direitos, perseguições religiosas, culturais e étnicas agregam complexidade ao processo migratório que poderão dificultar ainda mais o processo integrativo saudável na nova sociedade (Póvoa Neto, 2021).

As migrações constituem-se “fluxo inextinguível” de pessoas e podem transformar o planeta em “território de deslocamentos cruzados” (Bauman, 2019 *apud* Geiselberger, 2019, p. 31-33). Esse movimento de caráter “incontrolável¹⁵” impacta, sobretudo, na cultura do território de destino (Eco, 2020, p. 27).

¹⁵ Umberto Eco (2020, p. 27) se refere ao caráter incontrolável da “mestiçagem de culturas” como fenômeno independente de percepções pessoais e de eventuais inconformidades de alguns conservadores sobre o tema.

Atualmente, adverte-se que parte dos sistemas penais do Ocidente estão intimamente vinculados à gestão migratória e étnica. Recorrer ao sistema penal para “gerir” o processo migratório, seja de forma direta ou dissimulada, pode transformar questões migratórias em “questões criminais”. O resultado dessa política é o crescimento da população encarcerada em países “desenvolvidos” originária do mundo “subdesenvolvido”. Pesquisas revelam que grande parte da população carcerária de países do Norte Global é composta por pessoas que pretenderam sair da pobreza de países do Sul Global¹⁶.

Na Europa, a militarização das fronteiras entre países, o encarceramento crescente de estrangeiros, a proliferação dos chamados centros de detenção e o aumento generalizado da utilização da expulsão podem ser considerados como entraves ao fenômeno migratório. A pesquisadora Monclús Masó (2008, p. 13-14) sugere a combinação de rejeição de potenciais imigrantes e a exclusão social nos arranjos institucionais das políticas migratórias europeias.

Políticas marcadamente restritivas dificultam a imigração legal. O aumento dos entraves faz com que grande parte da imigração seja canalizada, pelo menos inicialmente, para caminhos irregulares.

O atual processo de construção da imagem social do imigrante como “outro” e “socialmente perigoso” pode ser visto como um “problema” a ponto de se cogitar “emergência imigratória”. E a “emergência imigratória”, com suas correspondentes leis de exclusão que condenam grande parte dos imigrantes à clandestinidade, levou à construção de uma categoria de seres humanos carentes de direitos e garantias¹⁷ (Dal Lago, 1999, p. 7-19 *apud* Monclús Masó, 2008, p. 17-18).

Políticas restritivas criaram categorias de imigrantes dispersas mundialmente. São pessoas desprovidas de documentos e, por esse motivo, chamadas de indocumentadas ou irregulares, conhecidas também como *sans papier*. Esses foram os casos dos portugueses na França nos anos 1960 e 1970 ou os *boat people* como os cubanos que tentavam chegar aos EUA, e os *Rohingya* que tentaram, mais recentemente, chegar à Indonésia e Austrália (Alves, 2019, p. 21). Estrangeiros irregulares ou “sem documentos” foram classificados por Dal Lago como nova categoria de indivíduos sem direitos, mas sujeitos ao controle policial (Dal Lago, 1999, p. 7-19 *apud* Monclús Masó, 2008, p. 19).

¹⁶ Marta Monclús Masó (2008, p. 13-14) registra que, segundo informações do Instituto Nacional de Estatística, no dia 1º de janeiro de 2005 estrangeiros constituiriam 8% da população carcerária na Espanha.

¹⁷ Essa categoria foi denominada por Dal Lago como não-pessoas.

No Brasil, o crescimento do contingente de imigrantes demanda ainda mais atenção com a política migratória e justifica o aperfeiçoamento da modelagem institucional para o devido acolhimento dessas pessoas no território brasileiro¹⁸. Apesar de o Brasil ser costumeiramente associado à imagem de país acolhedor, no acolhimento de imigrantes notícias revelam resquícios estruturais históricos típicos de país com passado escravagista¹⁹.

Conforme mencionado no segundo tópico da pesquisa, dados divulgados pelo MJSP mostram que nos últimos 14 anos o Brasil recebeu 1.652.434 migrantes. Contudo, apesar de a emigração não ser objeto de abordagem neste trabalho, chama a atenção e por isso vale destacar o êxodo de brasileiros ser superior ao número de imigrantes em território brasileiro. Em 2023, havia mais brasileiros residindo no exterior do que imigrantes no Brasil. Segundo documento divulgado pelo Ministério das Relações Exteriores, estima-se que no final de 2023 a comunidade brasileira no exterior era composta por 4.996.951 brasileiros, cuja maioria, 2.261.284 (45,3 %), residia na América do Norte e 1.677,241 (33,6%) na Europa (Brasil, 2024b).

Atualmente a migração é normatizada pela Lei nº 13.445 publicada em 24 de maio de 2017. Essa regra formaliza a política migratória brasileira sob a perspectiva dos direitos humanos. Pesquisadora adverte que tais avanços, por si só, não garantem melhores condições de vida (Manjabosco, 2020). Desde sua concepção, a nova lei de migração vem sendo regulamentada em contexto político e econômico adversos.

O inciso III do artigo 3º prevê a “não criminalização da migração” como princípio e diretriz da política migratória brasileira. Apesar desta previsão, eventualmente surgem sinais de política crimigratória. Em julho de 2019, o MJSP editou a Portaria nº 666 com a previsão de impedimento de ingresso, repatriação e deportação sumária de pessoa perigosa no Brasil (Brasil, 2019). Após o instrumento normativo ter sido criticado e sua constitucionalidade questionada por entidades atuantes na causa migratória, o órgão a revogou após 3 meses do início de sua vigência. Esses sinais sugerem a necessidade de a sociedade permanecer alerta.

O artigo 64 da Lei de Migração dispõe que a naturalização pode ser ordinária, extraordinária, especial ou provisória²⁰. Logo a seguir no dispositivo, o artigo 70 prescreve a

¹⁸ A acolhida humanitária é princípio e diretriz da política migratória brasileira, nos termos do artigo 3º, inciso VI, da Lei nº 13.445/2017 (Brasil, 2017b).

¹⁹ Socióloga afirma em reportagem ao jornal Folha de São Paulo que “a postura do Brasil em relação aos imigrantes negros é de repulsa, enquanto o sentimento dirigido aos europeus e americanos brancos que chegam ao país é de receptividade” (Damasceno, 2022).

²⁰ Nos termos do artigo 64 da Lei nº 13.445/2017, “a naturalização pode ser I - ordinária; II - extraordinária; III - especial; ou IV – provisória” (Brasil, 2017b).

naturalização definitiva em caso de conversão da naturalização provisória²¹. Segundo dados oficiais²², a ordinária é o tipo de naturalização mais solicitada pelos estrangeiros residentes em território brasileiro²³.

Arranjos institucionais restritivos podem conduzir estrangeiros à permanência ilegal. Obstáculos como a necessidade de apresentação de documentos de difícil obtenção por parte dos estrangeiros é uma dessas previsões. Essa dificuldade surgiu em procedimentos de naturalização de estrangeiros previstos nos Anexos I a IV da Portaria nº 623/2022, atualmente em vigor (Brasil, 2022). O item 6 do Anexo I prevê como dever de apresentação pelo interessado na naturalização ordinária brasileira:

Atestado de antecedentes criminais ou documento equivalente emitido pelo país de origem legalizado e traduzido, no Brasil, por tradutor público juramentado, observada a Convenção sobre a eliminação da exigência de legalização de documentos públicos estrangeiros, promulgada pelo Decreto nº 8.660, de 29 de janeiro de 2016 (Brasil, 2022, grifo nosso).

A princípio, a referida exigência visa atender a previsão do inciso IV do artigo 65 da Lei nº 13.445/2017 segundo a qual o interessado na naturalização ordinária brasileira deve “não possuir condenação criminal ou estiver reabilitado, nos termos da lei” (Brasil, 2017b). No entanto, pode ser extremamente difícil a obtenção desse documento.

A dificuldade em obter essa certidão pode surgir para o imigrante que passou a residir no Brasil aos 10 anos de idade. Esse imigrante não pode obter a naturalização provisória porque não preenche o requisito etário²⁴. Ele apenas poderá requerer a naturalização brasileira quando adquirir

²¹ O artigo 70 da Lei de Migração prescreve que “a naturalização provisória poderá ser concedida ao migrante criança ou adolescente que tenha fixado residência em território nacional antes de completar 10 (dez) anos de idade e deverá ser requerida por intermédio de seu representante legal”. Esclarece o parágrafo único que “a naturalização prevista no *caput* será convertida em definitiva se o naturalizando expressamente assim o requerer no prazo de 2 (dois) anos após atingir a maioridade” (Brasil, 2017b).

²² Consultar dados oficiais em <http://bit.ly/3UmsPJJ>.

²³ Nos termos do artigo 65 da Lei nº 13.445/2017, será concedida a naturalização ordinária àquele que, além de outras condições, tiver residência em território nacional, pelo prazo mínimo de 4 (quatro) anos; este prazo será reduzido para, no mínimo, 1 (um) ano se o naturalizando tiver filho brasileiro, cônjuge ou companheiro brasileiro e não estar dele separado legalmente ou de fato no momento de concessão da naturalização. O artigo 70, por sua vez, prevê a concessão da naturalização provisória ao imigrante, criança ou adolescente, que tenha fixado residência em território nacional antes de completar 10 (dez) anos de idade a ser requerida por seu representante legal (Brasil, 2017b).

²⁴ O artigo 244 do Decreto nº 9.199, de novembro de 2017, que regulamenta a lei nº 13.445/2017 prescreve que: “a naturalização provisória poderá ser concedida ao migrante criança ou adolescente que tenha fixado residência no território nacional **antes de completar dez anos de idade** e deverá ser requerida por intermédio de seu representante legal” (Brasil, 2017a, grifo nosso).

sua capacidade civil ao completar 18 anos de idade²⁵. Então, passados 8 anos de residência no Brasil, sem retornar ao seu país de origem, esse imigrante ainda deverá apresentar a referida certidão de antecedentes criminais expedida por seu país de origem legalizada e traduzida.

Essa exigência pode impossibilitar a solicitação da naturalização brasileira, pois pode demandar que o imigrante viaje ao seu país de nascimento. Impossibilitado, esse estrangeiro pode ficar em condição jurídica irregular, viver à margem da lei e tornar sua permanência e integração no país ainda mais difícil.

Atualmente, com a crescente digitalização de bancos de dados, o Governo Federal, como grande gestor de políticas públicas, traria melhorias ao processo de imigração se aceitasse certidões expedidas pela embaixada do país de origem em funcionamento no território brasileiro. Esse ajuste pode constituir ponto de partida importante para o aprimoramento da política pública da naturalização brasileira.

5 Considerações finais

A pesquisa sugere que arranjos institucionais restritivos impactam na política pública migratória brasileira. Categorias restritivas podem tornar migrantes mais vulneráveis à criminalização, fomentar déficits sociais estruturais e provocar exclusão social.

Detenções arbitrárias, deportações sumárias, discriminações, exigências onerosas e de complexa resolução dificultam a integração e podem conduzir o estrangeiro a percorrer o caminho da irregularidade. Esses entraves contrariam os princípios declarados na Nova Lei de Migração que ampliou a perspectiva humanista na política migratória brasileira. Essa ampliação de direitos, por si só, não garante melhores condições de vida.

Obstáculos ao diálogo e falta de empatia dificultam o acolhimento e promovem abertura para a construção de relações sociais assimétricas. Como pontua Bauman (2016, p. 13-15), “constroem-se muros ao invés de entendimento, pontes e caminhos”. A solução passa pela formulação de políticas públicas mais humanas, acolhedoras e inclusivas.

Fronteiras precisam ser ultrapassadas. Novas pontes necessitam ser construídas. Esse trajeto favorece o entendimento mútuo, a consideração recíproca e facilita acordos. Não é caminho fácil nem simples, mas benéfico e cooperativo. O universal não comporta exceções. Empatia é

²⁵ Nos termos do artigo 233: “no procedimento para a concessão de naturalização ordinária, deverão ser comprovados: I - capacidade civil, segundo a lei brasileira;” (Brasil, 2017a).

porta a ser aberta por dentro, mas é preciso escolher escutar as batidas em nossa porta, abri-la, decifrar as mensagens e dialogar.

Referências

ALIVERTI, Ana. Benevolent policing? Vulnerability and the moral pains of border controls. *The British Journal of Criminology*, London, v. 60, n. 5, 2020a. Disponível em: <https://tinyurl.com/2defmon5>. Acesso em 03 set. 2024.

ALIVERTI, Ana. Patrolling the ‘Thin Blue Line’ in a world in motion: An exploration of the crime– migration nexus in UK Policing. *Theoretical Criminology*, [s. l.], v. 24, n. 1, p. 8–27, 2020b. Disponível em: <https://tinyurl.com/2augv34m>. Acesso em: 3 set. 2024.

ALVES, Laís Azeredo. *Crimigração como prática securitária no Aeroporto de Guarulhos (2010-2017)*. 2019. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Universidade Estadual Paulista, Universidade Estadual de Campinas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3v5rqtO>. Acesso em: 13 jul. 2024.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Mudança do Paradigma Repressivo em Segurança Pública: reflexões criminológicas críticas em torno à proposta da 1º Conferência Nacional Brasileira de Segurança Pública. *Sequência*, Florianópolis, v. 34, n. 67, p. 341-342, dez. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n67p335>. Acesso em: 11 jul. 2024.

ARAÚJO, Dina Santos *et al.* Um convite às teorias e conceitos sobre migrações internacionais. In: SILVA, Leonardo Cavalcanti da *et al.* (org.). *Dicionário crítico das migrações internacionais*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2017. p. 11-30.

BABIC, Bojana. Migrações Sul-Sul. In: SILVA, Leonardo Cavalcanti da *et al.* (org.). *Dicionário crítico das migrações internacionais*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2017. p. 476-484.

BASSANEZI, Maria Sílvia. Mulheres que vêm, mulheres que vão. In: PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. *Nova História das mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2013. p. 169-193.

BAUMAN, Zygmunt. *Extranños llamando a la puerta*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Paidós, 2016.

BEANINGUER, Rosana. Introdução. In: BAENINGER, Rosana *et al.* (org.). *Migrações Sul-Sul*. 2. ed. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3ODXNqg>. Acesso em: 27 jul. 2022. p. 13-14.

BRASIL. *Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017*. Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Brasília: Presidência da República, 2017a. Disponível em: <https://bit.ly/3P4dp7B>. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Brasília: Presidência da República, 2017b. Disponível em: <https://bit.ly/3NYv12d>. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. *Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980*. Definiu a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e criou o Conselho Nacional de Imigração. Brasília: Presidência da República, 1980. Disponível em: <https://bit.ly/3RCqyX5>. Acesso em: 15 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.494, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: <https://bit.ly/2zTdOo5>. Acesso em: 27 jul. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Portaria nº 623, de 13 de novembro de 2022. Dispõe sobre os procedimentos de naturalização, de igualdade de direitos, de perda da nacionalidade, de reaquisição da nacionalidade e de revogação da decisão de perda da nacionalidade brasileira. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, edição 219, p. 66, 13 nov. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3ASQo2c>. Acesso em: 14 jul. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Portaria nº 666, de 25 de julho de 2019. Dispõe sobre o impedimento de ingresso, a repatriação e a deportação sumária de pessoa perigosa ou que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, edição 219, p. 166, 26 jul. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/26jtofrs>. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Justiça. *Migração no Brasil*: Boletim Informativo: N.º 1 – Agosto/2024. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2024. Disponível em: <https://tinyurl.com/25gdzml>. Acesso em: 14 jul. 2024.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Secretaria de Comunidades Brasileiras e Assuntos Consulares e Jurídicos. *Comunidades Brasileiras no Exterior: Ano-base 2023*. Brasília, DF: Ministério das Relações Exteriores, 2024b. Disponível em: <https://bit.ly/4g5iTNd>. Acesso em: 29 agosto 2024.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). *A Política Pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2zDIBKG>. Acesso em: 28 maio 2024.

DAMASCENO, Victoria. O Brasil tem repulsa de imigrantes negros, diz socióloga. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 7 fev. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/4872bYu>. Acesso em: 26 jul. 2024.

ECO, Umberto. *Migração e Intolerância*. Rio de Janeiro: Record, 2020.

GADOTTI, Moacir. *Interdisciplinaridade: atitude e método*. São Paulo: Instituto Paulo Freire, 1999. Disponível em: <https://bit.ly/3cholug>. Acesso em: 28 maio 2024.

GARLAND, David. *A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GEISELBERGER, Heinrich. *A grande regressão: um debate internacional sobre os novos populismos: e como enfrentá-los*. São Paulo: Estação Liberdade, 2019.

GRECO, Pedro Teixeira Pinos; FOLENA, Jorge Rubem. Seletividade e Utilitarismo nas Imigrações Internacionais para o Brasil. Existiria um Direito Internacional do Inimigo no Brasil? *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, Bauru, v. 10, n. 1, p. 217-234, jan./jun. 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.5016/ridh.v10i1.117>. Acesso em: 13 jul. 2024.

GUIA, Maria João. As fronteiras da imigração, crime e “crimigração”. In: INSTITUTO INTERNACIONAL CASA DE MATEUS. *Fronteira*. Vila Real: Instituto Internacional Casa de Mateus, 2013. p. 30-38. (Cadernos Mateus Doc, 5). Disponível em: <https://tinyurl.com/26fm6yx2>. Acesso em: 28 jul. 2024.

GUIA, Maria João; PEDROSO, João. A insustentável resposta da “crimigração” face à irregularidade dos migrantes: uma perspectiva da União Europeia. *REMHU, Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, Brasília, v. 23, n. 45, p. 129-144, jul/dez. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/4cThu9P>. Acesso em: 4 set. 2024.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM). *World Migration Report 2022*. Genebra: International Organization for Migration, 2022. Disponível em <https://bit.ly/3TkIJTc>. Acesso em: 28 ago. 2024.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LAGO, Mayra Coan; LANZA, André Luiz. COVID-19, migrações e MERCOSUL. *Campos Neutrais - Revista Latino-Americana de Relações Internacionais*, Rio Grande, v. 4, n. 2, p. 94–115, 2022. DOI: 10.14295/rcn.v4i2.14660. Disponível em: <https://tinyurl.com/2846sy5x>. Acesso em: 3 nov 2023.

MACEDO, Janaína Santos. Bauman e as migrações a partir da perspectiva dos direitos humanos. *Revista Café com Sociologia*, Maceió, v. 6, n. 2. p. 404-414, maio/jul. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3vXU2Wj>. Acesso em: 13 ago. 2024.

MANJABOSCO, Adrielle Marlene. *(In)desejáveis? Trabalho Migrante e Precarização em tempos de crise*. 2020. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3Q2FYCf>. Acesso em: 27 jul. 2024.

MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *Política Pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp, 2013.

MONCLÚS MASÓ, Marta. *La gestión penal de la inmigración: el recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

MORAES, Ana Luisa Zago. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil*. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3QJxIdI>. Acesso em: 24 out. 2024.

NAZARÉ, Anelise Trindade de; GOMES, Marcus Alan de Melo. Criminalização das migrações: um panorama da política migratória brasileira nos anos recentes. In: CENCI, Daniel Rubens *et al.* (org.). *Direitos Humanos e Democracia: desafios jurídicos em tempos de pandemia*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020. p. 140-149.

PATARRA, Neide Lopes. Migrações Internacionais De e Para o Brasil Contemporâneo: volumes, fluxo, significados e políticas. *São Paulo Em Perspectiva*, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 23-33, jul./set. 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3qWu96i>. Acesso em: 11 jul. 2024.

POLETTO, Ivo. Migração: direito ou subversão? *REMHU, Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, Brasília, v. 14, n. 26/27, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3Dk2zqY>. Acesso em: 14 jul. 2024.

PÓVOA NETO, Helion. Carta aos leitores. *Zero a Seis*, Florianópolis, v. 23, n. 43, p. 365-369, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3OxOJVA>. Acesso em: 13 set. 2024.

SILVA, Kelly Cardoso da. *Direito Penal do Inimigo: aspectos jusfilosóficos e normativos*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

STORY, Brett. *Politics as Usual: The Criminalization of Asylum Seekers in the United States*. Oxford: University of Oxford, 2005. (RSC Working Paper, 26). Disponível em: <https://bit.ly/3cuyTfx>. Acesso em: 20 jul. 2024.

STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review*, Washington, v. 56, n. 2, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3Pr17ZC>. Acesso em: 20 jul. 2024.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; CANÇADO, Mayara Lopes. Políticas Públicas de Proteção à Vítima: Uma proposta de arranjo institucional de Segurança Pública. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 15, n. 20, p. 32-58, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3ewo1cE>. Acesso em: 28 maio 2024.

UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. *International Migration Report 2017*. New York: United Nations, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2Pa0kLC>. Acesso em: 28 jun. 2024.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

A influência da liderança feminina em ações do CNJ para impulsionar a presença de mulheres no Poder Judiciário - seria Rosa o conselho de Weber?

The influence of female leadership in CNJ actions to boost the presence of women in the judiciary - would Weber's council be Rose?

Janaina Berno Lopes Werneck Lima* 

Tayanna Chaves Lago** 

Resumo: Garantir a participação das mulheres na liderança, em todos os níveis de tomada de decisão, na vida política, econômica e pública é uma das metas instituídas pela Organização das Nações Unidas (ONU) por meio da Agenda 2030. No Brasil, a paridade de gênero na ocupação de cargos de cúpula e de destaque no Poder Judiciário ainda segue como um desafio a ser alcançado. O objetivo deste trabalho foi avaliar a influência da liderança feminina no número de políticas encampadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para impulsionar a presença de mulheres no âmbito institucional. O recorte temporal foi a edição da Resolução CNJ nº 255/2018 (ao final da gestão da Ministra Cármen Lúcia na Presidência do CNJ), pela qual foi criada a "Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário". Buscou-se entender se houve relevante diferença quantitativa na promoção de normas e políticas nas três gestões subsequentes e já finalizadas, dos Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber. Os resultados demonstram que o tema foi tratado em todas as gestões e indicam que, de fato, a Ministra Rosa Weber atingiu a maior marca de produtividade nos dois grupamentos de ações avaliados, os atos normativos e os institucionais. Cabe ressaltar que fatores como a interferência da pandemia do Covid-19 na gestão do Ministro Luiz Fux e o mandato encurtado da Ministra Rosa Weber imputam viés à análise, indicando a necessidade de avaliação de mais gestões do CNJ, incluindo, evidentemente, a presidência de novas lideranças femininas.

Palavras-chave: Mulheres no poder, Conselho Nacional de Justiça, equidade de gênero, diversidade de gênero, Agenda 2030 da ONU.

Abstract: Ensuring women's participation in leadership positions at all levels of decision-making in political, economic, and public life is one of the goals established by the United Nations (ONU) through the 2030 Agenda for Sustainable Development. In Brazil, gender parity in the occupation of senior and prominent positions in the Judiciary remains a challenge to be achieved. The objective of this study was to evaluate the influence of female leadership on the number of policies adopted by the National Council of Justice (CNJ) to promote the presence of women in the Judiciary. The study starts with the publication of CNJ Resolution No. 255/2018 (at the end of Minister Cármen Lúcia's term as CNJ President), which published the "National Policy to Encourage Female Institutional Participation in the Judiciary". The aim was to understand whether there was a significant quantitative difference in the promotion of regulatory acts and policies in the three subsequent and concluded terms: Ministers Dias Toffoli, Luiz Fux and Rosa Weber. The results demonstrate that the topic was addressed in all terms and indicate that, in fact, Minister Rosa Weber achieved the highest productivity mark in the two groups of actions evaluated, normative and institutional acts. It is worth noting that factors such as the Covid-19 pandemic during the term of Minister Luiz Fux and the shortened term of Minister Rosa Weber biased the analysis, indicating the need to continue evaluating other CNJ mandates, including, naturally, the presidency of new female leaders.

Keywords: women in power, gender balance, gender equity, gender diversity, UN Agenda 2030.

Recebido em: 08/08/2024
Aprovado em: 23/12/2024

Como citar este artigo:
LIMA, Janaina Berno Lopes Werneck; LAGO, Tayanna Chaves. A influência da liderança feminina em ações do CNJ para impulsionar a presença de mulheres no Poder Judiciário - seria Rosa o conselho de Weber? Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, vol. 6, n. 3, 2024, p. 75-109.

*Universidade de Brasília.

**Universidade de Brasília.

1 Introdução

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem fomentado o debate acerca da inclusão feminina nos espaços de decisão. Existe um diálogo aceso e constante para estimular, com proposições e ações concretas, o incremento da participação de mulheres no Poder Judiciário, em igualdade com os homens, materializado por meio de normativos, campanhas, seminários, pesquisas, cursos e outros. Essa crescente preocupação do Conselho com a paridade de gênero no exercício dos cargos de magistratura e de direção no âmbito institucional segue a mesma trilha das diretrizes internacionais sobre o tema, incorporadas pelo Brasil.

Como se verá adiante, a diversidade de gênero no Poder Judiciário tem sido recorrente em pesquisas, sob os mais variados ângulos. Já foram esquadrihados os percalços do quantitativo de mulheres em comparação a homens nas várias instâncias e segmentos da carreira, a liberdade de manifestação dessas mulheres quando entre homens no exercício profissional, assim como as alterações de qualidade dos debates e da performance deliberativa colegiada ensejados pela presença feminina.

Em outra vertente, o que se busca compreender neste trabalho é a influência da liderança feminina no número de políticas encampadas pelo CNJ para impulsionar a presença de mulheres no Poder Judiciário, a partir da Resolução CNJ nº 255/2018 (BRASIL, 2018a). Uma vez dentro do Poder Judiciário e já nos cargos de cúpula, as mulheres geram ou motivam a geração, mais do que homens, de normas e ações que propiciem a entrada de mulheres nos espaços de poder, em igualdade com os homens?

No contexto do CNJ, após a criação da Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário (Resolução CNJ nº 255/2018), houve relevante diferença quantitativa na promoção de normas e políticas nas três subseqüentes gestões já finalizadas, duas masculinas e uma feminina (respectivamente, Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber)?

Assim, o trabalho parte da premissa de que a condução do CNJ por uma mulher impacta positivamente no quantitativo de ações para incremento da presença feminina no Poder Judiciário.

O trabalho está disposto em 6 capítulos. Além desta “Introdução”, o segundo capítulo indica a “Metodologia” aplicada. O terceiro capítulo, “As mulheres no Poder Judiciário: fatos e números”, apresenta a contextualização do tema, a partir de dados levantados do sítio eletrônico do CNJ e dos trabalhos constantes da bibliografia de referência, acerca da participação das mulheres no Poder Judiciário. O quarto capítulo, “Resultados”, está subdividido em dois grupos: (i)

“Resultados descritivos, individuais, por período completo de cada Presidência” – apresentação dos dados levantados, individualizados por biênio presidencial, em linha do tempo ascendente, seguida de breve descrição do teor de cada ato e/ou das discussões a ele referentes, assim como de eventuais providências dele decorrentes; e (ii) “Resultados descritivos e quantitativos por tema, por período completo de Presidência e por ano de gestão” – retrato, em gráficos, de toda a série analisada – concernente às 3 Presidências implicadas –, e disposição do quantitativo de atos normativos e de atos institucionais diversos, primeiro, por biênio de Presidência, e, em seguida, por ano de gestão e gênero. Por seu turno, o quinto capítulo, “Discussão”, busca promover a comparação e análise dos dados levantados, seguido das “Considerações finais”.

2 Metodologia

Este trabalho foi desenvolvido a partir da metodologia empírica, com base em análise descritiva e quantitativa, considerando recorte temporal e de gênero.

O levantamento de dados esteve centrado em dois objetivos: (i) quantificar os atos normativos e os atos institucionais diversos encampados pelo CNJ, referentes ao impulsionamento da presença de mulheres no Poder Judiciário, após a criação da Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, a partir da Resolução CNJ nº 255, de 4 de setembro de 2018 (BRASIL, 2018a); (ii) aferir a correlação entre a presença de uma mulher na liderança do CNJ e a quantidade de atos produzidos sobre a participação plena e efetiva das mulheres.

O recorte temporal eleito para levantamento dos dados foi o advento da referida Resolução, a partir da gestão do Ministro Dias Toffoli, com início em 2018, por ser a primeira Presidência do CNJ iniciada após a criação da Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. A coleta de informações cessou com o término do último ciclo de gestão presidencial integralizado até o presente momento, que se deu com a aposentadoria da Ministra Rosa Weber, em 2024. Foram desconsideradas duas gestões: (i) a da Ministra Cármen Lúcia, tendo em vista que deixou o comando do CNJ logo após a edição da Resolução CNJ nº 255/2018, e (ii) a do Ministro Roberto Barroso, por ainda estar em andamento.

A Resolução CNJ nº 255/2018 trouxe as determinações de criação de repositório nacional de mulheres juristas, de incentivo à participação de mulheres nos cargos de assessoria e chefia, de realização de seminário nacional com periodicidade anual para proposições concretas e

fortalecimento da política antidiscriminatória, assim como de estímulo à paridade de gênero no ambiente institucional do Poder Judiciário, em bancas de concurso, em eventos institucionais e na composição de coletivos de livre nomeação.

Dentro desse contexto, o foco da pesquisa esteve nos atos relacionados às políticas antidiscriminatórias nas 3 vertentes seguintes: (i) participação institucional feminina no Poder Judiciário e impulsionamento de mulheres magistradas aos espaços de poder; (ii) paridade de gênero nas bancas e comissões de concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura; (iii) e julgamento com perspectiva de gênero.

A opção pela triagem de atos normativos se deu por configurarem importante indicador da atenção dada pelo CNJ à política de gênero, pois são atos que ultrapassaram os limites dos debates e materializaram iniciativas e regras a serem implementadas no âmbito do Poder Judiciário para a concretização do combate à disparidade de gênero. Assim, na categoria “atos normativos”, foram abrangidas todas as espécies constantes do sítio eletrônico do CNJ, conforme o caminho: aba “O CNJ”, “Atos Normativos”. Primeiro, a busca se deu no campo “tema”, com a seleção da opção “igualdade de gênero”. Após, no campo “argumento”, foram pesquisadas em buscas individuais sucessivas as palavras “mulher”, “feminina”, “magistradas”, “agenda 2030” e “gênero”. Nessa categoria, também foram considerados para fins de resultado os normativos que ensejaram alteração em atos anteriores, desde que presentes indicativos de novos debates e de aprimoramento de ações. Foram descartados os atos de mera alteração de componentes de grupos de trabalho e os atos que apenas prorrogaram prazos para os trabalhos desses grupos.

Atos institucionais diversos foram a gênese de muitas das normas editadas pelo CNJ. Implicaram agrupamento de pessoas, detalhamento de projetos, destinação de orçamento e retrataram a dedicação do órgão com a temática da política de gênero. Foram o ponto de partida de discussões, conscientização institucional, identificação de problemas, fonte de sugestões e, principalmente, impulsionaram normativos que efetivamente cuidaram de solucionar as disparidades verificadas. Além disso, a identificação dos temas que obtiveram maior atenção do CNJ pode subsidiar futuros trabalhos baseados em análises qualitativas.

Como “atos institucionais diversos”, a pesquisa documental considerou seminários, debates, relatórios, dossiês, cursos, treinamentos, artigos de revista e periódicos, obtidos a partir de do sítio eletrônico do CNJ, no campo “Programas e Ações”, subcampo “Política e Participação Feminina”, assim como do campo “Justiça em Números”, “2024”, contendo informações do “ano-base 2023”.

3 As mulheres no Poder Judiciário: fatos e números

Houve um momento em que importantes postos das principais organizações do sistema da justiça brasileira foram ocupados por mulheres. Em setembro de 2017, a Ministra Cármen Lúcia se tornou a segunda mulher a ocupar o posto de Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do CNJ, a Ministra Laurita Vaz foi a primeira mulher a preencher o cargo de Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Raquel Dodge figurava como a primeira Procuradora-Geral da República (PGR), e a Ministra Grace Mendonça foi primeira mulher a comandar a Advocacia-Geral da União (AGU) (BÓGEA, 2021, p. 104).

Seria um indicativo de que as instituições do Poder Judiciário caminham no sentido da igualdade de gênero? Os números atuais desencorajam uma resposta afirmativa.

A partir dos Censos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Bonelli e Oliveira (2020, p. 145) registram que em 1980 havia 24,6% mulheres bacharéis em direito no Brasil, no Censo de 2010 as mulheres representavam 46,2% desse número, e, em 2012, dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) apontavam que o percentual de 51,5% do número total de matrículas nos cursos de direito correspondia a mulheres. Não obstante esses percentuais crescentes sugerissem que o incremento da participação feminina também se refletiria na magistratura, a expectativa ainda não se concretizou.

Apesar da maior heterogeneidade na magistratura, não é possível afirmar que o Poder Judiciário atual constitui ambiente representativo da diversidade, muito menos que haja diversidade em todos os seus níveis (ALMEIDA, 2024, p. 8). Assim, mais do que políticas para reserva de vagas, faz-se mister elaborar estratégias que concretizem a maior representatividade do grupo feminino, em especial nos níveis em que paridade é mais deficitária (ALMEIDA, 2024, p. 14).

Debruçadas sobre a dinâmica de gênero na magistratura, Bonelli e Oliveira (2020, p. 155) concluem que o passar do tempo, por si só, não se configura como um fator de equidade na carreira e destacam o desprezo de autoras nacionais e internacionais sobre a ideia de que o gap de gênero tende a ser reduzido com o tempo e a progressão na carreira, realçando dados que demonstram a constância da desvantagem das mulheres nas oportunidades de progressão na carreira em comparação com os homens que ingressaram na magistratura no mesmo período.

Em relatório de 2018, o CNJ mostrava que as mulheres correspondiam a apenas 38% dos magistrados ativos. Seccionados os dados por segmento da Justiça, a menor proporção estava na Justiça Federal, com 32% de participação feminina, e a maior concentração na Justiça do Trabalho,

com 47%, seguida pela Justiça Estadual, com 36%. Outro dado relevante do período é que 14% dos homens atingiram o cargo de desembargadores, enquanto apenas 7% das mulheres na magistratura chegaram à posição (BONELLI; OLIVEIRA, 2020, p. 150).

O CNJ tem aprimorado o mapeamento do perfil funcional do Poder Judiciário do Brasil, embasado no sistema Módulo de Produtividade Mensal (MPM/CNJ), que permite o acompanhamento contínuo da Política Nacional de Participação Feminina do Poder Judiciário (BRASIL, 2024a, p. 107). O diagnóstico do relatório Justiça em Números 2024, atualizado com as informações registradas pelos tribunais no sistema MPM até o final de abril de 2024, não indica mudança significativa no quadro de disparidade verificado em 2018.

Tendo como referência o índice de 38% apurado em 2018, em 2024 a média nacional de mulheres magistradas foi decrescente, chegando ao patamar de 36,8%, em contraposição a 59,8% de homens na magistratura¹ (BRASIL, 2024a, p. 107).

Por segmento, ao final de abril de 2024, a Justiça Federal contava com 31,3% de participação feminina, a Justiça Estadual com 38,2% e a maior concentração permanecia na Justiça do Trabalho, com 39,7%. Nesta seara, da mesma maneira, não houve avanços de representatividade (BRASIL, 2024a, p. 27).

Considerada a distribuição dos cargos, quanto mais elevado o nível na carreira, menor a proporção de participação feminina: o percentual de juízas de primeiro grau é de 39%, as mulheres alçadas ao cargo de desembargadoras correspondem a 23,9% e 18,8% são as que conseguem atingir a posição de ministras (BRASIL, 2024a, p. 27; p. 107-108).

Desde a instalação do STF, em 28 de fevereiro de 1891, dos 172 Ministros que já integraram a Corte, apenas 3 nomeações foram direcionadas a mulheres: Ellen Gracie (dezembro de 2000), Cármen Lúcia (junho de 2006) e Rosa Weber (dezembro de 2011). Acrescente-se que nunca ocuparam espaço na Corte mais de duas Ministras em atividade simultaneamente e que, desde a aposentadoria de Weber, em setembro de 2023, o STF voltou a contar com apenas uma Ministra em sua composição (BRASIL, 2024, p. 27). Até abril de 2028, quando se dará a próxima aposentadoria compulsória de membro do STF, não há perspectiva de alteração desse quadro.

Esse fato ganha relevo ante a perspectiva de que a legitimidade dos tribunais está intrinsecamente ligada à qualidade de seu processo deliberativo, que tem na diversidade de gênero um dos instrumentos de aperfeiçoamento da tomada de decisão. Tribunais são locais em que as

¹ Feito paralelo com a participação feminina na magistratura em países da União Europeia, o Brasil só não teve menor representatividade que Liechtenstein, com registro de percentual de 27,4% (BRASIL, 2024a, p. 109).

decisões decorrem de ponderações colegiadas e, quanto maior a diversidade dos julgadores, melhor e mais abrangente será a atividade decisória. Numa abordagem procedimental da diversidade de gênero, o judiciário seria ambiente propício a que homens e mulheres julgadores conjugassem experiências, valores e opiniões diferentes. Esse agregar de diferentes visões de mundo elevaria qualitativamente o resultado da análise de temas constitucionais (BÓGEA, 2021, p. 111-112).

Mesmo ocupando espaços de poder, ainda assim as mulheres podem estar sujeitas ao viés de gênero. Em pesquisa direcionada ao comportamento dos membros do STF durante as interações no processo decisório, abarcando a análise de todas as decisões das turmas e do plenário entre 2001 e 2013, o impacto da variável gênero no ambiente colegiado não se mostrou relevante quanto aos pedidos de vista (GOMES et al, 2018, p. 868), mas os resultados apontaram maior probabilidade de divergência quando o relator é do sexo feminino – as mulheres contabilizam 20% a mais de votos vencidos que os homens ou, se considerados apenas os casos submetidos ao Plenário, o percentual sobe para 37% (GOMES et al, 2018, p. 869; p. 872).

Por outro lado, conforme Severi (2016, p. 97), as afirmações de que o aumento percentual de magistradas tornaria os tribunais mais receptivos às demandas formuladas por mulheres, fortalecendo a perspectiva de gênero nos processos decisórios, constituem hipóteses não confirmadas na literatura estrangeira. Inclusive, nas entrevistas realizadas no bojo da pesquisa capitaneada por Severi (2016, p. 98), reiteradamente as respostas consideraram que juízas não seriam mais comprometidas do que os homens com a efetivação de direitos das mulheres ou com pautas feministas. Ademais, revelaram a existência de um esforço diário das juízas para ocultar “traço de gênero” em suas decisões, a fim de evitar reações negativas advindas de homens e acusações de parcialidade.

Há que se falar, ainda, do chamado “telhado de vidro”, espécie de barreira invisível relacionada ao gênero, que se põe como obstáculo ao acesso feminino aos cargos de cúpula (BARBALHO, 2024, p. 18). Trata-se de um fenômeno internacional, que explica o fato de o crescimento quantitativo das ingressantes na magistratura ser desproporcional ao avanço qualitativo na carreira (BARBALHO, 2024, p. 69). Essa barreira ao crescimento feminino é potencializada nas searas em que os traços de gênero predominam, tais como família e filhos, de modo que o ideal de “neutralidade”, ínsito ao profissionalismo, relega as mulheres a papéis de segundo plano (BARBALHO, 2024, p. 168).

A legitimação cultural da invisibilidade feminina é uma das manifestações da violência de gênero sofrida por mulheres e meninas e enseja o “desafio de instituir campanhas, informes, ações públicas, institucionais e normativas capazes de reorientar à equidade com real perspectiva de extensão ao diálogo universal” (BRASIL, 2023p, p. 28-29).

De acordo com o 2º relatório parcial da pesquisa “A participação das Magistradas no Conselho Nacional de Justiça: trajetórias e vieses de gênero”, também no acesso ao CNJ vigoram as barreiras de gênero, sugerindo que a baixa representatividade feminina decorra de discriminação institucional, pelo emprego dessa neutralidade que termina por contribuir com a invisibilidade das mulheres (ENFAM, 2023, p. 59).

Na mesma vertente desses dados veiculados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (ENFAM), consta do “Histórico de Conselheiros” do portal eletrônico do CNJ que, de acordo com o ano de posse (ressalte-se que os mandatos dos conselheiros não são coincidentes entre si, nem com o período de gestão presidencial), a composição de conselheiras representava: em 2018, 27%; em 2019, 29%; em 2020, 43%; em 2021, 33%; e em 2022, última estatística fornecida, 20% (BRASIL, 2024b). Pela junção dos dados do “Histórico de Conselheiros” com a busca no ícone “Composição Atual”, foi possível verificar que: (i) na gestão do Ministro Dias Toffoli, 6 mulheres tiveram posse como conselheiras, em oposição a 5 homens; (ii) no biênio do Ministro Luiz Fux, foram 3 conselheiras, diante da posse de 12 homens; (iii) durante o ano em que a Ministra Rosa Weber esteve à frente do CNJ, até a finalização deste trabalho, além da Ministra, consta o registro de posse de apenas um conselheiro (BRASIL, 2024c).

Assentada a incontroversa sub-representação feminina no Judiciário (YOSHIDA, 2022, p. 52) – o problema é antigo, tem raízes culturais e permanece atual –, as barreiras se colocam desde antes do ingresso na carreira. Além de constituírem minoria entre os inscritos e apresentarem maior índice de reprovação em comparação aos concorrentes homens, uma vez dentro do quadro, Yoshida (2022, p. 61) aponta outros 7 obstáculos no percurso das mulheres: maior afetação da vida pessoal pelo exercício do cargo; maior número de perda de oportunidades de ascensão em razão do gênero; discriminação interseccional; atitudes discriminatórias; maior grau de dificuldade no exercício do cargo; menos indicações para cargos com critérios subjetivos de nomeação; e a promoção, especialmente por merecimento, permeada pelo “telhado de vidro” (YOSHIDA, 2022, p. 112).

A temática segue instigante.

A relevância da igualdade de gênero foi reconhecida na Agenda global 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), constituindo um dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). O Objetivo 5, consistente em “alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas”, contempla entre suas 9 metas: “garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública” (Meta 5.5) e, na mesma sintonia, “adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis” (Meta 5.b). Essa agenda de Direitos Humanos, aprovada em Assembleia Geral das Nações Unidas de 2018, nos termos da Resolução A/RES/72/279, é adotada por 193 Países, entre eles, o Brasil (ONU, 2018a).

Ao final da Presidência da Ministra Cármen Lúcia no CNJ, considerando, entre outros, o esforço para se alcançar o Objetivo 5 da Agenda 2030, foi editada a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, estabelecida por meio da Resolução CNJ nº 255, de 4 de setembro de 2018 (BRASIL, 2018a). O normativo determina a adoção de medidas tendentes a assegurar a igualdade de gênero no ambiente institucional do Poder Judiciário, com a proposição de diretrizes e mecanismos que orientem a atuação dos órgãos judiciais a fim de incentivar a participação de mulheres nos cargos de chefia e assessoramento, em bancas de concurso e como expositoras em eventos institucionais.

Ponto de partida deste estudo, a Resolução CNJ nº 255/2018 traz em seu artigo 1º a obrigação dirigida a todos os ramos e unidades do Poder Judiciário de adotar medidas para promover a igualdade de gênero no âmbito institucional (BRASIL, 2018a). Trata-se de relevante compromisso social com a promoção feminina nos espaços de poder, que demanda medidas concretas.

Observa-se, portanto, que a matriz da política de fomento à ampliação da participação institucional das mulheres no âmbito do Poder Judiciário foi estabelecida durante uma gestão feminina – o exercício da Presidência do CNJ pela Ministra Cármen Lúcia.

Adiante, seguem os resultados do estudo proposto, depois de investigado se a condução dos trabalhos do CNJ após a criação da Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário alterou o quadro de preocupação institucional com a equidade de gênero e se os parâmetros definidos na Resolução CNJ nº 255/2018 foram aplicados e incrementados, com mesma intensidade, por meio das subsequentes lideranças femininas e masculinas (BRASIL, 2018a).

4 Resultados

4.1 Resultados descritivos, individuais, por período completo de cada Presidência

4.1.1 Gestão do Ministro Dias Toffoli na Presidência do CNJ – 13/9/2018 a 9/9/2020

Demonstrando intuito de dar continuidade aos ditames da Resolução CNJ nº 255/2018, foi lançado o primeiro curso “A Mulher Juíza”, por iniciativa da ENFAM, com o apoio do CNJ. O curso, realizado no período de 15 a 17/5/2019, buscou estudar formas de estímulo e apoio às magistradas ao longo da carreira, além do desenvolvimento de estratégias para o aperfeiçoamento institucional (BRASIL, 2019a). Durante a abertura dos trabalhos, Maria Teresa Uille, conselheira do CNJ, descreveu o curso como o “marco institucional no Judiciário brasileiro de valorização das magistradas e do trabalho produzido por elas aos seus jurisdicionados” (BRASIL, 2019a).

O curso “A Mulher Juíza” teve em sua programação palestras das Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia (ENFAM, 2019). Contou, ainda, com a apresentação do “Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário”, pesquisa encaminhada pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (DPJ/CNJ), que detalhou a ocupação dos cargos por tribunal e por atividades de alta administração e de gestão (BRASIL, 2019b).

Os dados em questão, levantados com a finalidade de subsidiar o fortalecimento de políticas judiciárias voltadas à não discriminação, demonstraram que, em 2019, o Poder Judiciário possuía apenas 38,8% de juízas em atividade, sendo que a participação feminina havia aumentado apenas 1,2%, em comparação com os 10 anos anteriores (BRASIL, 2019b). Ressaltou-se, assim, a necessidade de adequação das metas do Poder Judiciário aos indicadores de ODS da Agenda global 2030 (BRASIL, 2019c), coordenada pelas Nações Unidas, por meio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), nos termos da Resolução A/RES/72/279.OP32, de 2018, da Assembleia Geral da ONU (ONU, 2018b).

Por meio da Portaria CNJ nº 88, de 28 de maio de 2019, foi instituído e regulamentado o Prêmio CNJ de Qualidade, em substituição ao antigo Selo Justiça em Números. Nesta primeira versão da premiação, no “Eixo da Governança”, havia previsão de atribuição de 10 pontos para observância do requisito “cumprir com a Resolução CNJ nº 255, de 4 de setembro de 2018” (BRASIL, 2019d).

Em 9 setembro de 2019, o Centro de Aperfeiçoamento de Servidores (CEAJUD) do CNJ lançou o curso “Comunicação, Judiciário, Gênero e Diversidade”, com o objetivo de capacitação de servidores de Tribunais para o gerenciamento dos óbices verificados na inclusão de diversidade. Nos módulos de trabalho, foram abordados o papel do Judiciário em face da Agenda 2030 da ONU, além de temas de gênero e uso de linguagem inclusiva na comunicação (BRASIL, 2019e).

Em 3 de março de 2020, a Portaria CNJ nº 44/2020 instituiu um Grupo de Trabalho (GT) com objetivo específico de propor mecanismos de ampliação da participação das mulheres nos processos seletivos de ingresso na magistratura, considerando a edição da Resolução CNJ nº 255/2018 (BRASIL, 2020a).

Como resultado dos trabalhos do Grupo, foi elaborado o relatório “A Participação Feminina nos Concursos para a Magistratura”, que forneceu dados adicionais ao “Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário” (BRASIL, 2020b, p. 8). Por intermédio dessa pesquisa adicional, buscou-se revelar a situação da participação feminina no Poder Judiciário, como subsídio para a formulação de políticas públicas judiciárias que promovam a concretização da igualdade de gênero (BRASIL, 2020b, p. 8). O trabalho partiu de dados apontados no Diagnóstico, pelos quais, não obstante a essencialidade da participação feminina no Poder Judiciário para os ideais da democracia, verificou-se baixa representatividade feminina na magistratura brasileira (BRASIL, 2020b, p. 7). Em acréscimo ao anterior estudo, apontou que esse quadro deficitário foi replicado na restrita presença de mulheres na composição das comissões organizadoras e das bancas examinadoras dos concursos de ingresso na magistratura, sugerindo resistência a que as mulheres pudessem ocupar espaços cujas escolhas são determinadas por critérios subjetivos (BRASIL, 2020b, p. 8). Destacou-se que a maior porcentagem de componentes mulheres em bancas e comissões de concursos estava na condição de suplente, exceto nas comissões organizadoras estaduais (BRASIL, 2020b, p. 13), e que em alguns segmentos, como a Justiça Militar, não foi registrada a presença de mulheres nas comissões organizadoras nem nas bancas examinadoras no período apurado (BRASIL, 2020b, p. 31).

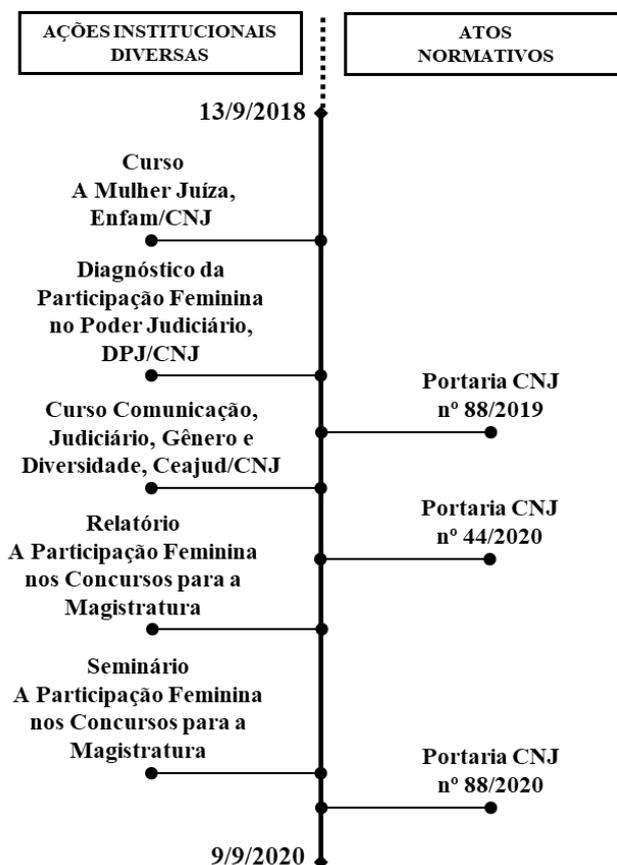
Para apresentação, análise e debate dos resultados do referido relatório, o CNJ promoveu, em agosto de 2020, de forma remota, o seminário intitulado “A Participação Feminina nos Concursos para a Magistratura”, em parceria com a ENFAM (BRASIL, 2020c). Na ocasião, conforme ponderou a juíza Tani Wurster, permitir que essa seara seja dominada por um mesmo segmento social de “homens brancos, de meia-idade, heterossexuais” restringe a influência dos demais atores sociais no resultado das tomadas de decisão nos espaços de poder. Entende a magistrada que a diversidade de olhares das mulheres pode agregar novas perspectivas para o

aperfeiçoamento das decisões (BRASIL, 2020c). Por seu turno, o Ministro Dias Toffoli, Presidente do órgão, ressaltou que o incentivo à presença feminina e ao tratamento igualitário é diretriz a ser adotada pela “alta administração dos tribunais” e fundamental para o fortalecimento da democracia (BRASIL, 2020d). O Ministro reforçou que os diagnósticos elaborados pelo CNJ contribuem para a formulação de políticas públicas destinadas ao fomento da equidade de gênero, nos termos da Constituição Federal (BRASIL, 2020d).

Ainda sob a Presidência de Dias Toffoli, foi publicada a Portaria nº 88, de 8 de junho de 2020, por meio da qual foi instituída a segunda edição do Prêmio CNJ de Qualidade, ano 2020. O cumprimento da Resolução CNJ nº 255/2018 novamente constou como item de avaliação, com atribuição de 10 pontos (BRASIL, 2020e).

Na linha do tempo abaixo, seguem as ações coordenadas pelo CNJ, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, em prol da participação feminina no Poder Judiciário (Figura 1):

Figura 1 - Linha do tempo das ações institucionais e atos normativos da gestão do Ministro Dias Toffoli na Presidência do CNJ, referentes à participação feminina no Poder Judiciário



Fonte: elaboração própria

4.1.2 Gestão do Ministro Luiz Fux – 10/9/2020 a 11/9/2022

Sob a Presidência do Ministro Luiz Fux, realizou-se, em 15 de dezembro de 2020, a 323ª Sessão Ordinária do CNJ, ocasião em que aprovada, por decisão plenária unânime, a proposta de recomendação aos Tribunais formulada no bojo do Ato Normativo 0010087-44.2020.2.00.0000, para observância de composição paritária de gênero na formação das comissões organizadoras e das bancas examinadoras de concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura. Por ocasião dos debates, a Conselheira do CNJ, Ivana Farina, afirmou que tais dados demonstraram haver maiores percentuais de aprovação de candidatas mulheres nos concursos em que também se verificou a maior participação de mulheres nas bancas examinadoras (BRASIL, 2020f).

Assim, com respaldo na referida decisão plenária, bem como nos dados das pesquisas “Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário” e “A Participação Feminina nos Concursos para a Magistratura”, estas realizadas durante a gestão do Ministro Dias Toffoli, foi elaborada a Recomendação CNJ nº 85, de 12 de janeiro de 2021 (BRASIL, 2021a), a fim de que os tribunais priorizem a igualdade de gênero nas composições referentes a comissões organizadoras e bancas examinadoras de concursos públicos para ingresso na magistratura.

Sobreveio a Portaria CNJ nº 27, de 2 de fevereiro de 2021, pela qual criado GT voltado ao incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário, em atendimento às políticas nacionais estabelecidas pelas Resoluções CNJ nº 254/2020 e nº 255/2020 (BRASIL, 2021b).

Durante a 325ª Sessão Ordinária, em 23 de fevereiro de 2021 (BRASIL, 2021c), foi aprovada proposta de resolução em prol da obrigatoriedade do uso de flexão de gênero na comunicação social e institucional do Poder Judiciário para nomear profissão e designações. O Ministro Luiz Fux, relator da proposta, ressaltou que o princípio da igualdade é um dos pilares da Administração Pública e dela exige ações afirmativas para a eliminação da discriminação sexual, preconizando a igualdade entre os gêneros em direitos e obrigações (BRASIL, 2021d). Afirmou, ainda, que o “gênero masculino sempre foi utilizado para representar o sujeito universal, a totalidade da humanidade, sendo necessário marcar a existência de outro gênero, para além do hegemônico, com vistas à paridade estabelecida na Constituição Federal e ainda não completamente efetivada” (BRASIL, 2021d).

Assim, considerando a decisão plenária no julgamento do Ato Normativo 0007553-30.2020.2.00.0000 (325ª Sessão Ordinária/2021), e a importância de espaços democráticos e institucionais com tratamento igualitário, a Resolução CNJ nº 376, de dois de março de 2021,

tornou obrigatório o emprego da flexão de gênero para nomear profissões ou demais designações na comunicação social e institucional no âmbito do Poder Judiciário nacional (BRASIL, 2021e).

Com intuito de ampliação das discussões acerca da representatividade feminina, em 8 de março de 2021, o CNJ, em conjunto com o STJ, promoveu o talk show intitulado “O Poder é Delas: Desafios e Realidade”. No evento, foram abordados tópicos como a importância do aumento da representatividade feminina no Judiciário para a efetivação dos direitos humanos das mulheres, desafios das mulheres para ocupação de espaços de poder e a necessidade de formulações de políticas públicas que contribuam para um trabalho livre de assédio e menos preconceituoso (BRASIL, 2021f).

Destaca-se que, pela Portaria CNJ nº 135, de 6 de maio de 2021, foi instituído o Prêmio CNJ de Qualidade referente ao ano de 2021 (BRASIL, 2021g). Sobreveio alteração do normativo pela Portaria CNJ nº 151, de 26 de maio de 2021, para inserir como parâmetro de pontuação, no “Eixo da Governança”, a instituição da Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, com a atribuição de 25 pontos (BRASIL, 2021h). No formato atual, há possibilidade de enquadramento do Tribunal premiado nas categorias “Diamante”, “Ouro” e “Prata” e, conforme os novos indicadores técnicos, houve inclusão do equilíbrio de gênero em bancas examinadoras dos concursos e nas comissões organizadoras para ingresso na carreira da magistratura como critério de pontuação, o que viabiliza, inclusive, maior monitoramento das ações de fomento à participação institucional feminina realizadas pelos Tribunais (BRASIL, 2021i).

No âmbito da 337ª Sessão Ordinária do CNJ, realizada em 31 de agosto de 2021, foram discutidas medidas para melhoria da Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. No afã de facilitar a inclusão de mulheres juristas em eventos e ações, aprovou-se a proposta veiculada no Ato Normativo nº 0006423-68.2021.2.00.0000, referente à criação de um repositório on-line para cadastramento de dados de mulheres juristas com expertise nas diferentes áreas do Direito – projeto “Cite uma Mulher” (BRASIL, 2021j).

Na esteira da reportada deliberação Plenária, e considerada a necessidade de promoção de ações para o incremento da participação feminina em eventos institucionais, em citações de obras jurídicas de referência e em comissões de concurso e bancas examinadoras, foi editada a Resolução CNJ nº 418, de 20 de setembro de 2021. Por meio dela, foi alterado o art. 2º da Resolução CNJ nº 255/2018, para nele inserir a determinação aos tribunais de criação de repositório online para cadastramento de dados de mulheres juristas. Nos termos da Resolução, incumbe ao CNJ manter

repositório nacional, enquanto cada Tribunal deve criar seu banco de dados, com atualização anual (BRASIL, 2021k).

Durante a 91ª Sessão Virtual do CNJ, referente ao período de 19 a 27/8/2021, em resposta ao Tribunal de Justiça do Acre (Consulta 0004730-49.2021.2.00.0000), o Conselho reforçou a necessidade de paridade de gênero em bancas de concurso para a magistratura (BRASIL, 2021l).

O lançamento do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021, em 19 de outubro de 2021, decorreu de pesquisa realizada pelo GT de incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário instituído pela supracitada Portaria CNJ 27/2021. Trata-se de mais um protocolo voltado ao alcance das diretrizes da Agenda 2030 da ONU (BRASIL; ENFAM, 2021m, p. 7). Além de tratar de questões teóricas sobre a igualdade de gênero, buscou orientar a atuação dos juízes nos julgamentos para promover maior igualdade entre homens e mulheres, rumo à superação das barreiras que impossibilitam a efetivação das promessas constitucionais de igualdade e dignidade a todas as brasileiras, sobretudo no ambiente judicial (BRASIL; ENFAM, 2021m, p. 9).

O CNJ realizou, em 4 de novembro de 2021, a 12ª edição dos “Seminários de Pesquisas Empíricas Aplicadas a Políticas Judiciárias”, cujo tema central foi a participação feminina no Poder Judiciário. O evento contou com a apresentação de duas importantes pesquisas, com dados sobre os desafios decorrentes do trabalho das mulheres na magistratura, evidenciando as dificuldades enfrentadas nas relações de gênero, que desembocam em desigualdades de oportunidades, assédio moral e sexual, além de sobrecarga de trabalho (BRASIL, 2021n).

A primeira pesquisa, “As mulheres da Justiça Federal da 1ª Região”, apresentada pela Comissão de Estudos sobre a Participação Feminina na Justiça Federal da 1ª Região (Comissão TRF1 Mulheres), coletou dados entre julho e agosto de 2020 junto a 1.443 mulheres: magistradas, servidoras, ocupantes de cargo em comissão, estagiárias e funcionárias terceirizadas de todas as seções judiciárias e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Os resultados, focados na pesquisa com as magistradas, apontaram que 50% das juízas já vivenciaram alguma reação negativa pelos colegas por serem mulheres, enquanto 55% alegaram já ter sofrido reações negativas por parte de outros profissionais em razão do gênero, além de 92,3% das entrevistadas jamais terem formalizado qualquer registro sobre a discriminação relatada (BRASIL, 2021).

A segunda pesquisa, “Dificuldades na Carreira da Magistratura”, realizada pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), apresentou como resultados que: 53,2% das magistradas já sofreram atitudes discriminatórias pela condição de mulher dentro do ambiente de trabalho; a maior parte dessas atitudes, agressões verbais e/ou

violência psicológica foram praticadas por homens (advogados, partes e magistrados); 30% das magistradas concordam que a condição feminina dificulta/atrasa as promoções na carreira (ENAMAT, 2019, p. 43).

Ainda com o intuito de promover a pauta da igualdade feminina, o CNJ realizou, em 17 de março de 2022, webinar com o título de “Equidade de Gênero: a atuação da mulher nas instituições públicas”, no qual se discutiu a concretização da Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário (BRASIL, 2022a).

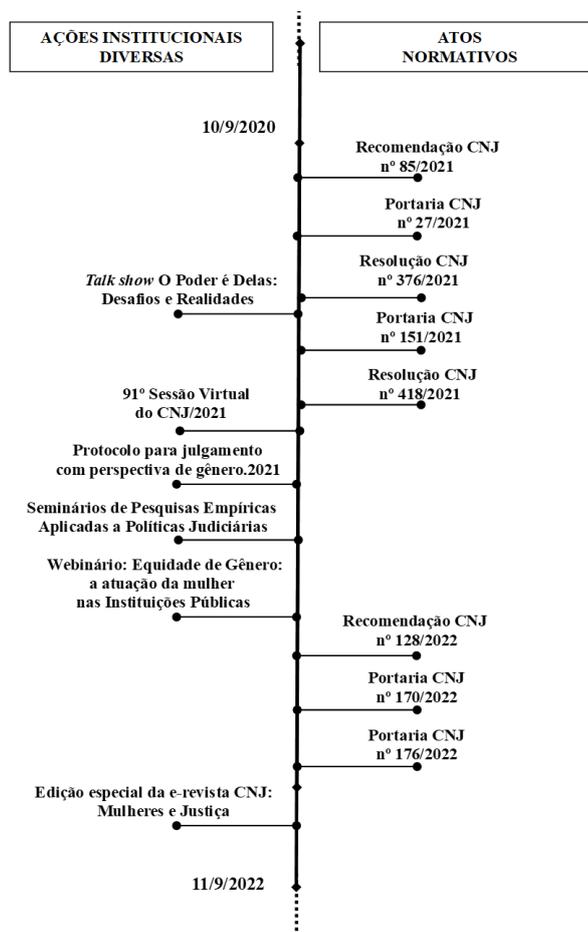
O Prêmio CNJ de Qualidade, ano 2022, nos moldes da Portaria CNJ nº 170, de 20 de maio de 2022, novamente teve entre os quesitos para pontuação a instituição da Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, acrescido para 30 pontos (BRASIL, 2022b).

A Portaria nº 176, de 27 de maio de 2022, instituiu o Repositório Nacional de Mulheres Juristas no âmbito do CNJ para cadastramento de dados de mulheres juristas com expertise nas diferentes áreas do Direito, nos termos da Resolução CNJ nº 418/2021. Trata-se de mais um instrumento de efetivação da Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, instituída pela Resolução CNJ nº 255/2018 (BRASIL, 2022c).

Em outra iniciativa com o objetivo de reforçar a participação plena e efetiva das mulheres na produção acadêmica sobre o Poder Judiciário, o Conselho apresentou a edição especial “Mulheres e Justiça” da Revista Eletrônica do CNJ (e-Revista CNJ), voltada à divulgação de artigos elaborados por pesquisadoras – recebidos por chamamento público e avaliados no sistema *double blind peer review* (BRASIL, 2022d). A edição em comento contou também com compilação de julgamentos do CNJ em temas relativos à igualdade de gênero, de 2005 a 2022, e com relato da Corregedora Nacional de Justiça, Ministra Thereza de Assis Moura, sobre sua trajetória acadêmica e profissional.

A liderança do CNJ pelo Ministro Luiz Fux promoveu a continuidade das ações previstas na Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, como retratado na Figura 2:

Figura 2 - Linha do tempo das ações institucionais e atos normativos da gestão do Ministro Luiz Fux na Presidência do CNJ, referentes à participação feminina no Poder Judiciário



Fonte: elaboração própria

4.1.3 Gestão da Ministra Rosa Weber – 12/9/2022 a 28/9/2023

O seminário “Mulheres na Justiça: Novos Rumos da Resolução CNJ. 255”, realizado no período de 17 a 18 de novembro de 2022, foi promovido para debate do tema da exclusão feminina dos espaços decisão e discussão de estratégias para alteração do quadro de sub-representação feminina (BRASIL, 2022e). O evento foi precedido do lançamento da campanha “21 dias de Ativismo pelo Fim da Violência contra Mulheres”, de iniciativa da ONU, incorporada pela primeira vez como política judiciária nacional do CNJ (BRASIL, 2023p, p. 9).

Com base nos trabalhos realizados no Seminário, ao final do evento, as participantes elaboraram a “Carta de Brasília pela igualdade de gênero no Poder Judiciário”. Na Carta, reconheceu-se a igualdade substancial como direito fundamental, bem como pressuposto para a democracia, ressaltando-se, contudo, que tal paridade ainda não foi alcançada (BRASIL, 2022f, p.

1). Pontuou-se, ademais, que as desigualdades entre homem e mulher, resultado de construções sócio-histórico-culturais e estereótipos de gênero, estão presentes nas atividades políticas, sociais, econômicas, incluindo-se a disparidade salarial e a sub-representação nos espaços institucionais de poder (BRASIL, 2022f, p. 1).

Neste contexto, foram dirigidas ao CNJ 20 medidas com intuito de efetivar a igualdade substancial entre homens e mulheres em todos os espaços do Poder Judiciário (BRASIL, 2022f, p. 2-3). Entre essas medidas, a promoção de ações que impulsionem o acesso de mulheres ao CNJ – a serem observadas inclusive nas listas de candidatos indicados –, além da ampliação dos debates sobre a participação feminina nos segmentos do CNJ e em cargos de chefia, mediante o fortalecimento de comitês de gênero e de raça nos Tribunais (BRASIL, 2022f, p. 2).

Sugeriu-se, ainda, a adoção de mecanismos para estimular mulheres a se inscreverem nas listas para promoção, remoção e indicação às vagas no Conselho, o fomento de metas de diversidade a fim de aumentar o número de candidaturas femininas para os cargos de liderança, assim como o implemento do princípio da representação paritária nos próprios organismos internos de decisão e nas nomeações para os organismos externos (BRASIL, 2022f, p. 2). Em acréscimo, recomendou-se a adoção de medidas concretizadoras da paridade de gênero entre titulares e suplentes nas comissões examinadoras e bancas de concurso para ingresso na magistratura, entre outros (BRASIL, 2022f, p. 3).

O documento propôs também a criação de um banco de dados por gênero e raça dos magistrados, conselheiros, ministros e servidores do Poder Judiciário, bem como a adoção da paridade de gênero nas Escolas Judiciais, com a criação de Núcleo de Gênero e a formação em Direito Antidiscriminatório pelas Escolas Judiciais (BRASIL, 2022f, p. 3).

Durante o Seminário, foram apresentados dados da pesquisa “A Participação Feminina no Conselho Nacional de Justiça: uma Política de Igualdade e Representatividade” (ENFAM), que demonstraram a necessidade de ações afirmativas para garantir uma composição paritária no âmbito do próprio CNJ, em cuja composição, desde sua criação, houve apenas 20% de mulheres (BRASIL, 2022g).

A ampliação da participação feminina na Justiça também foi o tema do programa “Link CNJ” na TV Justiça, de 1º de dezembro de 2022. À luz do “Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário 2019”, apontou-se a baixa participação feminina na magistratura, com registro de que, nos 10 anos anteriores, as magistradas ocuparam de 21% a 30%, em média, dos cargos de presidente, vice-presidente, corregedora ou ouvidora (BRASIL, 2022h). Os dados ensejaram

discussões acerca da pluralidade nos tribunais e das soluções para ampliação da participação feminina na Justiça.

Em homenagem ao mês da mulher, foi realizado nos dias 6 e 7 de março de 2023 o seminário “Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero: teoria e prática”, fruto de parceria do CNJ com o STJ (BRASIL, 2023a). Embora o foco do evento estivesse nas orientações para julgamento de casos judiciais, discutiu-se também a equidade de gênero, como os programas de capacitação que geram pontos aos tribunais no Prêmio CNJ de Qualidade. No discurso de abertura, a Presidente do CNJ, Ministra Rosa Weber enfatizou que o Poder Judiciário não está imune “à cultura de subjugação e de desqualificação do feminino de que impregnada a sociedade brasileira” (BRASIL, 2023b, p. 3), assentando a urgência da recomendação de que a prestação jurisdicional esteja imbuída do olhar de gênero, em prol da “igualdade entre homens e mulheres em sua acepção substantiva” (BRASIL, 2023b, p.1). Frise-se que a Ministra Cármen Lúcia, ex-Presidente do CNJ, também participou do evento.

Durante a 3ª Sessão Ordinária do CNJ, em 14 de março de 2023 (BRASIL, 2023c), no bojo do Ato Normativo nº 0001071-61.2023.2.00.0000, decidiu-se, por unanimidade, pela obrigatoriedade de observância pelos Tribunais das diretrizes previstas no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, providência que, até então, era apenas sugerida pela Recomendação CNJ 128/2022 (BRASIL, 2022i). Em decorrência dessa deliberação, o CNJ editou a Resolução CNJ nº 492, de 17 de março de 2023, pela qual determinou a capacitação de magistrados e magistradas quanto a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional, e criou o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário (BRASIL, 2023d).

Na 4.ª Sessão Virtual, realizada no período de 16 a 24 de março de 2023, foi julgado precedente Pedido de Providências proposto pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB), a fim de que, além da construção de um painel próprio para identificação do gênero dos magistrados segundo o cargo, raça/cor, idade, data de ingresso na magistratura, a partir de dados já existentes ou em desenvolvimento, passe a constar do Relatório Justiça em Números o quantitativo de mulheres nas carreiras da magistratura, por ramo de Justiça, estado, tribunal e instância, de modo a possibilitar o conhecimento sobre a eficácia das políticas públicas de inserção das mulheres também no Poder Judiciário (BRASIL, 2023e).

Adiante, na 4ª Sessão Ordinária, realizada em 28 de março de 2023, em apreciação ao Ato Normativo 0001902-12.2023.2.00.0000, foi aprovada proposta de alteração da Resolução CNJ nº 75/2009 (BRASIL, 2023f). Em decorrência dessa deliberação Plenária, foi editada a Resolução CNJ nº 496, de 3 de abril de 2023, que estabeleceu a obrigatoriedade de observância da paridade de gênero nas comissões examinadoras e bancas de concurso da magistratura, para titulares e suplentes (BRASIL, 2023g).

Em nova edição do Prêmio CNJ de Qualidade, referente ao ano 2023 (Portaria CNJ nº 82, de 31 de março de 2023), tal como na premiação do ano anterior, houve quesito no “Eixo Governança” para pontuação referente à instituição da Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, com aumento na atribuição de pontos para 35 (BRASIL, 2023h).

Por meio da Portaria CNJ nº 136, datada de 22 de maio de 2023, considerada a ODS 5 da Agenda 2030 da ONU, os dados do CNJ a revelar assimetria na representatividade feminina na ocupação de cargos no Judiciário e a Resolução CNJ nº 255/2018, instituiu-se o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, responsável pela elaboração de estudos e proposições para a ampliação da representação feminina (BRASIL, 2023i).

Em 30 e 31 de agosto de 2023, ocorreu a 2ª edição do encontro “Mulheres na Justiça: Novos Rumos da Resolução CNJ nº 255”, como forma de divulgar resultados de pesquisas sobre a participação feminina e promover o debate sobre novas estratégias para a implementação da Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário (BRASIL, 2023j). Na abertura do encontro, houve premiação de juízas por trabalhos nas áreas da “igualdade de gênero, inovação, direitos humanos e sociais”. A Ministra Rosa Weber, ao se pronunciar, destacou que a “ausência de mulheres nos postos de definição impacta a fiel observância do que se denomina prioridades comunitárias, produção de conhecimento em pautas inclusivas e as próprias definições das políticas de Estado” (BRASIL, 2023k). Na ocasião, a Ministra Cármen Lúcia pontuou a necessidade de modernização da Resolução CNJ nº 255/2018, aprovada durante sua gestão, enfatizando que “[o] tempo, agora, é de transformação” (BRASIL, 2023k).

As magistradas participantes do encontro redigiram a “Carta de Brasília pela igualdade de gênero no Poder Judiciário de 2023”, com propostas formuladas ao CNJ, organizadas em 6 eixos.

No primeiro, referente à Participação Feminina no STF, Tribunais Superiores e CNJ, foram sugeridas a adoção de medidas de incentivo a candidaturas femininas nas listas para os Tribunais Superiores, a criação de Resolução para garantir a paridade de gênero entre juízes convocados para

auxiliar a Presidência, Vice-Presidência e Corregedoria do CNJ, dos tribunais de segundo grau e superiores e, tal como já havia sido estabelecido na anterior “Carta de Brasília, pela igualdade de gênero no Poder Judiciário”, reforçou-se a importância de elaboração de normas para estabelecer a paridade de gênero na indicação e promoção de magistrados, em todos os seguimentos, inclusive perante o STF (BRASIL, 2023l, p. 2). Destacou-se manifesto reivindicando que a ministra Rosa Weber fosse sucedida por uma mulher, com entrega do documento ao Presidente da República, por meio de ato simbólico de mulheres subindo a rampa do Palácio do Planalto (BRASIL, 2023l, p. 2).

O segundo eixo refere-se à criação do “Prêmio de Valorização das Magistradas”, como instrumento de valorização da trajetória profissional, orientando-se pelos valores de humanidade, sensibilidade, inclusão social, eficiência e criatividade. Estabeleceu-se que a avaliação para concessão do prêmio deveria observar os critérios de impacto social da trajetória, ações e iniciativas realizadas; eficiência e continuidade da ação e gestão humanizada (BRASIL, 2023l, p. 2-3).

O terceiro eixo cuidou de demandas referentes a reflexões críticas sobre “Escolas Judiciais e Formação em Gênero, Raça e Direitos Humanos”, abordando o currículo do módulo introdutório do curso inicial de formação da magistratura, a oferta de cursos anuais sobre a temática, criação de premiações para decisões emblemáticas com perspectiva de gênero, criação de banco de dados sobre criações científicas de magistradas, entre outros (BRASIL, 2023l, p. 3-4).

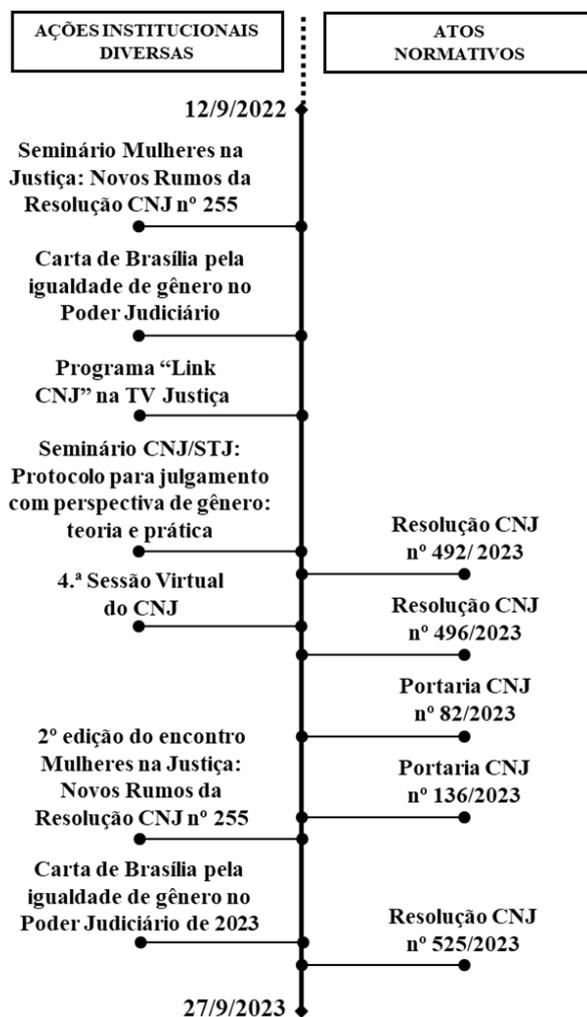
O quarto eixo tratou de “Prevenção e medidas para enfrentamento à violência praticada em face de magistradas e servidoras” e o quinto, de “Movimentos coletivos de magistradas e servidoras”, para guiar a atuação em prol da igualdade de gênero (BRASIL, 2023l, p. 4). O sexto eixo defende a “Reescrita de decisões judiciais em perspectivas feministas” (BRASIL, 2023l, p. 4).

Na 2ª Sessão Extraordinária, de 26 de setembro de 2023 (BRASIL, 2023m), última sessão plenária sob o comando da Ministra Rosa Weber, no julgamento do Ato Normativo 0005605-48.2023.2.00.0000, o CNJ acatou, por maioria, a proposta de alteração da Resolução CNJ nº 106/2010, que trata dos critérios objetivos para a promoção de magistrados e magistradas. Assim, tendo em conta a decisão exarada no referido Ato Normativo, a agenda 2030 da ONU (ODS 5), o déficit de representatividade feminina apurado por levantamentos do CNJ e, entre outros, as Cartas de Brasília, foi editada a Resolução CNJ nº 525, de 27 de setembro de 2023. Por meio dela, determinou-se aos Tribunais, para o preenchimento de vagas de segunda instância, a adoção de

uma lista exclusiva para mulheres nas promoções pelo critério do merecimento, de forma alternada com a lista mista tradicional, até o alcance da paridade de gênero nos Tribunais (BRASIL, 2023n). Por ocasião dessa referida sessão extraordinária, a Ministra Rosa Weber ponderou em seu voto que a ausência de mulheres nos tribunais compromete interesses sociais relevantes e a “legitimidade democrática das cortes”. Realçou que os homens “continuariam com amplas possibilidades de se tornarem desembargadores, pois o acesso ao 2.º grau continuaria aberto, só que de forma alternada por gênero” (BRASIL, 2023o).

A linha do tempo da atuação da Ministra Rosa Weber no comando do CNJ, contou com a promoção de eventos, documentos e atos normativos para aperfeiçoamento das políticas de incentivo à participação feminina institucional, conforme a Figura 3:

Figura 3 - Linha do tempo das ações institucionais e atos normativos da gestão da Ministra Rosa Weber na Presidência do CNJ, referentes à participação feminina no Poder Judiciário



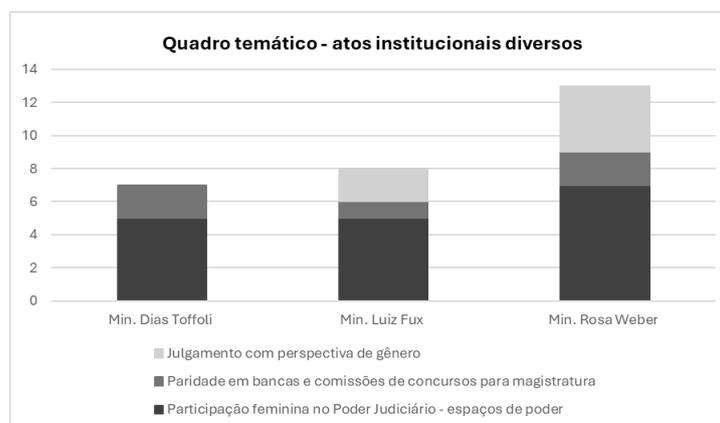
Fonte: elaboração própria:

4.2 Resultados descritivos e quantitativos por tema, período completo de Presidência e por ano de gestão

Este trabalho teve seu foco na investigação das políticas fomentadas pelo CNJ para combater o déficit de representatividade feminina nos espaços de poder e de destaque, a partir da Resolução CNJ nº 255/2018. Por meio desse normativo, foi editada a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, a fim de alcançar as diretrizes da Agenda 2030 da ONU, cujo Objetivo 5 é “alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas”.

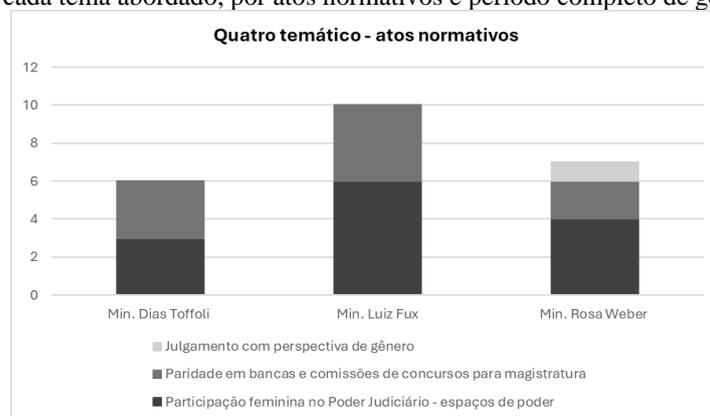
Nesse contexto, os dados levantados estiveram centrados nos temas “participação institucional feminina no Poder Judiciário”, “paridade de gênero nas bancas e comissões de concursos para ingresso na carreira da magistratura” e “julgamento com perspectiva de gênero”. Os resultados são mostrados nas figuras a seguir:

Figura 4 - Incidência de cada tema abordado, por atos institucionais diversos e período completo de gestão de cada Presidente



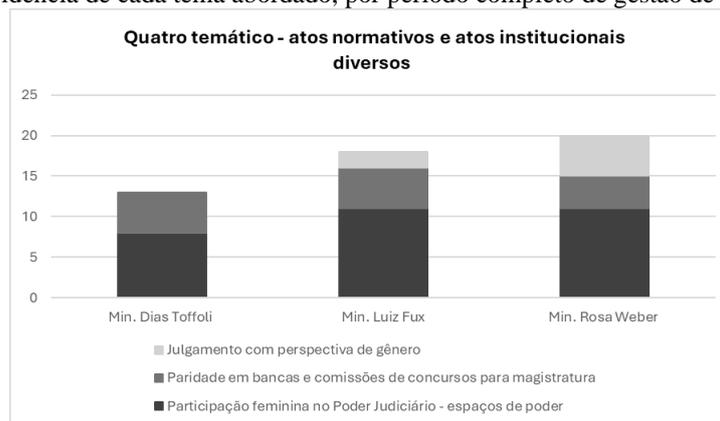
Fonte: elaboração própria:

Figura 5 - Incidência de cada tema abordado, por atos normativos e período completo de gestão de cada Presidente



Fonte: elaboração própria

Figura 6 - Incidência de cada tema abordado, por período completo de gestão de cada Presidente



Fonte: elaboração própria

Inicialmente, em referência às Figuras 4, 5 e 6, deve ser esclarecido que vários dos atos apurados trataram ao mesmo tempo de mais de um dos temas em foco, e todas as incidências foram computadas na respectiva categoria temática. Ou seja, para fins dos gráficos constantes das Figuras 4, 5 e 6, alguns dos atos do CNJ foram computados 2 ou até 3 vezes, conforme a diversidade de temas nele tratada.

Consoante referidos gráficos, o tema “julgamento com perspectiva de gênero” passou a ser objeto de atos do CNJ a partir da Presidência do Ministro Luiz Fux, atingindo os seguintes números: (i) em “atos institucionais diversos”, 2 incidências na gestão de Luiz Fux e 4 na de Rosa Weber; (ii) em “atos normativos”, apenas uma abordagem na gestão da Ministra.

Quanto ao tema “paridade em bancas e comissões de concursos para a magistratura”, registrou-se, para as gestões dos Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber, respectivamente: (i) em “atos institucionais diversos”, 2, 1 e 2 ocorrências; e (ii) em atos normativos, 3, 4 e 2.

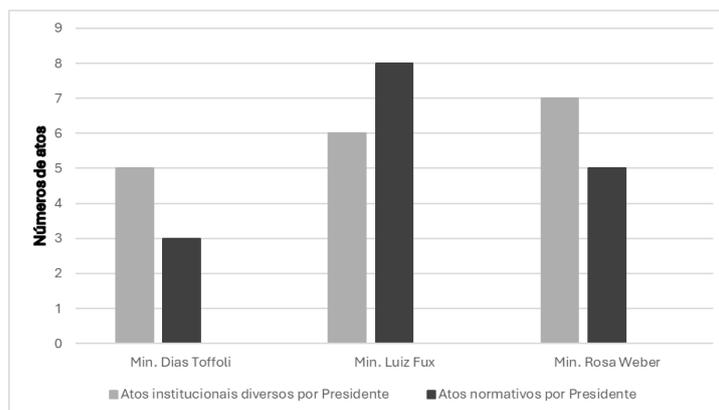
Em referência à “participação feminina no Poder Judiciário”, registrou-se, para as gestões dos Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber, respectivamente: (i) em “atos institucionais diversos”, 5, 5 e 7 abordagens; e (ii) em “atos normativos”, 3, 6 e 4.

Na série completa, agrupados os dois tipos de atos (Figura 6), tem-se um retrato ascendente dos temas “julgamento com perspectiva de gênero” e “participação institucional feminina no Poder Judiciário” e declínio na temática “paridade de gênero nas bancas e comissões de concursos para ingresso na carreira da magistratura”.

Os 2 gráficos seguintes mostram os dados levantados sem a divisão temática, retratando toda a série analisada.

O gráfico da Figura 7 mostra os números referentes aos “atos institucionais diversos” e aos “atos normativos” produzidos no período completo de cada gestão:

Figura 7 - Quantitativo de atos institucionais diversos e de atos normativos, por período completo de gestão de cada Presidente



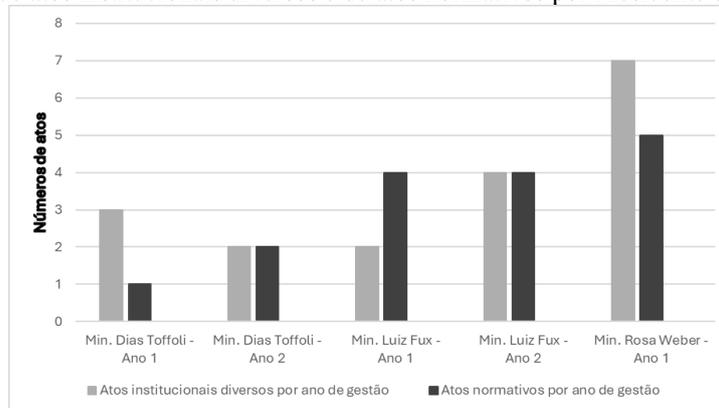
Fonte: elaboração própria

Observa-se o incremento de 1 “ato institucional diverso” a cada nova gestão, correspondente a 5 atos na gestão Dias Toffoli, 6 na Presidência de Luiz Fux e 7 na gerência de Rosa Weber. Por outro lado, quanto aos atos normativos, a produção foi de 3, 8 e 5 atos, em ordem cronológica crescente de gestões.

Ao longo das gestões por Presidente, o conjunto apresenta alteração positiva no quantitativo de “atos institucionais diversos” e decréscimo quanto aos “atos normativos”.

O gráfico da Figura 8 dispõe sobre o quantitativo de “atos normativos” e de “atos institucionais diversos” por ano de gestão:

Figura 8 - Quantitativo de atos institucionais diversos e de atos normativos por Presidente e por ano de gestão.



Fonte: elaboração própria

Este segundo gráfico foi elaborado em razão do encurtamento do período da Ministra Rosa Weber à frente do CNJ, com duração aproximada de um ano, ante o advento de sua aposentadoria. Assim, foram dispostos os dados referentes às 3 Presidências em períodos anuais, na expectativa de que os resultados revelados se mostrassem aptos a um confronto equitativo.

No primeiro ano de gestão de Dias Toffoli, foram produzidos 4 atos (3 institucionais diversos e 1 normativo). No segundo, novamente, 4 atos, 2 de cada modalidade.

A Presidência de Luiz Fux gerou no primeiro ano 6 atos (2 institucionais diversos e 4 normativos), e 8 no segundo (4 institucionais diversos e 4 normativos).

A Ministra Rosa Weber, no único ano em que esteve à frente do CNJ, alcançou a marca de 12 atos (7 institucionais diversos e 5 normativos).

5 Discussão

A partir das Figuras 4, 5 e 6, nas quais tratados separadamente os temas, tipos de atos do CNJ e períodos completos de cada presidência, é possível extrair que o tema “julgamento com perspectiva de gênero” passou a ser objeto de cuidado a partir da Presidência do Ministro Luiz Fux, tendo sido abordado 7 vezes na série completa, com marcas crescentes.

Os demais temas foram comuns às 3 gestões.

“A participação feminina no Poder Judiciário”, obteve marcas individuais, em ordem cronológica, de 5,5, e 7 “atos institucionais diversos” e 3,6 e 4 “atos normativos”. No total, esteve presente 30 vezes nas políticas encaminhadas pelo CNJ, configurando-se como tema que recebeu atenção maior no período apurado, com tendência ascendente.

A segunda maior expressão foi registrada no tema “paridade em bancas e comissões de concursos para a magistratura”, qual seja (por gestão, em ordem cronológica ascendente): 2, 1 e 2 “atos institucionais diversos” e 3, 4 e 2 “atos normativos”, totalizando 14 incidências, com inclinação descendente.

No tocante ao número de “atos institucionais diversos” elencados no gráfico da Figura 8, tem-se a sequência cronológica anual de 3,2,2,4 e 7 atos. Até o terceiro ano os números decaíram, com novo crescimento a partir do quarto ano. A Ministra Rosa Weber atingiu a maior marca, consistente em 7 atos no ano de sua gestão.

A série de “atos normativos” para os 5 anos (1-2-4-4-5) foi crescente até o terceiro ano, mante-se estável no quarto ano, com ascensão final. Uma vez mais, a gestão da Ministra Rosa Weber gerou o maior número de atos.

Analisados os resultados em bloco, pelo ângulo da produção total dos 2 tipos de atos e por ano de gestão, foram produzidos sucessiva e anualmente, no espaço de 5 anos, a partir do primeiro período de gestão do Ministro Dias Toffoli, 4, 4, 6, 8 e 12 atos. Assim, na análise gráfica da série fracionada em anos de gestão, quando computados os dois tipos de atos em conjunto, evidencia-se uma tendência ascendente no número de iniciativas, cujo ápice estaria na gestão da Ministra Rosa Weber.

Poder-se-ia, diante de quadro tal, concluir pelo acerto da premissa de que a presença de uma mulher na Presidência do CNJ impacta positivamente no quantitativo de ações para incremento da presença feminina no Poder Judiciário.

No entanto, existem fatos relevantes que devem ser considerados antes de uma afirmativa mais sólida sobre essa conclusão. De um lado, a Ministra Rosa Weber teve um mandato encurtado pela metade, ante o advento de sua aposentadoria compulsória, o que tornaria os números de um único ano de gestão ainda mais expressivos, se comparados com os resultados de seus antecessores. Por outro ângulo, o Ministro Luiz Fux, que atingiu quantitativo similar, mas no dobro do tempo, enfrentou no percurso de sua Presidência o desafio de gerir o CNJ durante a pandemia do COVID-19, com possíveis reflexos (não mensuráveis pelos dados coletados neste trabalho) nos resultados obtidos – em comparação ao que poderia ter sido planejado.

Ainda que não se possa afirmar assertivamente que a gestão feminina foi mais produtiva, os dados da série, do início da gestão do Ministro Dias Toffoli ao final da Presidência da Ministra Rosa Weber, sugerem que a temática da presença feminina no Judiciário foi objeto de atenção institucional nas 3 gestões. Mais do que isso, pode-se inferir uma auspiciosa tendência de crescimento no quantitativo de ações. Ao fim da atual gestão do CNJ, agora sob a batuta do Ministro Roberto Barroso, será possível conferir mais um degrau no rumo à confirmação – ou não – desse prognóstico.

Enfim, o tema segue palpitante. Ainda há muito a ser feito. Nas palavras da Ministra Rosa Weber:

[...] reafirmar o direito das mulheres à igualdade de tratamento e de acesso aos espaços decisórios públicos, como forma de luta contra a discriminação de gênero, não se trata de projeto realizado, e sim de construção permanente.

[...]

Não obstante os avanços normativos ao longo do percurso, há muita luta pela frente para tornar realidade a igualdade procedimental e substancial, consistente na não discriminação prometida pelos textos normativos e discursos políticos.

[...]

Condutas e atos discriminatórios detectados no espaço forense são indicativo seguro de que sequer o Poder Judiciário, em seus campos de atuação, está imune à cultura de subjugação e de desqualificação do feminino de que impregnada a sociedade brasileira (BRASIL, 2023b, p. 2-3).

6 Considerações finais

Este trabalho foi inspirado no inquietante tema da participação de mulheres nos espaços de poder, em todos os níveis de tomada de decisão.

A análise descritiva dos dados mostrou que o CNJ assumiu o compromisso com a representação feminina nos espaços de poder e de gestão judicial, gerando normas, debates, eventos e ações efetivas nas 3 gestões posteriores à Resolução CNJ nº 255/2018. Os resultados indicam, na esteira da premissa inicial, que a Ministra Rosa Weber, de fato, atingiu a maior marca de produtividade nos dois grupamentos de ações avaliados – “atos normativos” e “demais atos institucionais”.

Cabe ressaltar que fatores como a interferência de uma pandemia na gestão do Ministro Luiz Fux e o mandato encurtado da Ministra Rosa Weber imputam viés à análise, indicando a necessidade de acompanhamento de mais gestões do CNJ, incluindo, evidentemente, a presidência de novas lideranças femininas.

Enfim, conforme exposto no capítulo “As mulheres no Poder Judiciário: fatos e números”, apurou-se que os dados fornecidos pelo sítio eletrônico do CNJ registram número decrescente de conselheiras empossadas por gestão, a partir da Presidência do Ministro Dias Toffoli (BRASIL, 2024b; BRASIL, 2024c), fato que extrapola o escopo desta pesquisa, concentrada na análise quantitativa de atos praticados em prol da política de gênero. Dessa forma, sugere-se a elaboração de nova pesquisa que apure a quantidade de conselheiras que efetivamente integrou cada uma das gestões analisadas (e não apenas o número de empossadas) e seu posicionamento na elaboração

dos atos produzidos nesse período, a fim de mostrar outros ângulos da influência feminina no combate à disparidade de gênero.

Referências

ALMEIDA, Fernanda Andrade. A Diversificação do Poder Judiciário e os Efeitos do Gênero na Administração da Justiça. *Revista Jurídica (FURB)*, [S. l.], v. 22, n. 47, p. 111–128, 2018. Disponível em: <https://ojsrevista.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/7234>. Acesso em: 20 jul. 2024.

BARBALHO, Rennê Martins. *A feminização das carreiras jurídicas: construções identitárias de advogadas e juízas no âmbito do profissionalismo*. Tese (Doutorado), Universidade Federal de São Carlos - UFSCar, São Carlos, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/6663/2026.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29 jul. 2024.

BOGÉA, Daniel. Mulheres togadas: diversidade de gênero e perspectivas sociais em cortes constitucionais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 229, p. 103-126, jan./mar. 2021. Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/596827. Acesso em: 10 jul. 2024.

BONELLI, M. G; OLIVEIRA, F. L. Mulheres magistradas e a construção de gênero na carreira judicial. *Novos estud.*, CEBRAP, v. 39, n. 1, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 255 de 04/09/2018*. Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2018a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2670>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Judiciário quer ampliar participação feminina na magistratura. *Agência CNJ de Notícias*. Brasília: CNJ, 2019a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/judiciario-quer-ampliar-participacao-feminina-na-magistratura-2/>. Acesso em: 6 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2019b. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/367/1/Diagnóstico%20da%20participação%20feminina%20no%20Poder%20Judiciário.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *CNJ apresenta a magistradas adaptação de ações da Justiça à Agenda 2030*. Brasília: CNJ, 2019c. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-apresenta-a-magistradas-adaptacao-de-acoes-da-justica-a-agenda-2030/>. Acesso em: 6 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria nº 88 de 28/05/2019*. Institui e regulamenta o Prêmio CNJ de Qualidade, ano 2019. Brasília: CNJ, 2019d. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado155643202003105e67b8bbc362e.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Curso oferece aulas sobre gênero e diversidade no Judiciário. [Agência CNJ de Notícias](#). Brasília: CNJ, 2019e. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/curso-oferece-aulas-sobre-genero-e-diversidade-no-judiciario/>. Acesso em: 6 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria nº 44 de 03/03/2020*. Institui Grupo de Trabalho destinado a avaliar mecanismos de maior participação das mulheres nos processos seletivos de ingresso à magistratura. Brasília: CNJ, 2020a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3215>. Acesso em: 18 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório. A Participação Feminina nos Concursos para a Magistratura*. Brasília: CNJ, 2020b. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_RELATORIO_Participacao_Feminina-FIM.pdf. Acesso em: 6 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Mulheres são 20% das bancas examinadoras em concursos para juiz, comprova pesquisa. [Agência CNJ de Notícias](#). Brasília: CNJ, 2020c. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/mulheres-sao-20-das-bancas-examinadoras-em-concursos-para-juiz-comprova-pesquisa/>. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Seminário discute ações para a igualdade de gênero nas estruturas de poder. [Agência CNJ de Notícias](#). Brasília: CNJ, 2020d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/seminario-discute-acoes-para-a-igualdade-de-genero-nas-estruturas-de-poder/>. Acesso em: 6 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria nº 88 de 08/06/2020*. Institui o regulamento do Prêmio CNJ de Qualidade, ano 2020. Brasília: CNJ, 2020e. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3341>. Acesso em: 18 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Pauta de Julgamentos - 323ª Sessão Ordinária*. Brasília: CNJ, 2020f. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pauta-de-julgamentos-de-15-de-dezembro-de-2020-323a-sessao-ordinaria/>. Acesso em: 7 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 85 de 12/01/2021*. Dispõe sobre a observância de composição paritária na formação das Comissões Organizadoras e das Bancas Examinadoras de concursos públicos para ingresso na magistratura. Brasília: CNJ, 2021a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3670>. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria nº 27 de 02/02/2021*. Institui Grupo de Trabalho para colaborar com a implementação das Políticas Nacionais estabelecidas pelas Resoluções CNJ nº 254/2020 e nº 255/2020, relativas, respectivamente, ao Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e ao Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2021b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3714>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Pauta de Julgamentos - 325ª Sessão Ordinária*. Brasília: CNJ, 2021c. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3831>. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Distinção de gênero passa a ser obrigatória no Judiciário. [Agência CNJ de Notícias](#). Brasília: CNJ, 2021d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/distincao-de-genero-passa-a-ser-obrigatoria-no-judiciario/>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 376 de 02/03/2021*. Dispõe sobre o emprego obrigatório da flexão de gênero para nomear profissão ou demais designações na comunicação social e institucional do Poder Judiciário nacional. Brasília: CNJ, 2021e. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3765>. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Talk show “O Poder é Delas: Desafios e Realidade”. *Agência CNJ de Notícias*. Brasília: CNJ, 2021f. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/evento-debate-importancia-de-maior-participacao-feminina-no-sistema-de-justica/>. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria nº 135 de 6/5/2021*. Institui o regulamento do Prêmio CNJ de Qualidade, ano 2021. Brasília: CNJ, 2021g. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original15105520210513609d417fd2686.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria nº 151 de 26/5/2021*. Altera a Portaria CNJ nº 135, de 6 de maio de 2021. Brasília: CNJ, 2021h. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3947>. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Promoção da equidade de gênero será pontuada no Prêmio CNJ Qualidade. *Agência CNJ de Notícias*. Brasília: CNJ, 2021i. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/promocao-da-equidade-de-genero-sera-pontuada-no-premio-cnj-qualidade/>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Ata da 337ª Sessão Ordinária, de 31 de agosto de 2021*. Ato Normativo nº 0006423-68.2021.2.00.0000. Brasília: CNJ, 2021j. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4120>. Acesso em: 18 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 418 de 20/9/2021*. Altera a Resolução CNJ nº 255/2018, que institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2021k. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4116>. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ reforça necessidade de paridade de gênero em bancas de concurso para magistratura. *Agência CNJ de Notícias*. Brasília: CNJ, 2021l. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-reforca-necessidade-de-paridade-de-genero-em-bancas-de-concurso-para-magistratura/>. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero [recurso eletrônico]*. Brasília: CNJ; ENFAM, 2021m. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Seminários de Pesquisas Empíricas aplicadas a Políticas Judiciárias – Participação Feminina no Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2021n. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/agendas/seminarios-de-pesquisas-empiricas-aplicadas-a-politicas-judiciarias-participacao-feminina-no-poder-judiciario/>. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Webinário: Debate promoção da equidade de gênero*. Brasília: CNJ, 2022a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-realiza-evento-para-promover-a-equidade-de-genero/>. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria nº 170 de 20/5/2022*. Institui o regulamento do Prêmio CNJ de Qualidade, ano 2022. Brasília: CNJ, 2022b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4549>. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria nº 176 de 27/5/2022*. Institui o Repositório Nacional de Mulheres Juristas no âmbito do Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2022c. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4563>. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Mulheres e Justiça. *Revista do CNJ*, Edição especial, ago. 2022. Brasília: CNJ, 2022d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/issue/view/10> . Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Estatísticas justificam ação contra sub-representação feminina na magistratura, afirmam especialistas. *Agência CNJ de Notícias*. Brasília: CNJ, 2022e. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/estatisticas-justificam-acao-contra-sub-representacao-feminina-na-magistratura-afirmam-especialistas/>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Carta de Brasília pela igualdade de gênero no Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2022f. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/10/carta-de-brasilia-mulheres-na-justica-3-3-2023.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pesquisa avalia presença de mulheres em composição do Plenário do CNJ. *Agência CNJ de Notícias*. Brasília: CNJ, 2022g. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-avalia-presenca-de-mulheres-em-composicao-do-plenario-do-cnj/>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Magistradas discutem participação feminina no Judiciário no "Link CNJ na TV Justiça". *Agência CNJ de Notícias*. Brasília: CNJ, 2022h. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/magistradas-discutem-participacao-feminina-no-judiciario-no-link-cnj/>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação CNJ nº 128 de 15/2/2022*. Recomenda a adoção do “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Brasília: CNJ, 2022i. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4377>. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. No Mês da Mulher, CNJ promove programação em homenagem à representatividade feminina. *Agência CNJ de Notícias*. Brasília: CNJ, 2023a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/no-mes-da-mulher-cnj-promove-programacao-em-homenagem-a-representatividade-feminina/>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Discurso da Ministra Rosa Weber*. Seminário Protocolo de julgamento com perspectiva de gênero. Brasília: CNJ, 2023b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/discurso-ministra-rosa-weber.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Diretrizes do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ passam a ser obrigatórias no Judiciário*. *Agência CNJ de Notícias*. Brasília: CNJ, 2023c. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/diretrizes-do-protocolo-para->

juulgamento-com-perspectiva-de-genero-do-cnj-passam-a-ser-obrigatorias-no-judiciario/. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 492*, de 17/3/2022. Estabelece, para adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário, as diretrizes do protocolo aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ n. 27/2021, institui obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional, e cria o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário Brasília: CNJ, 2023d. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4986>. Acesso em: 19 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números trará destaque à participação feminina na magistratura*. Brasília: CNJ, 2023e. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-trara-destaque-a-participacao-feminina-na-magistratura/>. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Ata da 4.ª Sessão Ordinária, de 28 de março de 2023*. Brasília: CNJ, 2023f. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5032>. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 496 de 03/04/2023*. Altera a Resolução CNJ n. 75/2009, que dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. Brasília: CNJ, 2023g. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original141729202304126436bd7925677.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria CNJ nº 82 de 31/3/2023*. Institui o regulamento do Prêmio CNJ de Qualidade, ano 2023. Brasília: CNJ, 2023h. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5019>. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria nº 136 de 22/05/2023*. Institui Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2023i. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5111>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Mulheres na Justiça: Novos Rumos da Resolução CNJ nº 255*. 2. ed. Brasília: CNJ, 2023j. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/agendas/mulheres-na-justica-novos-rumos-da-resolucao-cnj-n-255-2-a-edicao/>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Participação feminina nos espaços de poder fortalece a democracia, diz presidente do CNJ. *Agência CNJ de Notícias*. Brasília: CNJ, 2023k. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/participacao-feminina-nos-espacos-de-poder-fortalece-a-democracia-diz-presidente-do-cnj/>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Carta de Brasília pela igualdade de gênero no Poder Judiciário 2023*. Brasília: CNJ, 2023l. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/12/carta-de-brasilia-pela-igualdade-de-genero-no-poder-judiciario-de-2023.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Ata da 2.ª Sessão Ordinária, de 26 de setembro de 2023*. Brasília: CNJ, 2023m. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5321>. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 525 de 27/9/2023*. Altera a Resolução CNJ n. 106/2010, dispondo sobre ação afirmativa de gênero, para acesso das magistradas aos tribunais de 2º grau. Brasília: CNJ, 2023n. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ aprova regra de gênero para a promoção de juízes e juízas. *Agência CNJ de Notícias*. Brasília: CNJ, 2023o. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-aprova-regra-de-genero-para-a-promocao-de-juizes-e-juizas/>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Anais do evento Mulheres na Justiça - novos rumos da Resolução CNJ nº 525*. Brasília: CNJ, 2023p. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/04/revista-mulheres-na-justica-23-v6-2024-04-09.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2024*. Brasília: CNJ, 2024a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *O CNJ. Histórico de Conselheiros*. Brasília: CNJ, 2024b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/historico-de-conselheiros/>. Acesso em: 1º jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *O CNJ. Composição Atual*. Brasília: CNJ, 2024c. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/composicao-atual/>. Acesso em 1º jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Institucional. Composição. Linha sucessória*. Brasília: STF, 2024. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_atual_22fev2024.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Resultado da pesquisa sobre a participação feminina no Judiciário realizada pela Comissão TRF1 Mulheres é apresentado em seminário do CNJ*. Brasília: TRF1, 2021. Disponível em: <https://www.trf1.jus.br/trf1/noticias/?id=3467>. Acesso em: 16 jul. 2024.

ENAMAT. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho. *Dificuldades na Carreira da Magistratura*. Comissão de Estudos para o Incentivo à Participação Institucional Feminina. Brasília: ENAMAT, 2019. Disponível em: http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2019/06/Relatorio_Pesquisa_magistradas.pdf. Acesso em: 6 jul. 2024.

ENFAM. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. *1º Curso A Mulher Juíza: desafios na carreira e atuação pela igualdade de gênero*. Brasília: ENFAM, 2019. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/curso-a-mulher-juiza-desafios/>. Acesso em: 6 jul. 2024.

ENFAM. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. *2º relatório parcial de pesquisa. A participação das magistradas no Conselho Nacional de Justiça: números e trajetórias*. Brasília: ENFAM, 2023. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/anais/2o-relatorio-parcial/>. Acesso em: 24 jul. 2024.

GOMES, Juliana Cesário; NOGUEIRA, Rafaela; ARGUELHES, Diego Werneck. Gênero e comportamento judicial no Supremo Tribunal Federal: os Ministros confiam menos em relatoras mulheres? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 854-876, 2018.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Resolutions of the 72nd session* - UN General Assembly. ONU, 2018a. Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/72/resolutions.shtml>. Acesso em: 19 jul. 2024.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Sustainable Development Goal 5: Igualdade de gênero*. ONU, 2018b. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/5>. Acesso em: 19 jul. 2024.

SEVERI, Fabiana Cristina. O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 80-115, jan./mar. 2016.

YOSHIDA, Mariana Rezende Ferreira. *Discriminação por motivo de gênero e barreiras no acesso ao segundo grau de jurisdição no Brasil por magistradas de carreira*. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, 2022. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/174070/discriminacao_por_motivo_yoshida.pdf. Acesso em: 26 jul. 2024.

A assistência qualificada de vítimas e a propositura de ações penais privadas ou subsidiárias da pública pela Defensoria Pública

The qualified assistance to victims and the filing of private criminal actions by the Public Defenders' Office

Tiago Kalkmann *  

Resumo: O artigo analisa as hipóteses previstas na legislação para a assistência qualificada de vítimas pela Defensoria Pública, especialmente diante da possibilidade de propositura de ações penais privadas por defensores públicos. Segundo a doutrina, as hipóteses de assistência qualificada da vítima na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) e na Lei de Racismo (Lei nº 7.716/1989) não se confundem com a assistência de acusação prevista no Código de Processo Penal, em razão das inegáveis distinções teleológicas e procedimentais dos institutos. Ademais, o Supremo Tribunal Federal leciona que o defensor público tem o poder-dever de apresentar as ações penais privadas ou subsidiárias da pública requeridas pelas vítimas, quando cabíveis, consoante entendimento firmado na ADI nº 576/RS. Essa função assume particular importância na hipótese de vítimas que possuem direito à assistência jurídica qualificada, cujos interesses podem não coincidir com os órgãos tradicionais de persecução penal. Todavia, deve-se entender que a Defensoria Pública não pode ser transformada em instrumento de ampliação do poder punitivo do Estado, razão pela qual tal atribuição da Defensoria Pública deve ser excepcional e fundamentada em justa causa suficiente para a deflagração da ação. No julgamento da ADI nº 4346/MG, o Supremo Tribunal Federal entendeu que é inconstitucional atribuir à Defensoria Pública a prerrogativa de requisitar a instauração de inquérito policial. Todavia, a Corte não aprofunda o debate acerca dos instrumentos que devem ser utilizados pelo defensor público para o cumprimento de seu poder-dever, o que revela a necessidade de maior amadurecimento do tema.

Palavras-chave: assistência qualificada da vítima; Defensoria Pública; ação penal privada; justa causa; inquérito policial.

Abstract: The article analyzes the hypotheses provided in the legislation for qualified assistance to victims by the Public Defender's Office, especially considering the possibility of public defenders filing private criminal actions. According to doctrine, the hypotheses for qualified victim assistance in the Maria da Penha Law (Law No. 11,340/2006) and the Anti-Racism Law (Law No. 7,716/1989) are distinct from the assistance of the accuser provided for in the Criminal Procedure Code, due to the undeniable teleological and procedural distinctions. Furthermore, the Supreme Federal Court teaches that the public defender has the power-duty to file private or subsidiary private criminal actions requested by the victims, when applicable, in accordance with the understanding established in ADI No. 576/RS. This function assumes particular importance in cases where victims are entitled to qualified legal assistance, whose interests may not align with traditional bodies of criminal prosecution. However, the Public Defender's Office cannot be turned into an instrument to expand the punitive power of the State, which is why this attribution of the Public Defender's Office must be exceptional and based on sufficient just cause for initiating the action. In the judgment of ADI No. 4346/MG, the Supreme Federal Court ruled that it is unconstitutional to attribute to the Public Defender's Office the prerogative to request the instigation of a police investigation. However, the Court does not delve into the discussion about the tools that should be used by the public defender to fulfill their power-duty, highlighting the need for further maturity on the subject.

Keywords: qualified victim assistance; Public Defender's Office; private criminal action; just cause; police investigation.

Recebido em: 03/07/2024

Aprovado em: 29/12/2024

Como citar este artigo:

KALKMANN, Tiago. A assistência qualificada de vítimas e a propositura de ações penais privadas ou subsidiárias da pública pela Defensoria Pública. *Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília*, vol. 6, n. 3, 2024, p. 111-136.

* Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

1 Introdução

O acesso à justiça criminal por parte da vítima é alvo de intensas modificações, tanto do ponto de vista material quanto processual, o que implica a necessidade de constante atualização, especialmente quando envolvido o acesso à justiça de grupos especialmente vulnerabilizados, cuja dinâmica é alvo de debates legislativos, doutrinários e jurisprudenciais.

Em movimento pendular, observam-se duas tendências. Primeiramente, a crescente retirada da autonomia material da vítima para a propositura da ação penal. Tal fenômeno pode ser observado especialmente na evolução da natureza jurídica da ação penal por crimes contra a dignidade sexual no Código Penal. Paralelamente, existe movimento que busca restaurar a participação da vítima enquanto elemento processual, com a afirmação de sua credibilidade e do seu interesse pela realização da justiça.

Nessas movimentações, observa-se tendência de incremento da participação processual da vítima consubstanciada em manifestação técnico-jurídica, consubstanciada na vetusta figura do assistente à acusação. Por outro lado, para a representação de grupos vulnerabilizados, há tendência legislativa de tornar obrigatória a participação a representação da vítima por profissional técnico da advocacia ou da Defensoria Pública, conforme se extrai da Lei nº 11.343/2006, bem como das recentes Leis nºs 14.344/2023 e 14.532/2023.

Essa figura, que se convencionou chamar de assistência qualificada da vítima, tornou-se objeto de embates doutrinários e jurisprudenciais, especialmente diante das disputas de espaço entre a advocacia, a Defensoria Pública e o Ministério Público.

Apesar de as figuras de assistência qualificada das vítimas decorrerem de obrigações internacionais e de disposições legislativas internas, observa-se ainda certa resistência em se facilitar o acesso à justiça quando se trata da abertura de ação penal pela própria vítima. Essa resistência pode ser considerada um reflexo da tendência de limitação da iniciativa penal material da vítima, mediante queixas-crime ou ações penais privadas subsidiárias.

A existência da assistência qualificada das vítimas para grupos vulnerabilizados parece não se refletir na adoção de mecanismos para efetivar a própria iniciativa penal assistida pela Defensoria Pública. Como se demonstrará, o próprio Supremo Tribunal Federal admite a existência de poder-dever do Estado-Defensor de providenciar a abertura de ações penais em prol da vítima. Todavia, é reticente na definição dos meios concretos investigativos que podem ser adotados para subsidiar a justa causa de ação penal, como a requisição de inquéritos policiais, o

que demanda maiores aprofundamentos pelos órgãos das Defensorias Públicas, pelo legislador e pela jurisprudência dos tribunais.

2 A Assistência qualificada das vítimas

A assistência qualificada¹ de vítimas é expressão tradicionalmente associada à assistência jurídica prestada a vítimas de violência doméstica, especialmente diante da previsão extraída dos artigos 27 e 28 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), conforme segue:

Art. 27. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei.

Art. 28. É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.

Observa-se que há, aqui, uma alteração na tradicional compreensão de que a vítima poderia, se assim o desejasse, constituir advogado e pedir o ingresso como assistente de acusação no processo penal contra o ofensor. No âmbito da violência doméstica e familiar, a assistência jurídica qualificada da vítima adquire caráter cogente e deriva diretamente da lei.

Portanto, deve-se destacar que o referido instituto não se confunde com a assistência à acusação, prevista no art. 268 do Código de Processo Penal.

Primeiro, do ponto de vista teleológico, são institutos com objetivos manifestamente diversos.

O assistente de acusação possui interesse de intervir no processo para resguardar o seu direito à indenização. Para a posição mais moderna, entende-se que o assistente de acusação não

¹ A expressão “assistência qualificada” aparece, na realidade, na Lei nº 13.431/2017, que dispõe sobre o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Segundo o art. 5º, inciso VII, da referida legislação, é direito fundamental da criança e do adolescente “receber assistência qualificada jurídica e psicossocial especializada, que facilite a sua participação e o resguarde contra comportamento inadequado adotado pelos demais órgãos atuantes no processo”. Portanto, revela-se a opção legislativa pela “qualificação” da assistência jurídica.

possui interesse meramente econômico, mas também interesse em que a justiça seja feita², ou seja, na aplicação da sanção penal³.

Por outro lado, a figura da assistência qualificada às vítimas não se vincula a interesse meramente patrimonial, assim como também não tem relação necessária com a aplicação de sanção penal⁴. Para Renata Tavares da Costa (2017), interpretando os objetivos da vítima à luz dos direitos humanos, esta possui direito à verdade, memória, justiça e reparação.

Afirma a autora:

Sobre o direito à justiça, a primeira coisa que deve ser estabelecida é que não é o direito a uma sentença penal condenatória. Afinal, todo julgamento é um “risco”, caso contrário, não há julgamento e sim justiciamento. Desta forma, o direito à justiça significa que as vítimas de feminicídio têm o direito a ver uma investigação séria, independente e imparcial desde os primeiros momentos do crime. Investigação esta que deve sempre contar a perspectiva de gênero.

Acessório ao direito à justiça, está do direito a contar com um advogado ou defensor público, desde os primeiros momentos da investigação. Direito este positivado nos arts. 27 e 28 da Lei Maria da Penha. Este direito é essencial, especialmente no plenário do tribunal do júri, local onde a memória da vítima sofre seus maiores reveses.

Antes de definir o direito à memória, é preciso definir direito a verdade, uma vez que aquela é consequência lógica desta. Por direito à verdade deve-se entender o direito a saber, a esclarecer como o crime aconteceu, tentar ao máximo contar a história que mais se aproxima do que de fato ocorreu.

[...]

O direito à memória refere-se à forma como esta mulher será lembrada. Possui estreita relação com o direito à justiça e com o direito à verdade, especialmente nos crimes de feminicídio que são julgados pelo tribunal do júri. Assim é que, geralmente, é no momento do julgamento em plenário que há ataques à honra e invasão da vida privada da vítima, num processo de revitimização onde quem passa a ser julgado é ela — a vítima.

Neste campo, importante participação terá o assistente da mulher que deverá velar por sua memória combatendo esses ataques à honra e à vida privada e, por consequência, combatendo esta cultura de discriminação contra a mulher.

² Essa posição é atualmente dominante no entendimento do Supremo Tribunal Federal, que entende que o assistente de acusação poderá recorrer quando o Ministério Público não o fizer (HC 102085, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10.06.2010). No mesmo sentido, a compreensão de Eugênio PACELLI (2015).

³ Já Aury Lopes Jr (2013) ressalta que o interesse do assistente de acusação é primordialmente econômico, envolvido em sentimento pessoal de retaliação ou vingança. Não se fala, propriamente, em direito à justiça, mas em pretensão de se obter o “talião”.

⁴ Segundo Renata Tavares da Costa (2017), não se pode falar em assistência qualificada da vítima para obter sentença penal condenatória, pois a condenação não é um direito da vítima no processo. Justamente por isso, a autora defende que a assistência de acusação deve ser reputada inconstitucional, além de inconveniente, por ferir o postulado de igualdade e colocar o réu em posição de desvantagem no processo penal. Em sentido semelhante, doutrina minoritária concorda com a inconstitucionalidade do instituto, como Aury Lopes Jr (2016) e Aline Adams (2008).

Por fim, os direitos à reparação e às medidas de não repetição. Aqui é o momento onde as obrigações dos estados poderão se mesclar com as do condenado.

De acordo com os direitos das vítimas, uma reparação efetiva deve conter medidas de restituição, indenização, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição. A cultura jurídica no Brasil nos crimes de feminicídio em matéria de reparação, quando muito, se limita a uma indenização. Neste sentido, o assistente à mulher e, especialmente, no caso do defensor público, deve cobrar a efetivação de outras obrigações, não só do acusado, mas também do Estado como coautor do crime, em razão de sustentar uma situação de discriminação estrutural que caracteriza o feminicídio. (COSTA, Renata Tavares da. Págs. 223; 225-226)

A compreensão da vítima como mera auxiliar ou substituta da função do Ministério Público cede espaço a visão de autonomia processual da vítima, que busca resguardar interesses próprios que muitas vezes são alheios ao processo, mas que podem ser afetados pela condução dos procedimentos.

Nesse sentido, Maurílio Casas Maia (2023) fala em uma terceira fase da defesa da vítima, chamada de fase constitucional ou de autonomia integral, implementada por uma assistência qualificada e autônoma⁵.

Essa finalidade emancipatória também é descrita por Ana Paula Lewin e Ana Rita Souza Prata (2016), que destacam a importância de reconhecimento da dignidade da vítima, inaugurando uma nova epistemologia processual. Por esse motivo, Soraia da Rosa Mendes (2021) esclarece que a assistência qualificada da vítima é legal, convencional e constitucional e o Estado tem o dever de garantir a sua efetividade.

Diante dessa realidade, a Lei Maria da Penha apenas antecipa a instituição de uma assistência jurídica gratuita e integral à vítima, que vem a ser disciplinada também na Recomendação nº 33/2015 do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres – CEDAW - da Organização das Nações Unidas:

36. Um elemento crucial na garantia de que os sistemas de justiça sejam economicamente acessíveis às mulheres é a prestação de assistência, aconselhamento e representação jurídica gratuita ou a baixo custo nos processos judiciais ou quase judiciais em todos os campos do direito.

37. O Comitê recomenda que os Estados partes:

⁵ Nesse sentido, Alice Bianchini (2016) destaca que não basta a atribuição institucional da Defensoria Pública. É necessário que os profissionais obtenham formação especializada e continuada, a fim de que sejam apresentados às especificidades da violência doméstica. A autora destaca, ainda, que tais papéis são inovadores, o que dificulta sua apreensão bem como a efetivação pelos órgãos de justiça.

a) Institucionalizem sistemas de assistência jurídica e defensoria pública que sejam acessíveis, sustentáveis e respondam às necessidades das mulheres, garantam que esses serviços sejam prestados de maneira oportuna, contínua e efetiva em todas as etapas dos procedimentos judiciais ou quase judiciais, incluindo os mecanismos alternativos de resolução de disputas e os processos de justiça restaurativa, e assegurem o acesso irrestrito dos prestadores da assistência jurídica e defensoria pública a toda documentação relevante e outras informações, incluindo declarações de testemunhas;

b) Assegurem que prestadores de assistência jurídica e defensoria pública sejam competentes e sensíveis a gênero, respeitem a confidencialidade e dediquem tempo adequado para defender suas clientes;⁶

Diante das inúmeras diferenças teleológicas e metodológicas, confirma-se a visão de Grazielle Carra Ocáriz (2017) ao afirmar que os artigos 27 e 28 da Lei nº 11.340/2006 inauguram um conceito mais amplo do que o assistente à acusação e uma norma especial.

Importante mencionar que tais colocações não se limitam à construção doutrinária e jurisprudencial, mas encontra respaldo em iniciativas legislativas. A Lei nº 13.431/2017 ressalta, em seu art. 5º, inciso VII, que a assistência qualificada a crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência tem por finalidade facilitar sua participação e as resguardar contra comportamento inadequado pelos demais atores processuais. A discussão assume ainda maior relevância com a Lei nº 14.245/2021, também conhecida como Lei Mariana Ferrer⁷.

No entanto, as diferenças não cessam nesse ponto.

Do ponto de vista operacional, o assistente de acusação é uma possibilidade aberta à vítima, que dependerá de prévia manifestação do Ministério Público e de autorização judicial. Além disso, o assistente de acusação fica subordinado à parte assistida, ou seja, o Ministério Público. Por essa razão, não poderá apresentar recurso quando o próprio Ministério Público já o tenha feito, por exemplo.

⁶ Íntegra da Recomendação CEDAW nº 33/2015 disponível em: <https://assets-compromissoeatititude-jpg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>. Acesso em: 08/06/2024.

⁷ A Lei nº 14.245/2021 assegura expressamente que os atores processuais devem zelar pela integridade física e psicológica da vítima, vedada a manifestação sobre circunstâncias alheias ao fato ou a utilização de linguagem ou informações que ofendam a sua dignidade. Nesse cenário, a assistência qualificada à vítima assume papel primordial, objetivando evitar violações à dignidade da vítima e resguardar seus direitos humanos, em especial sob a ótica do direito à memória, já mencionado.

A assistência qualificada, por sua vez, decorre diretamente da lei (SILVEIRA; LOPES, 2022). Não exige manifestação do Ministério Público, assim como não depende de autorização judicial⁸. Ela se opera *ope legis*, por força de lei e de pleno direito, bastando o interesse da vítima.

Indo além, deve-se compreender que o assistente da vítima não tem os seus poderes processuais subordinados ao da acusação⁹. Como os interesses da vítima são próprios e autônomos, também deve ser a sua amplitude de atuação dentro do processo, sob pena de indevida restrição do acesso à justiça. A distinção de natureza jurídica revela que o objetivo da assistência qualificada não é dar suporte ao trabalho do Ministério Público, mas colocar a vítima como centro de sua própria atuação (PRATEANO, 2021).

Nesse sentido, o Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais editou os Enunciados n^{os} 6 e 7, assegurando que a atuação dos artigos 26 e 27 não se confunde com a assistência de acusação e que compreende a prática de todos os atos judiciais e extrajudiciais necessários, inclusive na esfera criminal.

Em especial, a Nota Técnica emitida em conjunto pelos Núcleos de Defesa das Mulheres de diversas Defensorias Públicas Estaduais, ressalta:

Traçado esse breve panorama doutrinário e jurisprudencial, não resta dúvida de que a assistência qualificada à mulher, enquanto instrumento de acesso à justiça, só terá efetividade na medida em seja interpretada em conformidade com os fins sociais a que ela se destina, em especial, as condições peculiares das mulheres em situação de violência, na esteira do que prevê expressamente a LMP em seu artigo 4^o. Sendo assim, a assistência qualificada deve ser ampla e comprometida verdadeiramente com o enfrentamento às desigualdades estruturais, a partir da análise concreta das vulnerabilidades interseccionalizadas e do reconhecimento

⁸ Nesse sentido, importante mencionar o precedente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), ainda em 2010: Acórdão 436629, 20070310220184APR, Relator: MARIO MACHADO, 1^a Turma Criminal, data de julgamento: 22/7/2010, publicado no DJE: 12/8/2010. De acordo com a corte, “não há nulidade nos atos realizados em consonância com o disposto na Lei de Violência Doméstica, pois em que pese a norma processual, lei geral, prever a oitiva prévia do Ministério Público sobre a admissão do assistente, a Lei 11.340/2006, norma especial, em seu artigo 27 determina que a mulher em situação de violência doméstica familiar deverá estar acompanhada de advogado, de modo que não há margem de discricionariedade que possibilite ao intérprete entender que essa intervenção está sujeita a juízo de admissão pelo magistrado ou pelo Ministério Público, como acontece nos casos da figura do assistente de acusação tradicional do processo penal. Ademais, quando houver conflito, a norma especial (Lei 11.340/06) prevalece sobre a norma geral (CPP)”.

⁹ Marianna Santos de Castro (2023) ressalta que, apesar da lei e dos esforços da doutrina e das Defensorias Públicas, o posicionamento institucional do Ministério Público e de diversas decisões judiciais apresenta a tendência de tentar restringir a autonomia e os poderes da assistência qualificada. Da mesma forma, o caso mencionado por Franklyn Roger (2019). Em 2023, por meio de interpretação analógica com a Lei Maria da Penha entendeu que o juízo pode determinar, de ofício, a intimação da Defensoria Pública para prestar assistência jurídica a crianças e adolescentes vítimas de violência (STJ. 6^a Turma. RMS 70.679-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26/9/2023), revelando a tendência da jurisprudência de não subordinar a assistência qualificada ao Ministério Público.

de subjetividades e de possibilidades de resistência por parte das mulheres em situação de violência.

Por essa perspectiva, qualquer tentativa de se limitar a abrangência do instituto previsto nos artigos 27 e 28 da LMP, relegando a ele um papel meramente decorativo, exigindo que as defensoras públicas e defensores públicos se habilitem como assistentes de acusação para que possam atuar plenamente em defesa das vítimas, tanto no âmbito do Tribunal do Júri quanto dos Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, faz tábula rasa do sistema de proteção às mulheres estruturado pela Lei Maria da Penha, e menoscabo ao papel constitucional e legalmente previsto à Defensoria Pública¹⁰.

Não há respaldo legal para limitar a atuação processual da assistência qualificada. Na realidade, não há necessidade de que a Defensoria Pública se habilite como assistente de acusação para apresentar ou questionar testemunhas, solicitar provas ou recorrer de decisões.

A partir do momento em que os artigos 27 e 28 da Lei nº 11.340/2006 asseguram a atuação *ope legis* da assistência da vítima, subordinar essa assistência à habilitação seria um contrassenso à finalidade da norma de expandir os direitos da vítima. Ora, se a vítima de violência doméstica precisa se habilitar como assistente de acusação para recorrer, por exemplo, a previsão legislativa é desnecessária. Bastaria a aplicação do art. 268 do Código de Processo Penal. Pelo contrário, quando a lei assegura tal necessidade *a priori*, evidentemente trata-se de disposição que busca expandir o acesso à justiça.

Igualmente, a assistência qualificada não fica subordinada à atuação do Ministério Público, já que a vítima possui interesses autônomos reconhecidos internacionalmente que não se amoldam ao interesse restrito do *Parquet* de obter a condenação criminal¹¹. Ademais, a Lei Maria da Penha admite expressamente a intervenção da assistência qualificada na fase de inquérito policial (art. 28), previsão inexistente para o assistente da acusação.

Dessa forma, a melhor interpretação é de que a assistência qualificada reúne atributos especiais e autônomos, que abrangem aqueles do assistente da acusação, mas a eles não se

¹⁰ Nota Técnica Conjunta disponível em <https://defensoria.mg.def.br/nota-tecnica-sobre-a-atuacao-da-defensoria-publica-na-assistencia-qualificada-as-mulheres-em-situacao-de-violencia-domestica-e-familiar/>. Acesso em 27/05/2023.

¹¹ O assistente de acusação, por sua vez, encontra-se subordinado à atuação ministerial em inúmeros aspectos. O assistente somente pode recorrer se a acusação deixar de apresentar o recurso no prazo legal, conforme artigos 584, § 1º, e 598, ambos do Código de Processo Penal, entendimento reforçado pela Súmula 210 do STF e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (HC 137.339/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/11/2010). O assistente de acusação somente executa as funções expressamente autorizadas por lei. Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o assistente de acusação não pode pedir a fixação de valor mínimo para a reparação do dano, se o Ministério Público não o tiver feito na denúncia (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.797.301/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/3/2024, DJe de 21/3/2024).

restringem, como forma de concretização de deveres internacionais de acesso à justiça de vítimas hipervulneráveis.

A discussão assume contornos mais amplos pela legislação recente.

A Lei nº 14.344/2022, também conhecida como Lei Henry Borel, busca assegurar sistema de direitos e garantias para crianças e adolescentes vítimas de violência. Em face da peculiaridade da questão, o legislador determinou, no art. 33, a aplicação subsidiária¹² dos dispositivos da Lei nº 11.340/2006¹³.

Diante dessa previsão, não há como afastar a possibilidade legal de constituição de assistência qualificada da vítima criança ou adolescente.

Ainda mais recente, a Lei nº 14.532/2023 propôs alterações significativas à Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo, também conhecida como Lei Caó). Além de incluir a injúria racial como crime de racismo, a referida legislação previu expressamente a necessidade de que a vítima de racismo seja assistida por advogado ou Defensor Público durante todo o processo: “Art. 20-D. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a vítima dos crimes de racismo deverá ser acompanhada de advogado ou defensor público. (Incluído pela Lei nº 14.532/2023)”.

Diante da referida inovação legislativa, conclui-se que o legislador pretendeu inaugurar para as vítimas de racismo um mecanismo de assistência qualificada similar àquele previsto para as mulheres vítimas de violência doméstica. Por essa razão, não se pode concordar com algumas interpretações iniciais do dispositivo, que afirmam se tratar de um “assistente de acusação compulsório” (TERRA; SBARDELOTTO, 2024). Não se trata de assistente de acusação compulsório, figura que, por si só, causaria espanto doutrinário. Trata-se, na realidade, da figura de assistência qualificada à vítima¹⁴.

Isso porque a criação de tal figura, embora com grande atraso, também busca mitigar a dificuldade de acesso à justiça de grupos hipervulnerabilizados, *in casu*, coletividades racializadas.

¹² Acerca da interpretação do Superior Tribunal de Justiça acerca da assistência qualificada a crianças e adolescentes vítimas de violência, confira-se o julgado mencionado na nota 8, *supra*.

¹³ Art. 33. Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente, no que couber, as disposições das Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e 13.431, de 4 de abril de 2017.

¹⁴ A doutrina se encaminha no sentido de que a inobservância da participação da assistência qualificada não causa a nulidade do processo penal, mas poderia levar à responsabilização dos agentes públicos relapsos (CABETTE, 2023).

No caso *Simone André Diniz vs. Brasil*, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos identificou não apenas a necessidade de inclusão da injúria racial como crime de racismo¹⁵, mas também a existência de obstáculos ao acesso à justiça pelas vítimas. Dessa forma, recomendou-se que o Estado adotasse medidas que buscassem aprimorar os mecanismos de acesso à justiça, especialmente diante da possibilidade de arquivamento do crime pelo Ministério Público sem a possibilidade de manifestação da vítima. Nesse sentido, confira-se a manifestação da Comissão Interamericana:

101. No caso concreto de *Simone André Diniz*, existia um anúncio publicitário que a excluía, por sua condição racial, de um trabalho. Ao apresentar a denúncia, as autoridades judiciais procederam ao arquivamento do caso, apesar de que a própria autora do anúncio confirmou sua publicação.

102. O arquivamento ocorrido não foi um fato isolado que ocorreu na justiça brasileira e mais bem a Comissão tem por provado que reflete um padrão de comportamento das autoridades brasileiras adrede explicitado, quando se vêem à frente de uma denúncia de prática de racismo.

103. De outra forma, o arquivamento automático de denúncias de racismo impede a apreciação do Poder Judiciário da ocorrência ou não do dolo. Como demonstrado anteriormente, a ausência da motivação racial tem levado à inaplicabilidade da Lei 7716/89 seja por arquivamento automático das denúncias na fase de inquérito, seja em sentenças absolutórias. O arquivamento do Inquérito Policial foi justamente a hipótese do caso em análise. O fato de a senhora Gisela Silva haver declarado no Inquérito Policial que não tinha a intenção de discriminar racialmente ou que tinha motivos para preferir uma empregada branca, não autorizava o arquivamento do feito, devendo a defesa sobre a falta de motivação racial ter sido argüida e analisada pelo juiz competente, no marco de um processo penal regular.

[...]

111. Por conseguinte, após o arquivamento do processo, *Simone André Diniz* ficou impossibilitada de aceder à justiça, através de um recurso eficaz, para ver amparado seu direito contra o ato de racismo sofrido, uma vez que, de acordo com a legislação processual penal brasileira, da decisão que determina o arquivamento dos autos do inquérito policial não cabe recurso.

112. O Estado, por seu turno, defendeu-se alegando que não houve violação à Convenção Americana, uma vez que houve a abertura do Inquérito Policial onde foi colhida declaração das partes envolvidas, que foi arquivado pela autoridade judiciária competente, com base em parecer do Ministério Público, razão pela qual a justiça havia sido administrada.

¹⁵ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos verificou que um dos obstáculos da concretização do acesso à justiça para vítimas de racismo era o tratamento legislativo diferenciado conferido à injúria racial e ao crime de racismo. Inclusive, uma das recomendações da Comissão era a adoção de medidas aptas a resolver tais discrepâncias, o que somente veio a ser cumprido, do ponto de vista legislativo, com a edição da Lei nº 14.532/2023, quase 20 anos após a decisão proferida pela Comissão.

113. Seguindo esse entendimento, a Comissão avalia que o Estado falhou no cumprimento de sua obrigação de administrar a justiça no caso de Simone André Diniz que foi discriminada em base a sua cor, uma vez que não cumpriu sua obrigação convencional de, eficaz e adequadamente investigar, processar, sancionar e buscar o restabelecimento do direito violado, como será demonstrado a seguir¹⁶. [grifo nosso]

Dessa forma, conclui-se pela necessidade de aprimoramento dos mecanismos de acesso à justiça das vítimas de racismo, não somente no âmbito de manifestação processuais, mas também na criação de mecanismos penais à disposição da vítima para substituir ou subsidiar a ação penal pública.

Segundo Fábio Feliciano Barbosa (2011), o Relatório da Comissão revela que a interpretação dos atores do sistema de justiça se encontra muitas vezes enviesada e acaba por negar o direito de grupos racializados à palavra ou à expressão, a que o autor se refere como isologia:

O Caso evidencia que as hermenêuticas jurídicas que os intérpretes do direito dispensam à Lei Caó e às denúncias de prática de racialização criminosa negam as negras e aos negros o direito a isologia – um direito essencial a garantia dos direitos fundamentais e humanos. Segundo I. F. Stone, isologia é “o direito de todos à palavra, à expressão de um pensamento” (1988, p.14). Essa negação faz com que, entre os iguais, existam os mais iguais. Esses são os que têm direito a palavra mais forte para denunciar, ou resistir às denúncias; os mais inocentes, cuja defesa já se está assegurada por premissas ideológicas, mitos e dogmas que, mesmo contra o texto legal, influenciam nas decisões e valorações dos intérpretes do direito com as quais, por exemplo, estabelecem que um agente acusado de racialização não possa praticar um crime racial da Lei Caó (ou de outro diploma legal) porque é negro, ou tem relações afetivas mais íntimas com os negros, ou negras – o que aconteceu no Caso SAD, a pedido do ministério público.

Essa falta de isologia entre os negros e os brancos faz com que os iguais perante a lei, tornem-se desiguais na sua aplicação, acesso à justiça e garantia dos direitos. A desigualdade gerada por essa falta de isologia torna as denúncias dos negros racializados menos confiáveis do que as versões apresentadas pelos seus algozes porque transforma os relatos desses últimos, ou as interpretações jurídicas que lhes são favoráveis, em verdades inquestionáveis por terem conteúdos narrativos mais compatíveis, por exemplo, com os postulados da ideologia da democracia racial. Isso explica o parquet ter produzido uma hermenêutica da Lei, dos fatos e da denúncia de Simone A. Diniz mais favorável à acusada, e o juiz aceitá-la e usá-la, sem resistências, para fundamentar a sua decisão de arquivar o inquérito do Caso; fato que é reflexo de uma rotina institucional racializadora: o arquivamento sistemático e indevido de

¹⁶ A íntegra do Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos pode ser acessada no link: <https://www.cidh.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>. Acesso em 27/05/2024.

inquéritos policiais que narram à prática de racialização criminosa. (BARBOSA, 2011, págs. 137-138).

Verifica-se que a previsão de assistência qualificada às vítimas de racismo tem objetivos semelhantes àqueles da situação de violência doméstica e familiar, em especial os direitos à memória e à verdade. A assistência qualificada serve ao propósito de buscar mitigar a insensibilidade dos intérpretes do direito à discriminação motivada por preconceito de cor e/ou de raça, conforme estudos de Evandro Piza Duarte (2006).

Dessa maneira, a assistência qualificada possui objetivos mais amplos, visando assegurar de maneira especial a possibilidade de que a vítima tenha garantido os direitos a expressas suas memórias e os seus pontos de vista perante o sistema de justiça. A democratização dos espaços de discurso no sistema de justiça não serve como empecilho à prestação jurisdicional, mas sim como forma de legitimação da decisão jurisdicional.

A conclusão é de que o legislador pretende criar mecanismos de ampliação do acesso à justiça de grupos hipervulnerabilizados, como mulheres, crianças e adolescentes e, mais recentemente, pessoas racializadas. Esses mecanismos passam, necessariamente, pela assistência qualificada, que privilegia a autonomia da vítima em paralelo à necessária iniciativa pública.

Dessa forma, sem retirar do Estado a sua iniciativa adquirida no processo penal, autoriza à vítima o diálogo democrático com o sistema de justiça. Com isso, se privilegia não apenas a maior legitimação do sistema de justiça, mas também a possibilidade de utilização de tal sistema como mecanismo emancipatório.

3 A iniciativa penal da Defensoria Pública

Dentro de visão ampliativa do acesso à justiça, não se pode ignorar que a Defensoria Pública possui funções institucionais dentro do processo penal que vão além da defesa técnica dos acusados. Na realidade, a legislação de regência jamais limitou a atuação da instituição às hipóteses de defesa do réu¹⁷.

¹⁷ Inclusive, deve-se ressaltar que não há impedimento de que a Defensoria Pública atue em ambos os polos de ação penal, representando o querelante e o querelado, por exemplo, por meio de defensores públicos diversos. Da mesma forma, a assistência de vítimas, seja como assistente de acusação, seja como assistente qualificado, não é óbice à atuação da Defensoria Pública também em favor do réu. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça: RMS n. 45.793/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/6/2018, DJe de 15/6/2018.

Nesse sentido, as lições de André Nicollit (2018) ao esclarecer que, embora a defesa no processo penal seja função de maior visibilidade, a Defensoria Pública tem ainda o dever de patrocinar ações penais privadas e subsidiárias da pública, além de atuar como assistente de acusação. No mesmo sentido, Luis Gustavo Grandinetti Castanho Carvalho (2014).

A Lei Complementar nº 80/1994 elenca expressamente algumas hipóteses de defesa das vítimas de crimes em seu art. 4º:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

[...]

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

[...]

XV – patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública;

[...]

XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas;

Portanto, a assistência qualificada de vítimas de violência doméstica ou de racismo encontra respaldo direto na legislação que disciplina as atribuições da Defensoria Pública.

É interessante apontar que a legislação confere à Defensoria Pública a função institucional de patrocinar ação penal privada e ação penal privada subsidiária da pública, disciplinando-a em dispositivo separado da assistência à vítimas hipervulneráveis. Dessa forma, atribui-se a função geral de patrocinar ações penais privadas nas hipóteses de vulnerabilidade econômica, bem como o patrocínio específico de outras vítimas especialmente vulneráveis em razão de violações de direitos humanos.

Dessa maneira, pode-se visualizar uma duplicidade de funções. Em hipóteses comuns, exerce a Defensoria Pública a ação penal privada em favor dos economicamente vulneráveis, representando seus interesses em juízo.

Por outro lado, diante de vítimas em situação de hipervulnerabilidade, o patrocínio de eventual ação penal privada não se limita à simples representação processual. Nesse caso, assume nítida função de promoção de direitos humanos, objetivando a consagração de direitos da vítima à verdade, memória, justiça e reparação.

A função institucional da Defensoria Pública de patrocinar ações penais privadas não se firmou sem a resistência de órgãos como o Ministério Público, que se afirma o titular exclusivo da ação penal.

Em 1991, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 576, impugnando a Lei Complementar nº 9.230 de 1991, do Estado do Rio Grande do Sul, que versava sobre a criação da DPE-RS¹⁸. Em especial, para fins deste exame, o chefe do Ministério Público atacava o art. 2º, incisos III e IV, que previam a atribuição de promover ação penal privada e subsidiária da pública, bem como patrocinar os direitos do consumidor, da criança e do adolescente, do idoso e dos deficientes físicos.

Argumentava a PGR que a ação penal privada ou a subsidiária da pública somente poderiam ser movidas pelo querelante ou pela vítima, não se admitindo previsão genérica de atuação da Defensoria Pública. Da mesma forma, utilizava o repetitivo argumento de que a Defensoria Pública deveria se limitar aos interesses dos cidadãos economicamente hipossuficientes, de maneira individual.

A despeito dos argumentos, a ADI nº 576 somente veio a ser julgada em Plenário em 28/03/2022, sob a relatoria do Ministro Nunes Marques. Obviamente, a ADI foi julgada improcedente. No entanto, no que tange aos pontos ora examinados, o voto do relator apresenta interpretações valiosas acerca da natureza da atuação da Defensoria Pública.

O primeiro ponto destacado pelo relator, na esteira do que já explicitado, é que a Constituição Federal e o legislador jamais limitaram a atuação da Defensoria Pública no processo penal à defesa do acusado. Em consequência, afirma o relator que a função acusatória revela-se plenamente compatível com a Defensoria Pública.

¹⁸ É interessante frisar que a referida legislação é anterior à Lei Complementar nº 80/1994, que disciplina funções institucionais das Defensorias Públicas e prevê as mesmas atribuições. Dessa forma, a legislação gaúcha foi uma das pioneiras na regulamentação das atividades das Defensorias Públicas. Um dos argumentos da PGR era de que a iniciativa das ações penais privadas era matéria de direito processual, que não poderia ser disciplinada pelos Estados, sob pena de interferência na distribuição federativa de competências. Por consequência, tal argumento deixa de fazer sentido com a superveniência da lei complementar federal prevendo a mesma função institucional.

Ademais, afirmou o relator que o defensor público tem o “poder-dever” de esgotar, em favor do beneficiário, todos os recursos e meios legais ao alcance, mencionando, inclusive, os artigos 27 e 28 da Lei Maria da Penha.

Dessa forma, conclui o relator:

Por esse ângulo, não se mostra razoável impor restrição à legitimidade para agir no contexto do processo penal. Descabe privar a vítima em situação de vulnerabilidade, já destituída de condições de verse representada por advogado, de ser juridicamente orientada e assistida por defensor público, inclusive para efeito de promover a ação penal de iniciativa privada mediante queixa.

Do mesmo modo a também denominada ação supletiva. A inércia do Parquet para promover ação penal pública não pode ensejar prejuízo ao necessitado. Intentada fora do prazo legal, é condicente com o papel institucional da Defensoria Pública a atribuição de promover a ação privada de forma subsidiária.

Cuida-se, portanto, de garantia constitucional de imperiosa necessidade voltada a garantir o efetivo acesso à Justiça, presente desídia promotorial apta a causar embaraço à tutela dos bens jurídicos protegidos pela tipificação criminal.

As cláusulas do acesso à Justiça e da ampla defesa, cristalizadas nos incisos XXXV e LV do art. 5º do Texto Constitucional, implicam, portanto, o dever do Estado-Defensor de promover a ação penal privada e, no caso de inércia do Ministério Público, a subsidiária da pública (inciso LIX). (pág. 28)

Dessa forma, além de reconhecer a figura do Estado-Defensor, o relator afirma o dever defensorial de promover a ação penal privada ou a ação penal subsidiária da pública.

Obviamente, a expressão “dever” haverá de ser lida com temperamentos. Isso porque outra função institucional da Defensoria Pública é priorizar a solução extrajudicial dos litígios (art. 4º, inciso II, da LC nº 80/1994). Trata-se de solução passível de ser adotada para a maior parte dos crimes de ação penal privada.

Ademais, o art. 4º, § 8º, assegura a autonomia funcional do Defensor Público, prevendo que, caso este entenda não existir hipótese de atuação institucional, deverá dar ciência ao Defensor Público-Geral para a decisão da controvérsia.

Patrick Cacicedo (2017) ressalta a importância de que tal atribuição seja interpretada com parcimônia, uma vez que a Defensoria Pública não pode ser interpretada como mecanismo de

ampliação do poder punitivo¹⁹. É ilusório pensar o Direito Penal como panaceia para a resolução de problemas sociais complexos, como a violência doméstica e o racismo. Pensar a Defensoria Pública, criada como elemento de resistência, impulsionando ações penais de maneira impensada e infundada, a desvirtua em mais um mecanismo que, na prática, produz seletividade e estigmatização social (ZAFFARONI, 2001).

No mesmo sentido, a crítica de Mariangela Gama de Magalhães Gomes (2021), para quem a atual jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos criou tendência de radicalização dos direitos das vítimas, passando a entender que a não aplicação do direito penal a um agressor configuraria, por si só, uma violação ao direito da vítima. No entanto, a postura dos órgãos de direitos humanos face à utilização do Direito Penal já vem sendo denunciada há muito por Daniel Pastor (2005), que aponta uma deriva “neopunitivista” de tais organismos.

Todavia, diante da previsão legal e da construção jurisprudencial, excepcionalmente a Defensoria Pública poderá e deverá agir. Verificando se tratar de hipótese de atuação institucional, havendo indícios de autoria e materialidade do delito e ausente a possibilidade de resolução extrajudicial do conflito, de acordo com a compreensão de legalidade estrita e da decisão do Supremo Tribunal Federal, deve o defensor público propor a ação penal privada, observados os seus pressupostos processuais e condições da ação.

Com mais razão ainda, quando se tratar de hipótese de assistência qualificada à vítima, como nos casos expressos de violência doméstica e familiar ou de racismo. Em tais situações, a atuação do Defensor Público não pode ser compreendida somente como o instrumento postulatório da ação penal, mas como mecanismo de atuação integral em favor da vítima, atento aos direitos que ultrapassam a mera pretensão punitiva.

O mesmo raciocínio poderia ser estendido aos casos de idosos e pessoas com deficiência, ou vítimas de tortura, abusos sexuais ou violência institucional, por força dos já mencionados incisos XI e XVIII do art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994.

¹⁹ É importante trazer a ponderação do autor, no sentido de que existe uma crescente influência da ideologia de defesa social, especialmente quando se interpretam os mandados de criminalização presentes na Constituição Federal ou em tratados internacionais de direitos humanos (CACICEDO, 2017). Essa defesa social contemporânea pode ser verificada na interpretação ampliada dos mandados de criminalização que vem sendo conferida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O discurso dos direitos humanos parece ser mais palatável às instituições quando se trata de defender a solução penal do que para limitá-la.

4 A justa causa da ação penal privada e contrassenso na interpretação do Supremo Tribunal Federal

Assentado que a função de iniciar a ação penal privada ou subsidiária da pública constitui poder-dever da Defensoria Pública, é imperioso questionar de que forma o defensor público poderá subsidiar a abertura da ação penal.

Consoante o art. 395, inciso III, do Código Penal, constitui condição da ação penal, pública ou privada, a justa causa²⁰. Esta deve ser compreendida como a indicação de indícios mínimos de autoria e de materialidade do crime, que justifiquem o recebimento de denúncia pelo juízo.

Dentro de uma visão clássica e tradicional, a justa causa é compreendida como um filtro persecutório:

Não há mais pudor nenhum em assumir que a força pragmática de um instituto como a justa causa está mais do que nunca ligada à ideia de uma análise (filtro) prévia de existência ou não de critérios que informam a razoabilidade da persecução penal. Daí a constatação da qualificação “para a ação penal” a adornar o termo “justa causa” a partir de certo momento histórico. O que está em avaliação – ou em cheque – é um critério de legitimidade de todo e qualquer ato persecutório-estatal diante da necessidade de o mesmo exibir uma (justa) causa. (DIVAN, 2015, págs. 332-333)

Com mais razão, quando se atribui à Defensoria Pública a propositura de ações penais privadas ou subsidiárias da pública, a existência da justa causa não pode ser relativizada. A Defensoria Pública não pode ser utilizada como instrumento de expansão do direito punitivo, até mesmo diante de sua construção como mecanismo de contenção de excessos públicos diante do particular. Dessa forma, para que a Defensoria Pública inicie a ação penal solicitada por assistido, deve ser adotado padrão processual rigoroso, com a presença de indícios claros de autoria e de materialidade, que possam ser judicializados como prova.

Dessa forma, é necessário questionar quais são os mecanismos que instrumentalizam a obtenção da justa causa.

Delegar à vítima a obtenção de todos os subsídios necessários à abertura da ação penal implicaria em indevido retrocesso no acesso à justiça. A vítima que não dispõe de recursos para

²⁰ Importante mencionar, contudo, a posição doutrinária de releitura das chamadas condições da ação. Para Afrânio Silva Jardim (2016), a justa causa não seria condição da ação, mas pressuposto de legitimação da abertura da ação penal. Já Aury Lopes Jr. (2016), embora denomine a justa causa como uma das condições específicas da ação penal, a trata como uma estrutura processual penal que constitui uma garantia contra o uso abusivo do direito de acusar.

contratar um advogado raramente terá condições de dedicar tempo e recursos para a obtenção dos elementos indiciários necessários à propositura da ação.

Ademais, como já exposto, os interesses de vítima de violação de direitos humanos, como a vítima de racismo ou de violência doméstica, não coincidem necessariamente com as finalidades usualmente adotadas pelos órgãos de persecução, incluídas as instituições policiais.

Dessa forma, a simples orientação de que a vítima apresente *notitia criminis* (art. 5º, inciso II, do CPP) e aguarde eventual abertura de inquérito policial parece muito simplória. Primeiro, porque o art. 5º, § 5º, do CPP²¹, estabelece que a autoridade policial “poderá” abrir inquérito a requerimento do legitimado à ação penal privada. Em segundo lugar, raramente as instituições policiais conseguirão atender de maneira satisfatória o requerimento apresentado pela vítima, mormente quando se tratar de crime de ação penal privada, especialmente diante do asoerramento das Delegacias de Polícia com crimes violentos de especial gravidade. Geralmente, a atuação da autoridade policial se limita ao registro da ocorrência.

Ademais, não se pode ignorar que as Delegacias de Polícia possuem protocolos de atendimento e investigação, voltados a produção de elementos visando subsidiar possível condenação criminal. No caso de vítimas de violações de direitos humanos, tal investigação poderia ser viesada, uma vez que os interesses da vítima incluem não apenas a justiça, mas a memória, a verdade e a reparação. Dessa forma, a participação de defesa técnica no procedimento investigativo seria necessária para a concretização dos direitos das vítimas, especialmente nos casos de assistência jurídica qualificada.

Por fim, especialmente no tocante à ação penal privada subsidiária da pública, observa-se que é inerente ao instituto algum nível de desconformidade entre as vítimas e os órgãos de persecução penal.

²¹ Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º O requerimento a que se refere o no II conterà sempre que possível:

a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;

b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;

c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

§ 2º Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

§ 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

§ 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

Neste ponto, observa-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda é reticente em admitir avanços na atuação da defesa das vítimas.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4346, em decisão não unânime, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que é desproporcional e inadequado autorizar que a Defensoria Pública requisite a instauração de inquérito policial, vencidos os Ministros Luís Roberto Barroso, Carmen Lúcia, Edson Fachin e Gilmar Mendes.

Para fins de situar a demanda, se trata de impugnação apresentada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) contra o art. 45, inciso XXI, da Lei Complementar nº 65/2003 do Estado de Minas Gerais, que assegurava aos defensores públicos a prerrogativa de requisitar a instauração de inquérito policial. Segundo a argumentação do autor, o dispositivo usurpava da competência da União para legislar sobre direito processual penal (art. 22, inciso I, da Constituição Federal). Além disso, os defensores públicos somente poderiam dar notícia do delito (*notitia criminis*), mas não requerer a instauração de inquérito policial.

O Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, entendeu que o inquérito policial, enquanto mero procedimento administrativo, é de competência legislativa concorrente (art. 24, inciso XI, da Constituição Federal), consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²². Além disso, o relator reafirmou que os poderes de requisição conferidos às Defensorias Públicas não desequilibram a relação processual.

O Ministro Alexandre de Moraes, no entanto, apresentou voto divergente, entendendo que a regra de requisição de diligências e documentos não pode ser aplicada à requisição de instauração de inquérito policial, pois esta é objeto de disciplina específica no art. 5º do Código de Processo Penal, que somente admite a requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público.

Acompanhando a divergência, o Ministro Nunes Marques²³ afirmou que a requisição de inquérito policial, sob o ponto de vista material, invadiria a esfera de atuação própria das policiais judiciárias e dos Ministérios Públicos.

Dessa forma, a maioria da Corte assentou que a norma era formal e materialmente inconstitucional, consoante a seguinte ementa:

²² A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é consolidada no sentido de considerar que o inquérito policial é mero procedimento administrativo, de competência legislativa concorrente. Nesse sentido, a título de exemplo: ADI 1615/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 05.11.1999; ADI-MC 1285/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 23.03.2001; ADI 2.886, Rel. Min. Eros Grau, rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, Plenário, j. em 03.04.2014, DJe 05.08.2014; ADI 4.618, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, j. em 1º.08.2018.

²³ Mesmo relator da ADI nº 576, onde afirmou o poder-dever do defensor público de instaurar a ação penal privada ou subsidiária da pública quando solicitado pela vítima.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR 65/2003, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. AUTONOMIA FUNCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA. PREVISÃO LEGAL DO PODER DE REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS E DILIGÊNCIAS PARA O EXERCÍCIO DE SUAS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS. DESPROPORCIONALIDADE E AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO NA PREVISÃO DE REQUISIÇÃO DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. MATÉRIA DE DIREITO PROCESSUAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O poder de requisição constitui mecanismo fundamental para o desempenho da função constitucional da Defensoria Pública, que prestigia o aperfeiçoamento do sistema democrático, a concretização dos direitos fundamentais de amplo acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV) e de prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes (CF, art. 5º, LXXIV). Precedentes. 2. Desproporcionalidade e ausência de adequação as atribuições constitucionais da Defensoria Pública na previsão do art. 45, XXI, da lei questionada que instituiu o poder de requisição à instauração de inquérito policial. 3. A previsão de requisição de instauração de inquérito policial – que é ordem à autoridade policial e não pedido – é tema de direito processual, matéria de competência privativa da União (art. 22, I, CF), sendo disciplinada no art. 5º do Código de Processo Penal. Inconstitucionalidade formal reconhecida. 4. Ação Direta conhecida em parte e julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da previsão da possibilidade de requisição de inquérito policial pela Defensoria Pública.

(ADI 4346, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13-03-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 04-04-2023 PUBLIC 10-04-2023)

É inegável que a referida decisão constitui inegável retrocesso quanto ao decidido de forma unânime na ADI nº 576.

O Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo em que assenta o poder-dever da Defensoria Pública de exercer a ação penal privada ou subsidiária da pública, suprime do alcance da Defensoria Pública um dos mecanismos básicos para a obtenção de indícios de materialidade e de autoria. Essa inconsistência levante o seguinte questionamento: como é que a Defensoria Pública poderia exercer o seu poder-dever de iniciativa penal com a supressão de um dos meios para a obtenção da justa causa?

Em primeira análise, a proibição da requisição de inquérito não parece se amoldar ao reconhecido poder de requisição outorgado às Defensorias Públicas.

No julgamento da ADI nº 6.852²⁴, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a validade do poder de requisição dos defensores públicos, reafirmando a constitucionalidade dos artigos 8º, inciso XVI, 44, inciso X, 56, inciso XVI, 89, inciso X e 128, inciso X, da Lei Complementar nº 80/1994. Para o relator, a prerrogativa de requisição corrobora o exercício das funções constitucionais, viabilizando o acesso facilitado e célere à justiça.

Dessa forma, confirma-se a autorização de que o defensor público requirite documentos, informações, esclarecimentos, vistorias, diligências, processos e até mesmo perícias necessários à sua atuação. Portanto, o defensor público, posto diante de um caso de suposta injúria racista (art. 2º-A da Lei nº 7.716/1989) em rede social de determinado estabelecimento comercial, pode requisitar que a polícia técnica realize perícia nos celulares da vítima e do suspeito, requisitar documentos comerciais da empresa à Junta Comercial, solicitar vistoria no estabelecimento, dentre outras diligências.

Ora, o inquérito policial nada mais é do que um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria (NUCCI, 2016). Caso a Defensoria Pública requirite os documentos necessários e os apresente em uma pasta, não haveria qualquer problema. No entanto, não poderia a Defensoria Pública solicitar que a autoridade policial documentasse todos os atos em procedimento escrito, pois isto configuraria inquérito policial.

Questiona-se, então: a que título poderia o Defensor Público reunir os indícios de materialidade e de autoria de determinado crime? Ou não poderia fazê-lo? Será que se trataria de uma “investigação privada” realizada por um órgão público?

A discussão se aprofunda quando se trata de vítimas hipervulneráveis, que possuem direito à assistência jurídica qualificada, pois nestes casos a representação técnica da vítima é de natureza obrigatória, especialmente em razão da possível diversidade de interesses. Se a representação processual é autônoma, *ope legis* e obrigatória, revela-se um contrassenso que a vítima e sua representação sejam afastadas da coleta de elementos que possam subsidiar o início do processo.

No âmbito da ação penal privada subsidiária da pública, deve-se ultrapassar a visão subordinante da vítima (DELFINO, 2019), em face da tendência de construção legislativa de atividade autônoma com interesses múltiplos. Não para pretender que a vítima inicie a ação penal

²⁴ ADI 6852, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 21-02-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 28-03-2022 PUBLIC 29-03-2022.

sem a inércia do Ministério Público, mas sim para permitir que a sua autonomia seja respeitada na construção da versão que se levará a juízo.

Deve-se destacar que a inércia que abre o espaço para a ação penal privada subsidiária da pública não ocorre somente quando o *Parquet* deixa de propor a ação penal no prazo legal, mas também nas situações em que a investigação ou o inquérito não são direcionados ao esclarecimento dos fatos (JARDIM; AMORIM, 2016).

Em que pese assentado o poder-dever dos Defensores Públicos de exercer na plenitude a defesa da vítima no processo penal, inclusive mediante a abertura da ação penal, a discussão ainda precisa avançar no que toca aos mecanismos para subsidiar tal atuação. É necessário que a legislação e a jurisprudência aprofundem o debate acerca da atuação pré-processual penal da Defensoria Pública, delimitando sua natureza jurídica, especialmente no caso de vítimas que possuem o direito à assistência qualificada.

5 Conclusão

O avanço da compreensão dos direitos humanos das vítimas de crimes revela uma tendência de consolidar a assistência técnica qualificada como elemento central do acesso à justiça. Tal atribuição da Defensoria Pública nada mais é do que a concretização de sua missão constitucional de promoção dos direitos humanos.

Essa compreensão revela uma natureza distinta daquela do assistente de acusação, pois decorre diretamente da lei e visa tutelar direitos diversos e que podem, muitas vezes, divergir do interesse punitivo em sentido estrito.

O poder-dever do Estado-defensor de promover a ação penal privada ou subsidiária da pública, previsto em lei e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, não pode ser exercido desacompanhado de mecanismos mínimos que assegurem a abertura justa e regular de processos penais. A Defensoria Pública não pode servir como instrumento para iniciar ações temerárias e infundadas, que assoberbam o Poder Judiciário e acabam por prejudicar o acesso à justiça.

Não se defende que deva ser concedido à Defensoria Pública poder irrestrito de requisitar inquéritos policiais ou abrir investigações. Esta não é a vocação da Defensoria Pública. Contudo, a forma de exercício dessas atribuições ainda precisa ser discutida e amadurecida. Por ora, verifica-se aparente contrassenso quando se afirma que o defensor público possui o poder-dever de esgotar

os meios legais em favor da vítima, ao mesmo tempo em que se silencia acerca dos instrumentos necessários ao exercício justo e adequado da demanda.

Especialmente quanto às vítimas que possuem assistência qualificada obrigatória (como vítimas de racismo ou mulheres vítimas de violência doméstica e familiar), a mera possibilidade de apresentação de *notitia criminis* à autoridade policial não é suficiente para garantir a instrumentalização de seus direitos. Os interesses de tais vítimas de violações de direitos humanos ultrapassam a pretensão punitiva e demanda que sejam vocalizados de maneira autônoma.

O debate precisa ser aprofundado, a fim de que tais atribuições sejam mais bem delineadas, de maneira a evitar a proliferação de queixas-crime infundadas ou meramente protocolares, que não facilitam a proteção de direitos nem contribuem para o equilíbrio do acesso à justiça.

Referências Bibliográficas

ADAMS, Aline. A flagrante incompatibilidade entre o instituto da assistência à acusação e a constituição federal de 1988. *Revista eletrônica do curso de direito da UFSM*, vol. 3, n. 3, págs. 102-114, set. 2008.

BARBOSA, Fábio Feliciano. O caso Simone A. Diniz: a falta de acesso à justiça para as vítimas dos crimes raciais da Lei Caó. *Revista de Estudos Jurídicos*. Franca/SP, vol. 15, n. 22, págs. 119-146, 2011.

BRASIL, *Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989, (Lei Caó)*. Brasília: DF, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 08/06/2024.

BRASIL, *Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha)*. Brasília: DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 08/06/2024.

BRASIL, *Lei n.º 14.344, de 24 de maio de 2022, (Lei Henry Borel)*. Brasília: DF, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/114344.htm. Acesso em: 08/06/2024.

BRASIL, *Lei n.º 14.532, de 11 de janeiro de 2023*. Brasília: DF, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14532.htm. Acesso em: 08/06/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6852/DF*. Lei Complementar n.º 80/1994. Poder de Requisição das Defensorias Públicas. Relator: Min. Edson Fachin, 21 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur461486/false>. Acesso em: 08/06/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 576/RS*. Lei Complementar n.º 9.230/1991 do Rio Grande do Sul. Atribuição das Defensorias Públicas para o

Ajuizamento de Ações Penais Privadas e Subsidiárias da Pública. Relator: Min. Kassio Nunes Marques, 22 de abril de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur462846/false>. Acesso em: 08/06/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4346/MG*. Lei Complementar nº 65/2023 de Minas Gerais. Atribuição da Defensoria Pública para requisitar a abertura de inquérito policial. Relator: Min. Luis Roberto Barroso, 13 de março de 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur477046/false>. Acesso em: 08/06/2024.

BIANCHINI, Alice. *Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Nova Lei de Racismo de Acordo com a Lei 14.532/2023*. São Paulo: Mizuno, 2023.

CACICEDO, Patrick. Crítica científica a "Legitimação não tradicional da ação penal": Defensoria Pública e a tutela de direitos por meio do direito penal – uma recusa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 407-416, jan./abr. 2017.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2014.

CASAS MAIA, Maurílio. Defensor integral da mulher e assistência qualificada da vítima. *Revista Eletrônica Conjur*. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-28/tribuna-defensoria-defensora-integral-mulher-assistencia-desqualificada-vitima/>. Acesso em: 08 de junho de 2023.

CASTRO, Mariana Santos. *Assistência Qualificada à Vítima: por um maior protagonismo da mulher nos processos de violência doméstica*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023.

COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN – CEDAW. *Recomendação n. 33, de 23 de julho de 2015. Recomendação geral para o acesso das mulheres na justiça*. New York: UN Woman, 2015. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>. Acesso em: 08/06/2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021*. Grupo de trabalho instituído pela Portaria CNJ n. 27, de 02.02.2021. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam). Brasília. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero/>. Acesso em: 08/06/2021.

COSTA, Renata Tavares da. O papel do assistente da mulher previsto no artigo 27 da Lei Maria da Penha nos crimes de feminicídio no tribunal do júri. In: DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. *Gênero, sociedade e defesa de direitos: a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher*. Rio de Janeiro: Coordenação de Defesa da Mulher/CEJUR, 2017, p. 200-231.

DELFINO, Rafael Miguel. *Ação Penal Privada Subsidiária da Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminologia & racismo*. Curitiba: Juruá, 2006.

FORTUNATO, Tammy; MUNIZ, Alexandre Carrinho. A assistência judiciária às mulheres em situação de violência doméstica nas ações penais como direito fundamental. In: *Direitos Fundamentais em Processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União*. Branco, Paulo Gustavo Gonet, et al. (org.). Brasília: ESMPU, 2020, págs. 13-26.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Estudos sobre direito penal e direitos humanos*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LEWIN, Ana Paula de Oliveira Castro Meirelles; PRATA, Ana Rita Souza. Da atuação da Defensoria Pública para promoção e defesa dos direitos da mulher. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Ribeirão Preto/SP, vol. 3, n. 3, págs. 525-541, 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Soraia da Rosa. *Processo Penal Feminista*. 2ª ed. Barueri(SP): Atlas, 2021.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

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

NUDEMs. Nota Técnica. *A atuação da Defensoria Pública na assistência qualificada às mulheres em situação*. Florianópolis, 2023. Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/nota-tecnica-sobre-a-atuacao-da-defensoria-publica-na-assistencia-qualificada-as-mulheres-em-situacao-de-violencia-domestica-e-familiar/> Acesso em 08/06/2023.

OCÁRIZ, Grazielle Carra Dias. Femicídio e a assistência às vítimas diretas e indiretas pela Defensoria Pública. In: DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. *Gênero, sociedade e defesa de direitos: a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher*. Rio de Janeiro: Coordenação de Defesa da Mulher/CEJUR, 2017, p. 242.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Simone André Diniz versus Brasil (Caso 12.001)*. Relatório nº 66/06, de 21 de outubro de 2006. Disponível em: <https://www.cidh.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm> Acesso em 08/06/2024.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

PASTOR, Daniel Roberto. La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, p. 73-114, 2005.

PRATEANO, Vanessa Fogaça. Assistência Jurídica Qualificada Às Vítimas Diretas E Indiretas De Femicídio Como Medida De Prevenção E Combate À Discriminação Estrutural De Gênero. In: *Mulheres e o direito: um chamado à real visibilidade*. Tomazoni, L.R.; Prata, Marcela; Abiko, Paula (org.) Volume 2, Curitiba, 2021, p. 612/635.

ROGER, Franklyn. Assistência qualificada da mulher vítima de violência no processo penal. *Revista Eletrônica Conjur*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-18/franklyn-roger-assistencia-vitima-violencia-processo-penal/> Acesso em 08/06/2024.

SILVEIRA, Alinne Moreira; LOPES, Marco Túlio Rodrigues. Efeitos negativos da falta de assistência qualificada assegurada à vítima de violência doméstica. *JNT- Facit Business and Technology Journal*. Ed. 39, Vol. 3, págs. 557-570, ago./out. 2022.

TERRA, Venâncio Antônio Castilhos de Freitas; SBARDELOTTO, Fábio Roque. Fundamentos constitucionais para a criminalização do racismo e os novos contornos definidos a partir da Lei n. 14.532 de 2023. *Ciência em Debate*. Salvador, vol. 5, págs. 58-74, jan./mar. 2024.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

A posse como direito temporalmente prevalente à propriedade: a proteção possessória pela Defensoria Pública e o seu fundamento constitucional

Possession as a temporally prevalent right to property: the possessory protection by the Public Defender's Office and its constitutional basis

Gustavo Abdalla* 
Pedro Bruzzi Ribeiro Cardoso** 

Resumo: Nosso ordenamento jurídico definiu que a exceção de domínio não pode ser usada para frustrar demanda de natureza possessória. Essa regra geral tem fundamento jurídico e social importante e que vem sendo consolidado desde os tempos romanos. Essa proteção possessória se torna mais importante quando o litígio envolve uma coletividade, especialmente hipossuficiente. Nesse sentido, o presente artigo busca deixar claro o fundamento constitucional da proteção da posse para defender a ideia de que esse direito deve prevalecer, temporalmente, sobre o direito de propriedade, analisando nesse caminho a atuação da Defensoria Pública e sua função como custos vulnerabilis em matérias fundiárias.

Palavras-chave: Processo Civil. Propriedade e posse. Função social. Defensoria Pública. *Custos vulnerabilis*.

Abstract: Our legal system has defined that the domain exception cannot be used to frustrate a claim of a possessory nature. This general rule has an important legal and social foundation that has been consolidated since Roman times. This possessory protection becomes even more important when the dispute involves a group of people, especially when that group is hypo-sufficient. In this sense, this article seeks to clarify the constitutional foundation of the protection of possession to defend the idea that this right should temporarily prevail over the right to property, analyzing in this way the performance of the Public Defender's Office and its function as custos vulnerabilis in land matters.

Keywords: Civil Procedure. Property and possession. Social role. Public Defender's Office. *Custos vulnerabilis*.

Recebido em: 17/06/2024
Aprovado em: 30/12/2024

Como citar este artigo:

ABDALLA, Gustavo;
CARDOSO, Pedro Bruzzi
Ribeiro. A posse como
direito temporalmente
prevalente à propriedade: a
proteção possessória pela
defensoria pública e o seu
fundamento constitucional.
Revista da Defensoria
Pública do Distrito Federal,
Brasília, vol. 6, n. 3, 2024, p.
137-154.

* Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro.

** Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro.

1 Introdução

Um dos temas que mais mistura conceitos de direito material e direito processual no ordenamento jurídico brasileiro é o que envolve a proteção do direito de posse. Afinal, a posse é conceituada pelo direito material, especialmente pelo Código Civil (CC/02), enquanto as ações para proteção dessa posse estão reguladas em procedimentos especiais no Código de Processo Civil (CPC/15). Isso é importante, pois que o conceito de posse e a sua razão de ser são pontos importantíssimos para que se trate com alguma qualidade do tema processual, buscando esclarecer problemas e questões que geram discussão em âmbito acadêmico.

O primeiro ponto que merece destaque é que há um objeto bastante delimitado nas ações de natureza possessória, que é justamente a tutela do direito de posse. Esse que se mistura, muitas vezes, com o exercício do direito de propriedade, mas que com ele não se embaralha, tratando-se de situações jurídicas que muito dialogam, sem, contudo, se confundirem.

Nesse sentido, muito se discute a respeito do manejo de ação petítória na pendência de ação possessória. O debate é antigo e já trouxe diversas idas e vindas na legislação em razão da evolução do tema no ordenamento jurídico brasileiro (GAMA; CASTRO, 2015, p. 362-363). A regra está refletida no artigo 557 do CPC/15, que deixa bem claro que é vedado, a autor e réu, propor ação de reconhecimento de domínio, exceto se deduzida em face de terceira pessoa, com previsão parecida também no artigo 1.210, § 2º, do CC/02. Como se observa, há previsão expressa nos dois principais códigos de direito material e processual civil do país impedindo que o direito de propriedade possa se sobrepor à discussão do direito de posse.

Há uma razão para essa previsão legal, com base constitucional, trazida pelo legislador ordinário na esteira da constitucionalização do direito que vem acontecendo no Brasil desde 1988 (BARROSO, 2013, p. 389).

Tanto a posse quanto a propriedade são direitos com base constitucional fundamental, previstos no artigo 5º da Constituição (CRFB/88), mas em incisos distintos. Nada obstante, como se sabe, o direito de propriedade, em última análise, prevalece sobre o direito de posse (SANTIAGO, 2006, p. 405), e há inclusive posições que indicam situações específicas em que é possível a discussão da propriedade (MACEDO; JALES, 2015) em sede de litígio possessório.¹

¹ Sobre esse assunto, importante destacar o enunciado de súmula nº 637 do STJ: "O ente público detém legitimidade e interesse para intervir, incidentalmente, na ação possessória entre particulares, podendo deduzir qualquer matéria defensiva, inclusive, se for o caso, o domínio". Observa-se uma exceção à regra da vedação da exceção de domínio nas ações possessórias quando se tratar de discussão de posse entre particulares envolvendo bem público. Caminhando no mesmo norte, destaca-se também o enunciado de súmula nº 619 do STJ: "A ocupação indevida de bem público

Ocorre que a legislação é bastante clara quando veda o argumento da propriedade para discussão da posse, e somos um país com sistema jurídico baseado no *civil law* (THEODORO JUNIOR, 2018b, p. 794), em que a lei escrita é a principal fonte de direito. Como compatibilizar esses dois direitos? Como proteger a posse e a propriedade ao mesmo tempo, sem que as ações voltadas para proteção de uma interfiram na concretização da proteção da outra? Entendemos que é justamente por meio dessa proibição.

Esse artigo acadêmico busca esclarecer a importância da posse e da sua proteção constitucional para evidenciar o fundamento dessa proibição; a sua razão de ser. É com base nisso que se objetiva elucidar a impossibilidade de que exceções misturando juízo possessório e juízo petitório sejam admitidas. Essa proibição é basilar para que se alcance a verdadeira concretização do comando constitucional. Nesse sentido, haveria uma prevalência do direito de posse sobre o direito de propriedade, mas de forma limitada no tempo e com algumas condições; a posse seria direito temporalmente prevalente à propriedade.

Não obstante, o estudo buscará demonstrar também que o CPC/15 trouxe ferramentas específicas para a proteção da posse – demonstrando, outrossim, a sua importância sob esse novo prisma da Constituição Cidadã – dentre elas, a intervenção da Defensoria Pública nas ações coletivas multitudinárias, elencada no artigo 554, §1º do *Codex* processual.

Com isso, o artigo se propõe a estudar como essa forma de intervenção defensorial pode proteger a posse, destacando sua importância, sua fundamentação jurídica, as discussões doutrinárias no seu entorno, bem como a adoção (ou não) dessa figura pelos tribunais pátrios, com especial enfoque no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) e no Supremo Tribunal Federal (STF).

2 O fundamento constitucional do direito de posse

2.1 O que é o direito de posse?

A primeira incursão que devemos fazer é a respeito do que seria o direito de posse com vistas a possibilitar uma análise dos instrumentos processuais de sua defesa, especialmente a partir da participação da Defensoria Pública em processos coletivos de tutela do direito possessório.

configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias”. Nada obstante, os casos das referidas súmulas não se confundem com o que está sendo abordado no presente artigo, que trata da regra geral.

A posse é tema dos mais debatidos, sendo tutelada desde os tempos dos romanos, passando pelas teorias objetiva e subjetiva de Ihering e Savigny, respectivamente, sendo certo que boa parte da primeira foi refletida em nosso ordenamento (THEODORO JUNIOR, 2018a, p. 102), mas chegando à conclusão mais recente de que “[o] que sobreleva no conceito de posse é a destinação econômica da coisa” (PEREIRA, 2016, p. 16).

Em outras palavras, significa entender se a coisa cumpre alguma função em razão do exercício possessório. Compreender a destinação efetiva da coisa – para o que ela é usada – é importante para entender como essa coisa cumpre a sua função social. Nesse sentido, é possível concluir, inclusive, que a posse, a partir desse conceito, é a realização da função social da coisa, coisa esta que tem um proprietário, mas que nem sempre se confunde com o seu possuidor.² Assim, a função social da propriedade acaba sendo concretizada a partir do exercício da posse, pois quem exerce poder sobre a coisa e pode dar-lhe alguma destinação social ou econômica é o possuidor (IHERING, 2008, p. 13). Isso significa que a posse é um direito fundamental de todos e que protege a ordem, garantindo a paz social (BEVILÁQUA, 1956, p. 29), já que a posse é uma situação de fato (PEREIRA, 2016, p. 12-13), concretizada no mundo real (DANTAS, 1979, p. 140). Ihering bem esclarece esse ponto afirmando que a “posse é o poder de fato, e a propriedade o poder de direito, sobre a coisa” (IHERING, 2008, p. 12), podendo encontrar-se unidas no proprietário ou não. Há, realmente, a proteção da posse em razão da pacificação social no mundo concreto, “que não subsiste num ambiente onde as situações fáticas estabelecidas possam ser alteradas por iniciativa de particulares, por meio da justiça das próprias mãos” (THEODORO JUNIOR, 2018^a, p. 106).

Nesse sentido, é preciso tutelar o mundo dos fatos, impedindo turbção, esbulho ou ameaça ao direito de posse de quem efetivamente dá destinação econômica/social àquele bem.³ O próprio artigo 554 do CPC/15 traz parágrafos que demonstram a preocupação social do instituto (TARTUCE, 2015, p. 297). Como bem coloca Caio Mário da Silva Pereira (2016, p. 16), dando exemplo de finalidade econômica e com intuito de demonstrar que a posse nem sempre é física,

² Roberta Mauro Medina Maia diz que a nossa legislação, “ao permitir que o esbulhador faça jus aos interditos possessórios em nome próprio, ainda que apenas em face de quem não foi vítima de seus atos, admite que mesmo a posse do esbulhador seja tutelada, o que revela não ser a propriedade o fundamento de tal tutela” (MAIA, 2017, p. 197).

³ Cabe destacar, neste ponto, que não concordamos com a ideia de que, caso não haja destinação econômica/social à coisa, esse fator exclusivamente consideraria afastaria o direito de manejar a ação possessória. Na verdade, o direito decorre do próprio exercício da posse e deve ser tutelado como tal. No entanto, há sem dúvida uma intenção de proteger a paz social e a utilização legítima do bem, dando-lhe a devida destinação. Afinal, e como se verá mais adiante, se é possível perder até a propriedade quando não há o cumprimento da função social por meio de desapropriação, quanto mais a perda da posse.

“[u]m homem que deixa um livro num terreno baldio, não tem a sua posse, porque ali o livro não preenche a sua finalidade econômica.”

O direito processual traz as ferramentas para essa proteção contra turbação, esbulho ou atentado (TARTUCE, 2015, p. 294-295) à posse. Todas são espécies de violação ao direito de posse e tuteladas por algum instrumento processual possessório: manutenção de posse, reintegração de posse e interdito proibitório, respectivamente (THEODORO JUNIOR, 2018a, 118-120).

Nesses casos, há a alteração do *status quo ante*, e quando a posse é violada há menos de um ano e dia, considera-se a ação de força nova (GOUVEIA FILHO; COSTA FILHO, 2016, p. 1471), seguindo procedimento especial que admite a concessão de liminar sem ouvir o réu, e que serve para resolver o conflito sobre quem realmente exerce/exercia a posse sobre o bem discutido de forma legítima e que, por isso, tem direito a ela. Afinal, a posse traz em si a característica de fenômeno duradouro, “de fato continuado” (THEODORO JUNIOR, 2018a, 106). O artigo 1.211 do CC/02 é ainda mais claro quando diz que quando houver mais de uma pessoa afirmando ser possuidora, “manter-se-á provisoriamente a que tiver a coisa, se não estiver manifesto que a obteve de alguma das outras por modo vicioso”. Em outras palavras, o fundamento é mesmo a proteção do próprio exercício da posse (SANTIAGO, 2006, p. 408).

Nesse sentido, a posse não pode se confundir com a propriedade. E é justamente com base nisso que a Defensoria Pública vem atuando nos processos coletivos que parecem tratar de propriedade, mas na verdade tutelam a posse em si. Inclusive porque o embasamento constitucional das duas figuras é distinto, havendo clara diferença entre *ius possidendi* e *ius possessionis* (PEREIRA, 2016, p. 19). Enquanto a propriedade está protegida pelo artigo 5º, inciso XXII, da CRFB/88, com disposição expressa se referindo ao direito de propriedade, a posse está protegida pelo artigo 5º, inciso XXIII, da CRFB/88, justamente por trazer a noção de função social da propriedade. Veremos isso no próximo ponto.

2.2 A posse e a função social da propriedade

A função social constitui o fundamento do regime jurídico da propriedade, como “elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens” (SILVA, 1998, p. 286). Como se vê, a função social está vinculada à destinação dada à coisa, a partir de “um *interesse* que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo” (COLLADO, 1979, p. 122). Em outras palavras, a destinação, o uso da coisa é o que

determina o cumprimento ou não da sua função social. E é justamente pelo exercício da posse que isso se torna possível, por ser essa a real situação de fato do bem. Como ele é destinado/usado possui relevância jurídica.

Já o fundamento do direito à posse é o exercício dela. Como se viu, a função da propriedade é, em última análise, ser útil, ser usada de alguma forma lícita. E quem usa a coisa é realmente o possuidor, seja ele também proprietário ou não.⁴ Isso significa que as ações de natureza possessória visam tutelar a função social da propriedade e a ordem social, fazendo uso de um rito especial (PEREIRA, 2016, p. 53), mais célere (SANTIAGO, 2006, p. 409), para garantir àquele que realmente possui direito à posse o seu exercício. Desconsiderar alegações de propriedade é imprescindível para que o juízo possessório exerça seu papel, sob pena de descaracterização e inutilidade (SANTIAGO, 2006, p. 412).

Roberta Mauro Medina Maia (2017, p. 201) nega que o fundamento dos interditos possessórios seja a função social desempenhada pela posse, pois que uma boa funcionalização social dada pelo usurpador não traria legitimidade a essa posse viciada. No entanto, não entendemos ser esse o fundamento único da proteção, mas sim aliado à garantia da paz social que, naturalmente, exclui do usurpador a proteção de sua posse viciada contra a sua vítima. Nada obstante, o mesmo embasamento fundamenta a proteção do usurpador contra terceiros que visem tomar dele aquela posse que, mesmo viciada, o é apenas relativamente (viciada em relação à vítima, mas não em relação a terceiros). Se o usurpador passa a ser protegido, pela sua situação de fato, contra terceiros que não participaram da relação de esbulho inicialmente ocorrida, certamente há uma proteção calcada no próprio exercício de posse, na concretização da função social da propriedade e na manutenção da paz social.

Em outras palavras, podemos dizer que a posse é elemento essencial para a concretização da função social da propriedade, ainda que não seja fundamento único para os interditos possessórios.⁵ Se é possível inclusive a desapropriação e consequente perda da propriedade por descumprimento de sua função social,⁶ faz todo sentido que a tutela da posse também ignore o direito de propriedade, ao menos temporalmente, como uma condicionante.

⁴ No ponto é o texto de Roberta Mauro Medina Maia (2017, p. 200), segundo o qual “[e]m outras palavras, se a função social transforma o conteúdo do direito de propriedade (uso, gozo, disposição e reivindicação), moldando o seu exercício, e sendo a posse definida justamente como o exercício de fato de tais poderes, está esta, por definição, igualmente subordinada a uma função social, mesmo quando não houver propriedade por trás dela. Na verdade, é unicamente por meio da posse que se revela se a função social da propriedade é ou não exercida.”

⁵ Roberta Mauro Medina Maia (2017, p. 203) entende que a função social não é fundamento.

⁶ Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco (MENDES; BRANCO, 2016, p. 349-351) fazem referência a pelo menos duas hipóteses de desapropriação por descumprimento da função social da propriedade, nos artigos 184, *caput*, e 182, § 4º, da CRFB/88, mediante indenização em títulos da dívida pública.

Isso porque o direito de propriedade prevalecerá, por óbvio, não se formando, no rito possessório, coisa julgada sobre o domínio (THEODORO JUNIOR, 2018a, p. 135). Esse nem é o objeto dessas ações que, em verdade, buscam tutelar apenas o direito de posse mesmo. No entanto, enquanto a posse não estiver pacificada e definida, não se pode discutir a propriedade, nem mesmo por atuação de terceiros, salvo no caso de esse terceiro não estar discutindo a posse, justamente por ser uma causa suspensiva temporária, existindo uma vedação ao uso da exceção de domínio em ação de natureza possessória em nosso ordenamento jurídico. Essa proibição é “consequência natural da própria distinção entre situações jurídicas possessórias e as situações jurídicas proprietárias” (GAMA; CASTRO, 2015, p. 364), devendo a discussão sobre a propriedade aguardar a pacificação da discussão sobre a posse. Em outras palavras, e esse é ponto fundamental deste trabalho, a posse é um direito temporalmente prevalente ao direito de propriedade, desde que exista discussão anterior sobre a posse.

Dessa forma, quando em processos coletivos sobre ocupação de bens imóveis há o manejo de ações petitorias para despejo ou reintegração de posse, por exemplo, é possível que a Defensoria Pública possa atuar em defesa dessa posse que está sendo contestada pela via processual incorreta a fim de proteger essas pessoas que normalmente estão em situação de vulnerabilidade, garantindo a proteção da posse e da função social do bem. Nesse sentido, a Defensoria atua de maneira bem singular, por meio de intervenção de terceiros *sui generis*, e que será explorada mais a fundo no próximo capítulo.

3 A posse e a atuação da Defensoria Pública na proteção desse direito: intervenção de terceiros como *custos vulnerabilis*

Tamanho é a importância da posse (e do cumprimento de sua função social)⁷ que o *Codex* processual previu uma hipótese inovadora de atuação da Defensoria Pública nos casos de posse coletiva.

Isso porque disciplina o §1º do artigo 554 que “[n]o caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem

⁷ “A função social de posse é mero corolário do princípio constitucional da função social de propriedade e da justiça (LINDB, art. 5º) norteador da ordem econômica, revitalizando-o, para atender aos interesses sociais limitando o arbítrio do possuidor e do proprietário, para que no seio da coletividade se tenha condições para atingir o equilíbrio econômico, ambiental, existencial, amparando o fraco contra o forte. E a função social de posse está ligada ao princípio do respeito e proteção à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), dando tutela jurídica ao possuidor para que se efetive a justiça social e para que se garanta o mínimo convivencial ou existencial” (DINIZ; SANTIAGO, 2023, p. 28).

encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.”

Vejam que há menção ao Ministério Público, cuja intervenção suprarreferida como *custos legis* é pacífica e não merece maiores digressões.

Mesmo raciocínio não se aplica, porém, à intervenção da Defensoria Pública, que a doutrina institucional, capitaneada por Maurílio Casas Maia, nomeou de intervenção como *custos vulnerabilis*.⁸

A intervenção como *custos vulnerabilis* possui alguns pontos de confluência com a atuação do Ministério Público como *custos legis*, porém com ela não se confunde.⁹ Trata-se de uma forma de intervenção que visa a dar efetividade aos próprios objetivos da Defensoria Pública, dentre eles “[a] primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais” (artigo 3º-A, inciso I da LC nº 80/94) e “[a] garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório” (artigo 3º-A, inciso IV da LC nº 80/94). É uma forma de exercício de seu papel constitucional na defesa de hipossuficientes, que se materializa de forma ainda mais latente no processo coletivo.

Ao abordar o tema, parece-nos que a primeira conceituação – e necessária diferenciação de conceitos – é que tal intervenção não se confunde com a figura do *amicus curiae* por um simples motivo: ausência de limitação na atuação, inclusive recursal.¹⁰

⁸ Aqui, utilizaremos o entendimento endossado por Edilson Santana (GONÇALVES FILHO, 2020, p. 197), quando destrincha o termo *custos vulnerabilis* em dois conceitos: o primeiro, em sentido genérico, disciplinando a atuação da instituição em busca do cumprimento das suas missões constitucionais; o segundo, na intervenção enquanto terceiro interessado no processo, noutras palavras, na “intervenção *custos vulnerabilis*”.

⁹ Sobre as interseções entre as figuras do *custos legis* (ou *iuris*) e do *custos vulnerabilis*, Edilson Santana informa que “[n]a Constituição Federal são expressamente previstas duas instituições públicas, dentre as funções essenciais à Justiça, quais sejam, a Defensoria Pública e o Ministério Público. Este último guarda a ordem jurídica, de maneira mais genérica, abstrata e geral, bem por isso é denominado de *custos iuris* (no que podemos também denominar de *amicus iuris*), enquanto o *custos vulnerabilis* (ou *amicus communitas*) serve para designar aquele que exerce um papel mais concreto, voltado a pessoas ou comunidades, que eventualmente podem inclusive chegar a alcançar a sociedade como um todo, como os consumidores. Ao fim e ao cabo, ambas (MP e DP) atuam enquanto *custos societates* (guardião da sociedade), dentro de suas missões constitucionais. Bem por isso, existem pontos convergentes de atuação (por exemplo, atuação em litisconsórcio ativo em uma ação civil pública), assim como pode ocorrer de encontram-se em polos opostos (por exemplo, atuação da Defensoria Pública em defesa de uma comunidade que sofre ação de reintegração de posse ajuizada pelo Ministério Público)” (GONÇALVES FILHO, 2020, p. 195).

¹⁰ Sobre o tema, indica-se a leitura do voto do Ministro Barroso, verdadeira aula magistral sobre a distinção dos conceitos e reconhecimento da atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*. Nesse caso, o Eminentíssimo Ministro Barroso se manifestou pela possibilidade de ingresso da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* em uma ação de controle concentrado de constitucionalidade, cuja atuação não possui previsão legal, porém “é uma decorrência direta da Constituição”. Ver: STF, Decisão Monocrática, Embargos de Declaração na ADPF 709, rel. Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 16/10/2023.

Rememora-se que o Código de Processo Civil de 2015 abordou explicitamente a figura do *amicus curiae*, sendo certo que sua atuação agora poderá se dar em qualquer espécie de processo, quando preenchidos os requisitos do artigo 138.

Os §§1º, 2º e 3º do sobredito artigo disciplinam os poderes e limites da atuação como amigo da corte e, como é possível observar de antemão, trata-se de uma intervenção de terceiro bem limitada, especialmente no manejo de eventuais recursos (cabível apenas a oposição de embargos de declaração e recurso contra decisão que julgar IRDR).

Logo, a atuação da Defensoria Pública nas ações possessórias coletivas descritas no §1º do artigo 554 do CPC tem papel completamente diverso, não se confundindo com a atuação como amigo da corte, eis que a instituição necessita, para o cumprimento de sua função nas ações possessórias coletivas, de um exercício mais ativo, de modo a influir, de maneira menos restrita, na tomada de decisão por parte do órgão julgador. Caso fosse limitada em sua atuação, em verdade não poderia jamais cumprir seu papel. Afinal, o amigo da corte busca trazer informações a fim de auxiliar o julgador a chegar à solução mais justa, limitando-se a fornecer subsídios ao juiz (TALAMINI, 2020, p. 146-147). Já a Defensoria Pública, quando atua como *custos vulnerabilis*, não busca auxiliar a Corte, mas sim proteger os interesses dos hipossuficientes em processos de complexidade elevada como é o caso dos litígios coletivos.

Feita esta diferenciação, torna-se necessário classificar a forma como a Defensoria Pública atuará, separando claramente esse instituto daquele previsto no art. 138 do CPC/15, destrinchando sua natureza jurídica, e os eventuais poderes (e limitações) na defesa das pessoas vulnerabilizadas.

Começemos pelo começo. A natureza jurídica da intervenção como *custos vulnerabilis* é tema instigante, sendo certo que é necessário trazer à baila o debate doutrinário para sua correta compreensão.¹¹

Como analisam Diogo Esteves e Franklyn Roger, “[o] grande ponto é definir se trata-se de uma hipótese de legitimidade extraordinária, uma intervenção processual ad coadjuvandum ou até

¹¹ A atuação nas ações coletivas possessórias não é o único exemplo de atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*. Isso porque, a atuação da Defensoria Pública como órgão de execução penal é um ótimo exemplo de *custos vulnerabilis*, eis que: “A condição de preso, por si só, pressupõe sua hipossuficiência e vulnerabilidade organizacional, não necessariamente financeira. Pode inclusive a Defensoria Pública peticionar e atuar em prol de pessoas presas com advogado constituído, sendo no interesse e de vontade do preso, na qualidade de órgão da execução penal (art. 81-A e art. 81-B da LEP, v. adiante) e na condição não de representante da parte, mas sim como custos vulnerabilis ou custos libertatis, em nome próprio, como já vem reconhecendo o Judiciário, com base no art. 81-A da LEP, similarmente à hipótese prevista no art. 554, §1º, do CPC” (GIAMBERARDINO, 2021, p. 69-70). Reconhecendo a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* na execução penal, ver: TJPR, 5ª Câmara Criminal, Carta Testemunhável 0010431-22.2020.8.16.0083 [0004483-02.2020.8.16.0083/0], Rel. Desembargador Marcus Vinicius De Lacerda Costa, julgado em 26.07.2020.

mesmo uma forma de intervenção fiscalizatória, a exemplo da atuação do Ministério Público nas causas de incapazes. Ademais, torna-se necessário definir quais interesses versados na causa admitem esta atuação e qual seria o seu propósito e extensão” (ESTEVES; SILVA, 2018, p. 456).¹²

O Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais (CONDEGE) possui interessantes enunciados aprovados sobre a temática, merecendo destaque o enunciado nº 01, que assim dispõe: “A atuação da Defensoria Pública, prevista no §1º do artigo 554 do CPC, se dá na condição de *custus vulnerabilis* e não se confunde com a atuação de representantes dos réus e curador especial, podendo, em tese, essas três formas de atuação recair sobre o mesmo defensor na ausência de conflito, ou sobre defensores distintos”.¹³

Conforme leciona Maurílio Casas Maia, a intervenção como *custos vulnerabilis* não possui natureza jurídica de substituição processual e nem de representação processual (MAIA, 2019, p. 94),¹⁴ eis que “a intervenção defensorial prevista no § 1º do art. 554 do NCPC é em uma modalidade obrigatória [de] intervenção de terceiro sui generis, com lastro na missão constitucional da Defensoria Pública – em legitimidade institucional-coletiva –, sendo totalmente independente da presença advocatícia em representação postulatória dos interessados envolvidos”, grifo nosso (MAIA, 2019, p. 96).

A importância das ações possessórias – notadamente nas ações cujo polo passivo possua um grande número de pessoas – não coaduna com uma intervenção tão simplória de uma instituição que pode tanto agregar para o deslinde da causa.¹⁵

¹² Os referidos autores trazem um alerta importante: “Se a parte tem aptidão para conduzir adequadamente o seu processo individual, não poderia a Defensoria Pública intervir no feito sem a aquiescência dela, sob risco de a Defensoria Pública passar a tutelar um interesse próprio, o de fortalecer a sua tese interventiva, a pretexto de uma vulnerabilidade ocasional. Fala-se em hipótese interventiva institucional, mas devemos perceber que a situação, apesar de semelhante, não se confunde com as intervenções do Ministério Público, já que as finalidades de atuação são diversas.” (ESTEVES; SILVA, 2018, p. 457).

¹³ Reproduzido o texto conforme escrito no original. Ver: ENUNCIADOS DA COMISSÃO ESPECIAL DO DIREITO SOCIAL À MORADIA E QUESTÕES FUNDIÁRIAS, CONDEGE. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.condege.org.br/wp-content/uploads/2021/05/Enunciados-Condege.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2024.

¹⁴ Sobre a discussão acerca da natureza jurídica da intervenção (e sua não conceituação com substituição processual e representação processual), Arianne Kwon IEIRI (2019, p. 23-24) traz boas reflexões.

¹⁵ Não se pode concordar aqui com a posição externada por Tito Fulgêncio ao salientar que “Evidente que as providências determinadas pela Lei Processual – designação de audiência de mediação, intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como dos órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana – fazem com que a celeridade assegurada constitucionalmente seja prejudicada, além de trazerem para a esfera do Judiciário matéria a ser debatida e resolvida pelos órgãos competentes para tanto.”, eis que a prática hodierna demonstra a necessidade de que todas as providências sejam adotadas para que se evite despejos e desapropriações em detrimentos de famílias hipossuficientes (FULGÊNCIO, 2015, p. 146).

Daí os limites da atuação como *custos vulnerabilis*: amplo (nos limites da atuação das partes), podendo, inclusive, atuar quando o polo passivo possua advogado particular constituído.¹⁶

Sobre o tema:

A Defensoria Pública, ao atuar com esteio no artigo 554, §1º, não o faz representando diretamente os moradores e atua de ofício, após intimação, independentemente destes constituírem ou não advogado particular. Intervém como guardião dos interesses dos vulneráveis, sem os substituir, de modo a garantir a ampla defesa e o contraditório na figura de custos vulnerabilis, ampliando e qualificando o debate (IEIRI, 2019, p. 24).

Significa dizer que a participação da Defensoria Pública visa trazer maiores informações ao processo, muitas das vezes com uma maior participação daqueles grupos historicamente vulnerabilizados (ou invisibilizados) – sejam eles direta ou indiretamente afetados pelo resultado da demanda –, garantindo um caráter mais dialético do processo e uma decisão mais justa.

Isso porque deve-se haver uma “(...) maior participação possível de outros entes interessados – não diretamente no conflito, mas em termos institucionais – e que não tenham deflagrado a ação, qualificando melhor o debate em face do potencial de grande amplitude do resultado final. Nessa exata perspectiva, a intervenção *custos vulnerabilis* é de fundamental importância para posicionar a Defensoria Pública nesse movimento de pluralização dos participantes em processos de tutela coletiva, constituindo importante ator na defesa de interesses públicos que tocam direta ou indiretamente os vulneráveis, mesmo não sendo demandante da ação” (JUNQUEIRA, 2021, p. 239).

Não são poucos os julgados emanados pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que reconhecem a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*. É possível citar diversos casos, como o Agravo de Instrumento nº 0025215-54.2023.8.16.0000 de relatoria do Desembargador Ruy Alves Henriques, que tratava de ação de reintegração de posse em conflito coletivo, e que concluiu que:

Há de se assentar que a Defensoria Pública detém, com amparo em previsão constitucional, o imprescindível papel a ser exercido na ordem jurídica com “a

¹⁶ Enunciado 02 e 03 do CONDEGE, respectivamente: “A atuação na condição de custos vulnerabilis, prevista no artigo 554, § 1º, do CPC, compreende a intimação de todos os atos do processo, a possibilidade de produção de provas, de requerimento de medidas judiciais e de interposição de recurso” e “A atuação da Defensoria Pública, nos termos do artigo 554, §1º, do CPC, não substitui a representação processual regular das partes e não gerará a presunção de citação de todos os interessados nem a sua preclusão consumativa à apresentação de defesa”.

promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados” (art. 134, da CF). Desta imposição constitucionalmente estabelecida, extrai-se a atuação da Defensoria Pública como “custos vulnerabilis”, isto é, como “guardião dos vulneráveis”, o que encontra paralelo, até mesmo, na participação do Ministério Público como “custos legis” (...). À luz desta compreensão, extrai-se que quando a Defensoria Pública atua nesta qualidade, ela não ingressa como parte no feito. Sua função é precipuamente garantir a tutela adequada daqueles interesses cuja proteção lhe é incumbida, permitindo a ampliação democrática do debate.¹⁷

Outros casos mencionam expressamente a expressão “*custos vulnerabilis*”, e que se concentram nas duas Câmaras que possuem competência regimental para tratar de ações relativas à posse e propriedade no TJPR, as suas 17ª e 18ª Câmaras Cíveis.¹⁸ Entre os precedentes desses órgãos, podemos citar o Agravo de Instrumento nº 0000260-90.2022.8.16.0000, de relatoria do Desembargador Naor Ribeiro de Macedo Neto, cuja ementa resume bem a ideia aqui trazida,¹⁹ o Agravo de Instrumento nº 0050833-06.2020.8.16.0000, de relatoria do Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Antonio Franco Ferreira da Costa Neto, que segue no mesmo sentido, ambos da 17ª Câmara Cível do TJPR e o Agravo de Instrumento nº 0036428-96.2019.8.16.0000, de relatoria da Juíza de Direito Substituta em Segundo Grau Denise Antunes, da 18ª Câmara Cível, para citar alguns.

¹⁷ TJPR, 17ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 0025215-54.2023.8.16.0000, rel. Desembargador Ruy Alves Henriques, julgado em 21/08/2023.

¹⁸ Ver art. 110, inciso VII, alínea “a” do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

¹⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA JULGADA PROCEDENTE. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE DEFERIU HABILITAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO TERCEIRA INTERESSADA E SUSPENDEU A ORDEM DE REINTEGRAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DO MUNICÍPIO. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO CABE INTERVENÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM AÇÕES INDIVIDUAIS. NÃO ACOLHIMENTO. DEFENSORIA PÚBLICA QUE EXERCE A FUNÇÃO DE CUSTOS VULNERABILIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVADOS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE. POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS (ART. 554, §1º, CPC). PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE ESTADUAL DE JUSTIÇA. PLEITO DE REVOGAÇÃO DA DECISÃO QUE SUSPENDEU A ORDEM DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO SE APLICA AO CASO A DECISÃO DA ADPF Nº 828/DF. INVIABILIDADE. TRANSCURSO DE QUASE OITO ANOS ENTRE O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO E O PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE REINTEGRAÇÃO. LAPSO TEMPORAL ELEVADO QUE DEMONSTRA AUSÊNCIA DE URGÊNCIA NO CUMPRIMENTO DA ORDEM. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES SEGURAS SOBRE O ATUAL ESTADO DA ÁREA LITIGIOSA E SEUS OCUPANTES. MAGISTRADO A QUO QUE DETERMINOU EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE CONSTATAÇÃO, A FIM DE INSTRUIR OS AUTOS. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL, QUE AFETA DIREITO CONSTITUCIONAL DE MORADIA DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE, EXIGINDO ESPECIAL CAUTELA DO PODER JUDICIÁRIO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJPR, 17ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 0000260-90.2022.8.16.0000, rel. Desembargador Naor Ribeiro de Macedo Neto, julgado em 01.08.2022). (grifo nosso)

Tais julgados demonstram que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná tem encampado a doutrina institucional do *custos vulnerabilis* nas ações possessórias coletivas, gerando, outrossim, uma maior qualidade decisória por parte dos órgãos julgadores.

Deste modo, dá-se cumprimento à função institucional da Defensoria Pública, eis que “[c]abe, portanto, à Defensoria Pública, dar voz aos necessitados. A necessidade, que não é somente de ordem econômica, revela-se quando se verifica algum tipo de vulnerabilidade. A Defensoria Pública, assim, deve ser compreendida como órgão incumbido da defesa dos vulneráveis ou, em outros termos, instrumento voltado à garantia da ampla defesa e do contraditório para pessoas e comunidades vulneráveis, como uma espécie de “*custos vulnerabilis*” (guardião dos vulneráveis)” (GONÇALVES FILHO, 2020, p. 195).

Essa atuação da Defensoria Pública tem correlação direta, inclusive, com a proteção da posse. Vejam que, tendo poderes mais amplos do que o de um *amicus curiae*, por exemplo, a Defensoria pode influenciar com maior grau de intensidade o resultado da lide, e pode também proteger os posseiros de sofrerem a perda da posse em razão de questões que envolvam o direito de propriedade.

Afinal, como vimos, o direito de posse deve prevalecer temporalmente em relação ao direito de propriedade, ou seja, prevalece enquanto essa posse estiver sendo discutida. Apenas após a pacificação da questão sobre quem tem direito ao exercício da posse é que poderá o dono manejar ação petítória.

Como vimos, a função social da propriedade está bastante vinculada ao exercício da posse sobre o bem, pois que sempre haverá posse quando a função social estiver sendo cumprida, ainda que nem sempre estará sendo cumprida quando houver o exercício da posse. O papel da Defensoria em casos de discussão coletiva da posse também deve ser nesse sentido, protegendo a função social da propriedade, a partir do que o legislador entendeu prevalecer como bem jurídico a ser tutelado. Em outras palavras, ter a posse no sentido dado pela doutrina e pela legislação civil e processual é condição necessária para que se concretize a função social da propriedade, com previsão constitucional de mesma hierarquia que a proteção da própria propriedade, mas de forma mais específica.

O terceiro reconhecidamente proprietário em relação a uma das partes da lide possessória não poderá sobrepor seu direito de propriedade ao direito de posse discutido no âmbito do Poder Judiciário. A pacificação da questão possessória, inclusive nos processos coletivos, privilegiando quem estava há mais de ano e dia exercendo a posse mansa e pacífica sobre a coisa, prevalece

temporalmente sobre o direito de propriedade. Após pacificada a questão da posse, o terceiro titular do direito de propriedade que não tinha qualquer pretensão possessória além do domínio deverá seguir os trâmites legais para retirar do vencedor da ação possessória o exercício da posse, obtendo-a para si pela via judicial: o *ius possidendi*. E isso só poderá ser feito quando não houver mais conflito sobre o exercício da posse.

É possível, no entanto, que em litígios possessórios coletivos o proprietário acabe fazendo uso do seu direito de propriedade durante a discussão possessória, subvertendo a lógica da legislação processual. Nesses casos, é imprescindível a atuação da Defensoria Pública na proteção dos interesses dessas pessoas vulnerabilizadas que acabam vendo suas moradias serem tomadas sem uma discussão possessória isenta. O domínio acaba exercendo sua influência de forma indevida.

Se o terceiro não exercia qualquer tipo de posse sobre o bem discutido em sede de ação possessória, não há fundamento para que esse terceiro, agora, queira sobrepor seu direito de propriedade ao direito de posse dos litigantes. Nesse sentido, ele poderá sim acessar o Poder Judiciário, discutindo a propriedade, mas não poderá interferir no exercício da posse até que esse tema esteja pacificado. O rito, inclusive, é diferente, pois o direito tutelado é totalmente diferente,²⁰ não podendo a oposição,²¹ por exemplo, servir de atalho para frustrar a utilidade e função do juízo possessório.

É justamente nesse sentido uma das grandes atribuições da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*, protegendo a coletividade hipossuficiente que vê seu direito à posse ser deturpado por questões de domínio. É mais uma manifestação da importância da instituição e de seu papel na sociedade, preservando direitos básicos e tutelando, nesses casos, a própria função social da propriedade.

²⁰ O STJ já deixou isso bastante claro quando tratou da partilha de direitos possessórios de forma apartada do direito de propriedade em acórdão em que afirmou que “[d]iante da autonomia existente entre o direito de propriedade e o direito possessório, a existência de expressão econômica do direito possessório como objeto de partilha e a existência de parcela significativa de bens que se encontram em situação de irregularidade por motivo distinto da má-fé dos possuidores, é possível a partilha de direitos possessórios sobre bens imóveis não escriturados”: STJ, 3ª Turma, REsp 1.984.847/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21/06/2022, DJe 24/06/2022.

²¹ Elaine Macedo e George Jales (2015) trazem estudo interessante sobre a oposição em âmbito de discussão possessória que vale a pena conferir.

4 Conclusões

Como vimos, em última análise, a propriedade é um direito que prevalece sobre o direito de posse. Nada obstante, e de forma marcada no tempo, há um movimento inverso de prevalência do direito de posse sobre o direito de propriedade. Esse tempo é destacado pelo conflito sobre o exercício da posse. Enquanto houver esse conflito, não é possível mesmo se falar sobre propriedade para afastar o direito de posse, sob pena de esvaziamento do instituto.²²

A função social da propriedade é fundamento para o exercício da posse, legítima, que é em si fundamento para os interditos possessórios previstos no CPC/15. A proteção da função social da propriedade, a garantia da paz social e a vedação da realização de justiça com as próprias mãos trazem o embasamento para a tutela possessória como um direito temporalmente prevalente ao direito de propriedade, impedindo quaisquer intentos com base no domínio para frustrar a discussão possessória em curso, preservando a utilidade dessa tutela processual que seria completamente esvaziada no caso de se admitir que a alegação de domínio pudesse servir de fundamento jurídico para obtenção prematura da posse controvertida.

É exatamente nesse contexto que a Defensoria Pública exerce papel institucional de elevada importância, quando a discussão possessória envolve uma coletividade no polo passivo. O processo coletivo merece cuidados institucionais maiores, especialmente em caso de hipossuficientes, e o CPC/15 trouxe previsão singular que merece reconhecimento. É justamente na proteção da função social da propriedade que se encaixa a proteção da posse, e que se torna ainda mais relevante quando envolve multiplicidade de pessoas em condição de hipossuficiência.

Dessa forma, e inclusive a partir de direcionamento dado pelo STJ sobre o tema,²³ podemos concluir que há, de fato, uma característica peculiar que torna o direito de posse temporalmente prevalente ao direito de propriedade, não podendo ser deturpado nem mesmo por atuação de terceiros. Nesse contexto, festejamos a atuação da Defensoria Pública na intervenção de terceiros *sui generis*, batizada de *custos vulnerabilis*, e que possibilita a proteção mais abrangente da coletividade hipossuficiente no exercício da função social da propriedade, por meio da posse. A proteção da coletividade hipossuficiente é um fardo dos mais importantes e a atuação da instituição como *custos vulnerabilis* deve ser incentivada para garantia do exercício do direito de posse e, conseqüentemente, da função social da propriedade.

²² Salvo, claro, eventual abuso de direito ou má-fé, entre outras causas específicas que deslegitimem a proteção da discussão judicial possessória em relação ao domínio.

²³ Ver Informativo nº 701: STJ, 3ª Turma, REsp 1.909.196/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15/06/2021, DJe 17/06/2021.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. v. 1. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

COLLADO, Pedro Escribano. *La propiedad privada urbana: encuadramiento y régimen*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1979.

DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Programa de direito civil III: direito das coisas*. Rev. e Anotações José Gomes de Bezerra Câmara. Atual. Laerson Mauro. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

DINIZ, Maria Helena. SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Função Social e Solidária da Posse*. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

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

FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias: teoria legal – prática*. 12 ed. Livro Eletrônico. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. CASTRO, Diana Loureiro Paiva. Proteção possessória no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 249, p. 347-375, São Paulo: Ed. RT, nov. 2015.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários a Lei de Execução Penal*. 3 ed. Belo Horizonte: CEI, 2021.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana Gonçalves. *Defensoria pública e a tutela coletiva de direitos - teoria e prática*. 2 ed. Livro Eletrônico. Salvador: JusPodivm, 2020.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Comentários ao art. 565. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre (coords). *Comentários ao código de processo civil*. Livro Eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2016.

IEIRI, Arianne Kwon. Intervenção da Defensoria Pública nos litígios coletivos possessórios. *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 4, n. 23, p. 21-31, nov. 2019.

IHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. Tradução de Pinto de Aguiar. 3 ed. Bauru: EDIPRO, 2008.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. ZVEIBIL, Daniel. REIS, Gustavo. *Comentários à Lei da Defensoria Pública*. 2 ed. Livro Eletrônico. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MACEDO, Elaine Harzheim. JALES, George. O ajuizamento de ação petitoria no curso de ação possessória: análise crítica da oposição como meio adequado em face da introdução do artigo 557 no novo Código de Processo Civil. *Revista da AJURIS*, v. 42, n. 137, mar. 2015. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11432/2/O_ajuizamento_de_acao_petitoria

A posse como direito temporalmente prevalente à propriedade: a proteção possessória pela defensoria pública e o seu fundamento constitucional

[_no_curso_de_acao_possessoria_analise_critica_da_oposicao_como_meio_adequado_em_face_da.pdf](#)>. Acesso em: 14 mar. 2024.

MAIA, Maurílio Casas. A Intervenção de Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias: uma resenha sobre o § 1º do art. 554 do NCPC e o custos vulnerabilis. *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 4, n. 25, p. 92-101, dez. 2019.

MAIA, Roberta Mauro Medina. A tutela possessória como instrumento de pacificação social: ainda sobre os fundamentos dos interditos possessórios. In: TEPEDINO, Gustavo. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. ALMEIDA, Vitor. *Da Dogmática à Efetividade do Direito Civil: anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais, posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição*. v. 4. 24 ed. Rev. e Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Da impossibilidade de concomitância entre juízo possessório e juízo petitório. In: MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Questões processuais do novo Código Civil*. Barueri: Manole, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TALAMINI, Eduardo. O *amicus curiae* e as novas caras da justiça. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, a. 20, n. 79, p. 133-185, jan./mar. 2020.

TARTUCE, Flávio. Das ações possessórias diretas no novo Código de Processo Civil e suas consequências para o tratamento constante do Código Civil de 2002. In: TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil*. São Paulo: Editora Método, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 3. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018b.

Referências jurisprudenciais

STF, Decisão Monocrática, Embargos de Declaração na ADPF 709, rel. Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 16/10/2023.

STJ, 3ª Turma, REsp 1.909.196/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15/06/2021, DJe 17/06/2021.

STJ, 3ª Turma, REsp 1.984.847/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21/06/2022, DJe 24/06/2022.

TJPR, 5ª Câmara Criminal, Carta Testemunhável 0010431-22.2020.8.16.0083 [0004483-02.2020.8.16.0083/0], rel. Desembargador Marcus Vinicius De Lacerda Costa, julgado em 26/07/2020.

TJPR, 17ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 0025215-54.2023.8.16.0000, rel. Desembargador Ruy Alves Henriques, julgado em 21/08/2023.

TJPR, 17ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 0000260-90.2022.8.16.0000, rel. Desembargador Naor Ribeiro de Macedo Neto, julgado em 01/08/2022.

TJPR, 17ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 0050833-06.2020.8.16.0000, rel. Juiz Substituto em 2º Grau, Antonio Franco Ferreira da Costa Neto, julgado em 02/08/2021.

TJPR, 18ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 0036428-96.2019.8.16.0000, rel. Juíza Substituta em 2º Grau, Denise Antunes, julgado em 06/12/2019.

O constitucionalismo como método e as garantias processuais como metodologia: a efetivação do devido processo legal

Constitutionalism as method and procedural guarantees as methodology: the realization of due process of law

Eraldo Silveira Filho *  

Resumo: O artigo verte um estudo sobre a compreensão do constitucionalismo como método, concatenado com as garantias processuais tidas como metodologia, instrumental para atingir o objetivo civilizatório da limitação do poder. Trata inicialmente da genealogia do constitucionalismo, buscando um apanhado histórico que confira sentido filosófico ao acúmulo de experiências cronológicas que impulsionou as revoluções liberais do final do século XVIII. Associa a sedimentação histórica do devido processo legal com as bases do constitucionalismo moderno e contemporâneo. Conjuga expressões do constitucionalismo em outros países ocidentais. Reconhece nas garantias processuais, a partir do acesso à jurisdição, inegáveis irradiações do devido processo legal.

Palavras-chave: constitucionalismo; influência greco-romana; ocidente; devido processo legal; garantias processuais.

Abstract: The article is a study of the understanding of constitutionalism as a method, linked to procedural guarantees seen as a methodology, instrumental in achieving the civilizing objective of limiting power. It initially deals with the genealogy of constitutionalism, seeking a historical overview that gives philosophical meaning to the accumulation of chronological experiences that drove the liberal revolutions of the late 18th century. It associates the historical sedimentation of due process of law with the foundations of modern and contemporary constitutionalism. It combines expressions of constitutionalism in other Western countries. It recognizes in procedural guarantees, starting with access to jurisdiction, undeniable irradiations of due process of law.

Keywords: Constitutionalism; Greco-Roman influence; the West; due process of law; procedural guarantees.

Recebido em: 28/04/2024

Aprovado em: 23/12/2024

Como citar este artigo:

SILVEIRA FILHO, Eraldo. O constitucionalismo como método e as garantias processuais como metodologia: a efetivação do devido processo legal.

Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, vol. 6, n. 3, 2024, p. 155-176.

* Universidade Federal de Alagoas.

1 Introdução

A ideia de desenvolver o presente estudo reflexivo se deu a partir da compreensão histórica do constitucionalismo, inicialmente como um movimento político direcionado à necessidade de limitação do poder. Nesse desdobrar, encontramos a construção do constitucionalismo como uma teoria, dedicada ao desenvolvimento descritivo e racional dos valores consubstanciados como normas de direito fundamental. Do mesmo modo, as garantias processuais refletem instrumentalmente os direitos fundamentais para legitimar a jurisdição.

Assim, o estudo aqui apresentado tem como objetivo apontar, em caráter exploratório, elementos de reconstrução histórica do intento de limitação do poder. Tal proceder é indissociável da percepção cultural do direito, assim como do transpassar secular de sentido do princípio nuclear do devido processo legal e da verificação do seu desdobramento nas garantias processuais.

O texto se subdivide em três seções: a genealogia do constitucionalismo; o constitucionalismo como método; e as garantias processuais como metodologia para a efetivação do estado constitucional e democrático de direito. Na primeira, percorremos, em alguma medida, o avançar dos séculos para compreender matrizes históricas da institucionalização do direito. Na segunda, vislumbramos a instrumentalização do constitucionalismo como método para se atingir o objetivo civilizatório da limitação do poder. Na terceira, enfatizamos a noção de devido processo legal como ideário principiológico da racionalidade normativa e da emanação das garantias processuais.

A metodologia partiu especialmente da revisão bibliográfica de obras que contextualizam o direito constitucional num horizonte histórico, como as de Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes, atuais ministros do Supremo Tribunal Federal, bem como tomando como referência a obra organizada por Antonio Carlos Wolkmer, “Fundamentos de História do Direito”, no intuito de absorver mais fragmentos do passado remoto das civilizações gregas e romanas, na genealogia institucional do mundo ocidental. Outrossim, conjugamos tal revisão com reflexões oriundas da crítica proposta em artigo de Paolo Comanducci e de passagens dos textos constitucionais brasileiros, incluindo o processo constituinte de 1988, quanto à inclusão expressa da fórmula normativa do “devido processo legal” no seu texto.

2 A genealogia do constitucionalismo

Antes do surgimento da escrita, considerando-se, assim, a arqueologia do passado mais remoto da humanidade, não há registro de uma atividade estável de observação do comportamento

humano, destinada ao controle de sua conduta e à solução padronizada de conflitos, nos moldes do que hoje chamamos de Direito. Nesse passado mais distante, cuja observação do funcionamento resta inacessível, tem-se, pelo menos, a noção de um princípio de força, a se desdobrar em mitologia e escravidão (Barroso, 2015, p. 27). Quanto a este mesmo tempo, tido como um tempo imemorial da humanidade, que podemos chamar de antiguidade profunda ou antiguidade pré-bíblica, o que se colhe, ao prospectar o conhecimento mais longínquo organizado nos museus de história do mundo, é a precedência de uma espécie humana com habitat nômade e oscilante, ao mesmo tempo já dotada dos atributos de lutadora e guerreira, em busca da alimentação essencial à sobrevivência, antes da fixação dos homens nas primeiras vilas e cidades.

Os primeiros sinais de civilização rudimentar apontam para o Velho Reinado do Egito, por volta de 2600 a.C, sem registro de regras pré-estabelecidas de conduta, a título de controle coletivo e organizado. Numa variação, registros da Babilônia, civilização também rudimentar, conhecida igualmente por Mesopotâmia, situada na região do atual Iraque, indicam a produção de uma ideia rudimentar de leis, antes mesmo do famigerado Código de Hamurábi, o qual possui data estimada por volta do século XVIII antes de Cristo (entre 1800 e 1700 a.C.); e atualmente se encontra exposto no Museu do Louvre, em Paris, corporificado por uma grande e polida pedra escurecida medindo um pouco mais de 2m de altura; e dispondo um compilado jurisprudencial em letra árabe, dividido pela interseção de milhares de linhas horizontais e dezenas de colunas. Ainda nesse fase civilizatória rudimentar, têm-se registros oriundos da Pérsia, situada na região do atual Irã, incluindo contexto em que existiam regras pré-estabelecidas, como a denominada Lei dos Reis, em decorrência da cultura incentivadora da instituição de leis locais e religiosas. Aliás, também se noticia que foi o Império Persa, por volta do século VI a.C., que libertou os judeus da Babilônia. Por sua vez, o povo Hebreu, tido como ancestral dos judeus e israelitas, cultivou a instituição da sua Lei Escrita, denominada Torah, a partir dos cinco primeiros livros do Velho Testamento, conjunto este conhecido como Pentateuco. Além disso, os Hebreus incluem como diretriz normativa o documento conhecido como Talmud, composto pela compilação da sua Lei Oral, referente à perpetuação da tradição imemorial do seu povo, transmitida hereditariamente às sucessivas gerações “desde séculos antes de Cristo” (Barroso, 2015, p. 28).

Após percorrer e absorver todo esse longo e inacabado quadro histórico, aqui sumariamente condensado, permite-se, no ângulo da civilização ocidental, observar referências ético-religiosas da “teologia judaico-cristã”, assim como inspiração de parâmetros racionais advindos da “cultura greco-romana” (Barroso, 2015, p. 28).

Ao navegarmos por esses tempestuosos mares de prospecção da genealogia do constitucionalismo e, por indispensável, ainda antecedentemente, da genealogia das civilizações, cumpre ter o horizonte de que cada etapa evolutiva da vida humana no planeta terra contou com aquele padrão valorativo correspondente ao seu próprio “grau de evolução”, mesmo que tenhamos como bastante difícil falar da ideia de lei como texto jurídico antes do advento da escrita. Paralelamente, também é oportuno assentar a necessidade de crítica a uma explicação meramente evolucionista do direito primitivo até chegar a um direito moderno e contemporâneo mais aprimorado, pela simples passagem do tempo em saltos. A respeito, impõe-se ter sempre em mente que a linha do tempo da civilização, mesmo que inegavelmente evolutiva em muitos pontos do seu tracejamento, precisa permanentemente ser avaliada e refletida sob a ótica de sua complexificação, com o aporte de expressões antropológicas e sociológicas (Wolkmer, 2014, p. 02/12).

Num recorte, em busca de elementos mais peculiares do contexto da Grécia antiga, tendo em conta sua influência na matriz cultural ocidental, calha delinear a convenção de se dividir tal contexto em, pelo menos, quatro períodos: arcaico (séculos VIII a VI a.C.), até o início das guerras persas; clássico (séculos V e IV a.C.); helenístico, de Alexandre Magno à conquista romana da região do Mar Mediterrâneo oriental, onde se situa a Grécia; e romano, da derrota de Antônio e Cleópatra para Augusto em diante. Todavia, no marco do interesse do direito grego, o foco principal é o período que considera o estabelecimento da pólis, por volta do século VIII a.C., até a fixação dos reinos helenísticos, demarcada no século III a.C. Tal foco se direciona a cinco séculos inseridos nos denominados períodos arcaico e clássico. Convém, ademais, ressaltar que o paradigma utilizado nessa referência à cultura grega geralmente é Atenas, e não outras cidades gregas (Souza, 2014, p. 77).

A relevância distintiva de Atenas guarda relação com o realce do seu desenvolvimento político, no tocante à democracia; e à sua expressão jurídica daquela época, a ideia de formação do poder por meio da legislação e do processo (Souza, 2014, p. 78).

Aqui desdobrada no protagonismo de Atenas, a cultura grega foi se espalhando a partir da condição geográfica peculiar do Mar Mediterrâneo, num processo nascente daquilo que temos como colonização, impulsionado por variados motivos, como seca ou chuva. Diante da necessidade de alimentar e prover sua população em crescimento, parte dela se lançava pela região do Mediterrâneo a fim de explorar novos territórios (Souza, 2014, p. 78). Tal expansão da cultura grega ocorreu notadamente no denominado período arcaico (séculos VIII a VI a.C.), época de inegáveis transformações, como, por exemplo, o emprego de técnicas referentes ao aprimoramento

de atividades: armamento, naval e terrestre; cavalo montado; moeda; e alfabeto (Faure, *apud* Souza, 2014, p. 79).

Conquanto na nossa contemporaneidade tais aspectos sejam tidos como triviais, no passado mais remoto aqui traçado, contribuíram de modo relevante para verdadeiras reformas sociais. Por exemplo, com a adoção da moeda a incrementar o comércio e potencializar o câmbio econômico, decorre um arrefecimento do poderio aristocrata. Com o surgimento da escrita, permite-se a sistematização seminal das leis, semelhante à codificação, bem ainda proporciona a ideia de difusão das leis “através de inscrições nos muros das cidades”, o que também caracteriza mais um elemento de arrefecimento da concentração de poder pela aristocracia (Souza, 2014, p. 79).

Embora se tenha notícia de atividade legislativa anterior, mesmo que incipiente, as figuras de Drácon e Sólon foram as que tiveram maior ressonância histórica como “legisladores atenienses”. Drácon (620 a.C.), reconhecido pela severidade; e Sólon (594-593 a.C.), não só exaltado por suavizar a severidade de Drácon, como também por proceder a uma profícua “reforma institucional, social e econômica”. Nesse contexto de racionalidade legislativa, direcionado pela figura de Sólon, tem-se a criação do chamado tribunal de Heliaia, germinando a ideia de acesso à jurisdição, assim como o critério de que a lei estaria acima do detentor do poder a quem compete a sua aplicação (Ferreira, *apud* Souza, 2014, p. 80).

Todavia, compreende-se, na perspectiva histórica mais alargada, que essa noção seminal do direito grego não teve a mesma ressonância de utilização como instrumento das relações intersubjetivas que o direito romano, durante o período de edificação do chamado estado moderno (longo e fragmentado período de tempo entre a Idade Média e a Idade Moderna). Essa diminuição em comparação com o inegavelmente consagrado e influenciador direito romano muito decorreu porque, no auge da civilização grega, o aludido período arcaico (VIII a VI a.C.), a escrita ainda era uma inovação em processo de consolidação, tendo sua tecnologia amadurecido, incluindo a atividade de produção de livros, mais adiante no longo curso da história (Souza, 2014, p. 82/88).

Não obstante, a prospecção dos elementos da cultura grega no seu auge permitirá notar justamente a efervescência inicial de um senso crítico filosófico que muito contribuiu para a ideologia do constitucionalismo maturada no transcurso da secularização civilizatória. Desde a exigência de leis escritas como alicerce de previsibilidade no exercício do poder pelos juízes, até o cultivo da instituição do tribunal do júri, como símbolo não só de arejamento democrático da jurisdição, mas também de regularidade procedimental dela (Souza, 2014, p. 88/99).

Com a dominação de Roma, conquistando a região oriental do Mar Mediterrâneo, o que inclui a Grécia, já na virada da contagem cronológica dos últimos séculos a.C. e dos primeiros séculos da Era Cristã, restou à cultura grega atuar como motriz de composição da denominada cultura greco-romana. Mais precisamente no âmbito jurídico, tal influência imprime marcas na própria instituição do júri popular; na figura do advogado, notadamente diante da relevância da formação aprimorada com técnicas de “retórica e eloquência forenses”; e no esquadramento categorizado de institutos jurídicos, como as espécies de homicídio, a legítima defesa, a gradação de penas, a mediação (Souza, 2014, p. 109).

Nessa transição condensada da cultura greco-romana, observa-se como núcleo de condensação cultural a tradição arraigada na denominada religião familiar. Entre linhas, o desenvolvimento das cidades e o avanço do regramento das condutas pela ideia de lei teve que encontrar matizes de composição com práticas consolidadas do regramento costumeiro advindo da instituição ampliada e simbolizada pela religião familiar, orbitante em torno da figura do *pater familias*. Ele concentrava as funções de “chefe político, sacerdote e juiz”, no sentido de “unidade da sociedade antiga”, unidade esta que também abarcava dentro dela, além dos parentes, a conservação de outras figuras tidas ostensivamente como classe inferior, como os escravos e as suas variações, manietadas socialmente pela sombra da aludida unidade centralizadora (Nogueira, 2014, p. 114).

Num esforço de síntese, apenas com o intuito de contribuir para mera ilustração do limiar histórico, consideram-se, pelo menos, quatro períodos cronológicos do Império Romano: realeza (das origens a 510 a.C.), da fundação à queda da realeza, queda de “Tarquínio, o soberbo”; república (510 a.C. até 27 a.C.), época de maior prestígio das chamadas magistraturas romanas, incluindo seus diversos éditos e, no intuito de equacionamento dos conflitos entre patrícios e plebeus, pela ideia de bem-estar do povo como bem supremo, a repercutida passagem da Lei das XII Tábuas (por volta de 449 e 451 a.C.), até a investidura de Otaviano no exercício de um poder centralizado, como príncipe; principado (de 27 a.C. até 285 d.C.), marcado pela realização dos comícios centuriais em Roma, em que as classes superiores e privilegiadas com base no critério patrimonial acabam por prevalecer, devido ao peso excessivamente diferenciado que lhes atribuíam nas votações, além da atuação do príncipe como monarca absoluto nas províncias imperiais; e baixo império (de 285 até 585 d.C.), demarcado pelo chamado *dominato*, iniciado com Diocleciano, período de exacerbação do poder absoluto, passando o imperador da antecedente figura do príncipe para a do *dominus*, o senhor do império, período este cujo prolongamento cronológico é delimitado com a morte de Justiniano, em 585 d.C. (Véras Neto, 2014, p. 140).

Pois bem. Naquilo que mais interessa, sob um método dialético de cunho historicista, para o propósito de compreender a genealogia do constitucionalismo, inspirado como pensamento para a limitação do poder e estabilização de condutas por meio da lei, importa, com efeito, ter em conta a assimilação deste ideal desde a antiguidade, mediante a composição de influxos entre costumes sedimentados pela tradição com a racionalização e a difusão da escrita como ferramenta. Tal discernimento voltado à engenharia de regulação social, ao modo e à peculiaridade de cada recorte cronológico e espacial, fez-se presente nos propalados códigos da Antiguidade, por exemplo, a título de mera ilustração, Hamurábi, Manu, Sólon, Lei das XII Tábuas (Wolkmer, 2014, p. 05).

Adiante, mesmo após a queda do Império Romano e o inegável enfraquecimento de suas instituições durante o início da Idade Média, já ao final desse denominado período cronológico, no também repercutido “período renascentista europeu”, nota-se o resgate da interpretação jurídica romana, pelo uso remodelado de sua célebre consolidação, batizada pelos estudiosos de *Corpus Iuris Civilis* (*Institutas, Digesto, Pandectas, Código, Novelas*). Nesse transitar cronológico e, também, econômico do mercantilismo para o capitalismo, com maior disseminação concorrencial, o direito romano foi recepcionado mais no aspecto formal de cunho estruturante e redacional do que no aspecto substantivo, remodelado pelo modo de produção da correspondente economia vigente (Véras Neto, 2014, p. 153/165).

Ao passo que da cultura romana se extraiu a base ideológica de estruturação de um direito prático e estruturado formalmente, da cultura grega se extraiu o aporte ideológico de um direito com sentido filosófico.

De fato, o termo “constitucionalismo”, em si, tem sua utilização relacionada às revoluções do final do século XVIII, na França e nos Estados Unidos, todavia o seu núcleo de sentido filosófico tem irradiação desde a pólis grega, nada obstante sua descontinuidade política e a mera fragmentação dos seus ideais durante longo período (Barroso, 2015, p. 28/32). O núcleo de pedra do sentido do constitucionalismo é “limitação de poder e supremacia da lei”. Para além da formulação de lei, a ideia de constitucionalismo exige a limitação do poder, em pelo menos três perspectivas: material (valores básicos como direitos fundamentais); divisão organizada do poder (controle recíproco); e garantias processuais (devido processo legal, regras procedimentais de previsibilidade e substanciais de racionalidade).

Nesse longo caminhar, o constitucionalismo vem demarcando referências até a contemporaneidade (séculos XX e XXI). Ainda em caráter embrionário, no Reino Unido, têm-se as referências da Magna Charta (século XIII) e o lançamento das bases do constitucionalismo

moderno a partir do século XVII, com a submissão da monarquia à supremacia do parlamento e à independência do judiciário (*Petition of Rigths, Bill of Rights, Act of Settlement*). Adiante, nos Estados Unidos, tem-se “a primeira Constituição escrita do mundo moderno”, em 1787, com sua correspondente supremacia constitucional (*rule of the law*), repercutida especialmente pela noção de controle de constitucionalidade e pela tradição de conferir interpretação vinculante aos precedentes da Suprema Corte (Barroso, 2015, p. 34/46).

3 O constitucionalismo como método

Como tracejado no capítulo anterior, a concepção embrionária do constitucionalismo percorreu os séculos, desde a Antiguidade Clássica (cultura greco-romana) até as portas da Idade Contemporânea (revoluções constitucionais do século XVIII), no sentido de limitação e controle do poder. Nesse trajeto, repara-se uma afluência de esforços jurídicos, econômicos, políticos e sociais, que contribuiu para a densificação de um pensamento filosófico a ponto de se corporificar como verdadeiro método de limitação do poder, notadamente por meio do compromisso de lhe conferir racionalidade. Convertida a abstração ideológica do contrato social na formalização concreta do pacto constitucional, pelo menos no que diz respeito ao seu espectro jurídico, tem-se a experiência real da aplicação do constitucionalismo como método de limitação do poder (Ferrajoli, 2010, p. 793).

Enquanto a idealização permanecia nos contornos de uma cidadania restringida pela condição de classe, ou pela condição hereditária da longínqua tradição do passado remoto, assim como pela abstração do contrato social ou de um ordenamento jurídico meramente formal, colhia-se a noção do constitucionalismo como mera ideologia, reputando-se esta, conceitualmente, “um sistema teórico-prático de justificação política das posições sociais” (Demo, 1985, p. 87).

No entanto, com o acúmulo das experiências históricas, inegavelmente fragmentadas, de imposição, composição e exteriorização do poder, ressurre no avançar da genealogia do constitucionalismo, notadamente a partir das revoluções liberais do final do século XVIII, avançando para os séculos seguintes, a configuração do constitucionalismo como método. Corporificada pela arquitetura do estado democrático de direito, tal configuração estabelece no modelo de estado moderno ocidental, literalmente, a constituição no sentido de fundação política de cada nação territorialmente delimitada e legitimamente governada. Para tanto, considera-se como inerente a essa complexa equação a institucionalização explícita da fonte do poder, bem ainda das regras para sua obtenção e exercício, além de seu delineamento organizacional. O

adjetivo democrático, a atuar como eixo dessa arquitetura que se julga mais desenvolvida, que, digamos assim, o ordinário estado de direito, reflete, para além da ideia de governo da maioria, o governo de todos, incluindo as minorias (de cunho racial, religioso, cultural) e notadamente os grupos de maior vulnerabilidade política, como as mulheres e os economicamente excluídos (Barroso, 2015, p. 65/66).

A propósito, no artigo acadêmico denominado “Formas de (neo)constitucionalismo: uma análise metateórica”, o autor italiano Paolo Comanducci (2002, p. 89/90), não obstante suas inegáveis críticas, aponta a segmentação conceitual elaborada em torno do conceito de (neo)constitucionalismo, em paralelo com os sentidos de positivismo jurídico atribuídos por Norberto Bobbio.

Comanducci (2002, p. 96/99), em sua crítica, inicialmente, distingue constitucionalismo de neoconstitucionalismo, sendo o primeiro mencionado como mera ideologia de limitação do poder e subsequente afirmação de direitos naturais, correspondentes aos denominados direitos fundamentais, enquanto o segundo engendrado como uma teoria concorrente da teoria positivista. Todavia, reconhece que o neoconstitucionalismo repercute a consolidação secular das conquistas do processo de constitucionalização, resultante numa alternativa à teoria do positivismo jurídico tradicional, com a superação de um sistema jurídico engessado pelo estatismo, o legicentrismo e o formalismo interpretativo. Nada obstante, o aspecto sobressalente trata das características peculiares da interpretação constitucional comparada com a interpretação do direito tradicional e os correspondentes graus de adstrição interpretativa, mormente no tocante à atividade jurisdicional das cortes constitucionais.

Além do mais, Paolo Comanducci (2002, p. 101/102) explora o tensionamento reflexivo acerca da necessária, ou apenas contingente, conexão entre direito e moral para assinalar um contraste distintivo ao neoconstitucionalismo como teoria. Entretanto, ao reconhecer que os modelos de estado tiveram modificações pela própria dinâmica social que acompanhou o transcurso dos séculos na contemporaneidade, assume que a teoria neoconstitucional não se trata de uma perspectiva incompatível com o juspositivismo, mas sim a sua tradução contemporânea.

A discussão sobre a conexão, necessária ou contingente, do direito com a moral a título de determinação do (neo)constitucionalismo como método acaba cedendo espaço para a admissão de que, a rigor, a moral é cooriginária do direito (Dworkin, 2007, p. 12). Nesse rumo, o que vai trazer espessura concreta à compreensão do constitucionalismo como método é o acúmulo observacional,

é dizer, o acúmulo empírico da sua casuística, destacadamente no âmbito da jurisdição respaldada pelas cortes constitucionais, mediado pela dialética axiológica do seu desenrolar histórico.

A propósito, embora se atribua à Suprema Corte dos Estados Unidos a sedimentação institucional do controle de constitucionalidade das leis, é no acúmulo fragmentado dos progressos e retrocessos da formação histórica e cultural do regime democrático britânico, equilibrado entre a prevalência da forma de governo monárquica e do sistema parlamentarista, que se encontra a ideia de *higher law*, isto é, a noção da existência de um direito superior e inerente à necessária civilidade da coexistência humana em sociedade. Tal construção é vertida no que se consagrou chamar de *common law*, a admissão cultural de que necessariamente deve existir um entendimento compartilhado coletivamente; e não necessária e detalhadamente escrito, acerca do respeito aos princípios fundamentais e autoevidentes, extraídos dos costumes que regem a sociedade. A demarcação ilustrativa e cronológica dessa construção jurídico-cultural encontra referência na célebre passagem histórica do *Bonham's Case*, datado de 1610, em que o magistrado Edward Coke assentou a possibilidade do controle jurisdicional sobre a interpretação das leis positivadas (Bobbio, 1995, p. 33/34).

Na esfera da atuação da Suprema Corte estadunidense, encontraremos inúmeros precedentes que, seguindo neste processo de acumulação histórica, mais uma vez, de progressos e retrocessos, ou ainda, “prudências e ousadias, ativismo e autocontenção”, expressam não só o desenrolar; mas, especialmente, o costurar de um verdadeiro novelo jurisdicional, direcionado à contextura institucional da nação, pautada pela sobreposição da racionalidade (Barroso, 2015, p. 44).

Nesse quadro, convém avivar alguns destes precedentes que demarcam o histórico da jurisdição constitucional norte-americana, ilustrando a prática do constitucionalismo como método, ou proceder de estabelecimento das diretrizes para a interpretação do sistema jurídico, naturalmente se considerando o recorte temporal, espacial e cultural de cada fase da sua trajetória.

Em *Marbury v. Madison* (1803), consagrou o princípio da supremacia da Constituição, a ser protegido pelo poder judiciário, mediante justamente o controle de constitucionalidade dos atos dos demais poderes (executivo e legislativo) e a prerrogativa de invalidação jurídica desses atos.

Em outros relevantes precedentes, como *Luther v. Borden* (1849), *Baker v. Carr* (1962) e *Powell v. McCormack* (1969), foi delineada a restrição interpretativa acerca da *political question doctrine*, direcionada ao reconhecimento da inadequação da intromissão jurisdicional em assuntos cuja natureza política revela protuberância, com a subsequente deferência à palavra final manifestada pelos outros dois poderes. Antes ainda, em *McCulloch v. Maryland* (1819), procedeu-

se ao desenvolvimento da doutrina dos poderes implícitos, a qual expressa a interpretação de que atribuições próprias e necessárias ao desempenho de competências inequívocas conferidas pela Constituição, conseqüentemente, dispensam previsão expressa e textualmente pormenorizada no texto constitucional. Indo além, em *United States v. Nixon (1974)*, afastou-se a alegada imunidade protetiva do poder executivo, porquanto não se confundiria com um valor absoluto, pelo contrário, necessitando ceder à indispensabilidade de produção probatória judicializada em processo penal, no mundialmente repercutido caso *Watergate* (Barroso, 2015, p. 44/45).

Nesse aspecto de proeminência do devido processo legal, por exemplo, em casos como *Gideon v. Wainright (1963)*, *Miranda v. Arizona (1966)* e *Vitek v. Jones (1980)*, a *U.S. Supreme Court* efetivou salvaguardas de cunho procedimental, tais quais o direito de citação como necessário e formal conhecimento prévio do conteúdo de uma acusação; o direito ao contraditório como reação a tal acusação; o direito a uma defesa técnica por advogado particular ou defensor público; o direito a um juiz imparcial; o direito de permanecer calado e ser advertido de que sua fala poderá ser usada contra si mesmo em juízo (Barroso, 2015, p. 45).

Para além da perspectiva exclusivamente procedimental, o devido processo legal assumiu, no repertório da Suprema Corte estadunidense, uma perspectiva substancial, direcionada à valoração de racionalidade e razoabilidade na interpretação, no sentido de se exigir uma inteligibilidade coerente e plausível nos critérios determinantes para o exercício da jurisdição e da sua prerrogativa da última palavra, incluindo a avaliação e o controle dos atos discricionários dos outros poderes (Barroso, 2015, p. 45).

A rigor, o devido processo legal na perspectiva substantiva se destina a expandir, atualizar e incrementar o controle de constitucionalidade, incluindo aportes construtivos e valorativos, baseados em cláusulas abertas de interpretação. No caminhar dialético da história, a doutrina do devido processo legal substantivo como modelo de *judicial review* pela Suprema Corte (controle jurisdicional de constitucionalidade) foi disputando e ganhando espaço nas esferas decisórias de poder, sob a justificativa de argumentos relacionados a princípios da *common law* e premissas de direito natural, como as ideias de contrato social, bem-comum, justa compensação, como se sabe, repercutidas especialmente nos escritos de John Locke e Jean-Jacques Rousseau (Martel, 2001, p. 70/73).

A perspectiva substantiva denota o cerne cultural do qual é dotado o direito, a demandar, para o seu reforço, além da noção do constitucionalismo como método, a integração deste com subsídios da dialética historicista e, por consectário, da compreensão do acúmulo das próprias

contradições no curso histórico. Afinal, o constitucionalismo vai se plasmando e consolidando na medida em que encontra aderência cultural apta a regência da sociedade que constitui (Barroso, 2015, p. 46).

Noutro giro, releva trazer ao presente esforço de contextualização do constitucionalismo como método de limitação do poder, a ser manejado nas respectivas esferas de decisão, as marcas do seu processo de efetivação, também, na França e na Alemanha, seguindo a trilha demarcada pela referência bibliográfica do professor Luís Roberto Barroso.

Quanto à França, é indispensável assinalar que foi palco da mundialmente simbólica e repercutida Revolução Francesa, assim como da correspondente revolução intelectual denominada Iluminismo, na transição entre os séculos XVIII e XIX, resultando no ápice do movimento racionalista e de intento científico semeado pelo Renascimento desde o século XIV. No ponto, cumpre avivar que a Revolução Francesa, ressoada pelo seu lema: liberdade, igualdade e fraternidade, tinha como alvo de indignação e transformação política não exatamente a monarquia em si, mas o absolutismo e os privilégios da nobreza (Barroso, 2015, p. 49/51).

Digno de nota, ainda, que o constitucionalismo francês possui o Conselho de Estado e o Conselho Constitucional, como duas instituições peculiares. O Conselho de Estado é a mais alta instância de jurisdição administrativa, prevista desde a Constituição de 1799, e desempenha competências consultivas previstas constitucionalmente, inclusive sobre projetos de lei, conquanto seus pareceres não sejam vinculantes (Barroso, 2015, p. 54/57). O Conselho Constitucional desempenha uma espécie de controle prévio de constitucionalidade, previsto desde a Constituição de 1958, ao qual, de acordo com suas regras, os atos legislativos são submetidos antes da promulgação; bem ainda, desde 2010 (Alvarez, 2023, p. 01/02), realiza um controle posterior e incidental, de processos em trâmite no Conselho de Estado (jurisdição pública) ou na Corte de Cassação (jurisdição privada), denominado procedimentalmente de Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC). Em regra, submete-se ao chamado duplo filtro, primeiro, do Conselho de Estado ou da Corte de Cassação; e, somente depois, do Conselho Constitucional (Alvarez, 2023, p. 02).

Na Alemanha, mais uma vez, para além de toda a rica e fragmentada história que compõe o repertório cultural da nação, a influenciar inegavelmente na característica de suas instituições políticas e jurídicas, foi na segunda metade do século XX, quadra histórica do pós-guerra da segunda guerra mundial, que se instituiu o seu controle de constitucionalidade, desempenhado na modalidade concentrada pelo Tribunal Constitucional Federal. Destaca-se, neste modelo alemão, a restrição dos legitimados para propor o controle abstrato de constitucionalidade: além dos

governos federal e estaduais, a reunião de pelo menos um terço dos membros do parlamento. Quanto ao controle concreto, caso algum juiz ou tribunal reputar cabível a arguição de constitucionalidade, encaminhará a questão constitucional ao Tribunal Constitucional, com a suspensão do processo. Ainda no espectro do controle concreto, menciona-se a queixa constitucional, na prática, o mais utilizado instrumento de acesso à jurisdição constitucional, “envolvendo violação de direitos fundamentais por autoridade pública” (Barroso, 2015, p. 64).

A turbulenta passagem de duas guerras mundiais, na primeira metade do século XX, demarcou inegavelmente o processo histórico de formação do neoconstitucionalismo, aqui tratado como sinônimo do constitucionalismo contemporâneo.

A rigor, o ressurgimento do Estado soberano alemão ocidental se deu por meio da decisão constituinte estampada na sua Lei Fundamental de 1949, condicionada pela aprovação definitiva das forças aliadas de ocupação (Reino Unido, França e Estados Unidos). Nesse processo constituinte, a dignidade da pessoa humana foi sobrelevada, desde o primeiro artigo, a princípio estruturante e intangível de legitimidade da ação estatal, enfatizando sua exigibilidade jurisdicional, a reclamar efetivação, em última instância, pelo Tribunal Constitucional, com caráter vinculante destinado a garantir a supremacia da Lei Fundamental (Sarlet, 2019, p. 02/04).

4 As garantias processuais como metodologia para a efetivação do estado constitucional e democrático de direito

Seguindo na trajetória de se esboçar um apanhado reflexivo que tenta reunir fragmentos cronológicos em busca da sedimentação secular do estado de direito, mesmo cientes do risco relacionado a essa transposição analítica de períodos pretéritos, notadamente aqueles mais remotos, calha demarcar que a noção de devido processo legal acaba servindo de veículo inegável do ideário principiológico do direito como bastião da racionalidade normativa. A propalada origem do devido processo legal, inicialmente pela fórmula *law of the land* da Magna Carta de 1215, repercute a institucionalização da defesa contra o arbítrio e o direito primordial a um julgamento pelo direito comum aos pares, de modo seminal à edificação constitucional da limitação do poder e do direito à igualdade, nomeadamente na esfera pública. Como se sabe, esse direito comum expressava a denominada *common law*; e, nesse desenrolar histórico, ainda a expressa, especialmente nos países que adotam tal modelo (*common law*) como regime de interpretação do sistema jurídico. Todavia, independente do modelo tradicional, se denominado *civil law* ou

common law, articulando distinções de grau quanto ao protagonismo ou à determinação dos precedentes judiciais, o ponto central é compreender que aquela noção seminal de devido processo legal foi corporificada pela institucionalização do estado de direito, condicionando a própria soberania estatal às normas pré-estabelecidas, nomeadamente à norma constituinte dessa soberania, no sentido de possibilitar estabilidade nas relações jurídicas e proteção à confiança das pessoas (Mello, 2013, p. 119/122).

A propósito, ao se ter em conta que o devido processo legal traz em si essa noção de institucionalização da civilidade, seja formal, seja material, convém assinalar que Paolo Comanducci (2002, p. 109/112) reconhece que a prospecção sociológica da moral positivada pode trazer menos problemas do que uma reducionista escolha moral meramente subjetivada, destacando que a moral positivada é aquela incorporada em regras ou princípios jurídicos, que servem especialmente em contextos de déficit democrático, nos quais o poder acaba sequestrado em prol de grupos de interesse em detrimento da coletividade.

De fato, o devido processo legal se tornou um verdadeiro cânone de irradiação e articulação do constitucionalismo através da história. Mais uma vez, antes de prosseguir, cobra anotar consciência acerca do aspecto fragmentado (e até mesmo controverso) dessa prospecção cronológica, todavia também é de se reconhecer a passagem histórica da Magna Carta da Inglaterra, de 1215, imposta pelos barões ao Rei John (João Sem-Terra), ressonante ao longo dos séculos, como uma passagem emblemática, ainda que bastante rudimentar, da consagração documental do devido processo legal como comunidade de sentidos jurídicos, com a previsão do direito a um julgamento, baseado na representação de legalidade e de igualdade, notadamente em relação à autoridade exercente do poder mundano. Theodore Plucknett, no seu livro *A Concise History of The Common Law*, explica que, naquele avizinhar cronológico, houve outras cartas chamadas de forais na Europa, no sentido de isenção, ampliação de liberdade que reis concediam a seus súditos. Entretanto, a diferença da Carta Inglesa não foi exatamente o seu conteúdo, mas precisamente o simbolismo irradiado dela em oposição à força da Coroa; e ao estabelecimento de uma, digamos possível, estabilidade institucional pacificada, que se inspirava no potencial racional do revolvimento linguístico do seu fluxo normativo, a partir do mito da força estabilizadora daquele remoto documento escrito (1956, p. 22/26).

No curso da história constitucional brasileira, verifica-se que, expressamente falando, a locução “devido processo legal” tão somente foi incorporada textualmente na Constituição da República de 1988 (art. 5º, LXXIV). Mais especificamente, incorporada durante a construção do texto na Assembleia Nacional Constituinte, com a aprovação da Emenda 2488, datada de 02.09.87,

como emenda ao primeiro substitutivo do relator, passando então somente a partir do segundo substitutivo do relator a compor o texto do projeto constitucional. Antes disso, em 06.08.87, dado que ausente a previsão no anteprojeto de Constituição, outra emenda tentando inserir no projeto tal incorporação textual havia sido rejeitada. Ambas as emendas se louvaram da consagração doutrinária e jurisprudencial da cláusula do devido processo legal, reclamando, assim, sua inclusão expressa no rol das garantias fundamentais das liberdades públicas, a traduzir verdadeiro escudo, historicamente consolidado, para proteger os cidadãos dos abusos que possam ser cometidos pelo poder público (A construção do artigo 5º da Constituição de 1988, 2013, p. 260/262, 983/984, 1344/1345).

Todavia, calha avivar que, conquanto a locução “devido processo legal” não constasse nos textos constitucionais anteriores à Constituição de 1988, o seu sentido, dentro da ideia de comunidade de princípios que abriga, já estava presente, em maior ou menor medida, nos primórdios do ordenamento constitucional brasileiro, como, por exemplo, a institucionalização da jurisdição, como direito a um julgamento imparcial; a lei anterior, como garantia de previsibilidade; e o direito de defesa, como garantia de legitimidade da imposição punitiva.

Dessa plural e fragmentada história, aqui tracejada desde as seções pretéritas, em que percorremos aportes de inspiração jurídica advinda das culturas gregas, romanas e anglo-saxãs, podemos convergir com o pensamento de Inocêncio Martires Coelho, ao indicar a possibilidade da noção metodológica do direito a partir do método empírico-dialético, exigido para o conhecimento dessa ciência cultural que traduz o direito. Afinal, cumpre ter em conta que o direito se vale da inspiração discursiva e argumentativa dessas passagens históricas, pontuadas desde as seções precedentes deste ensaio, tidas como monumentos da reflexão jurídica. Nesse refletir, ainda que o operador do direito expresse interpretações atualizadas cronológica e criticamente, essas interpretações se conectam com elementos enovelados na tradição civilizatória ancestral que percorre os séculos, num processo de ir e vir compreensivo (Mendes, Coelho e Branco, 2008, p. 54/55).

Ao seu turno, Gilmar Ferreira Mendes enfatiza: “no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias” (Mendes, Coelho e Brando, 2008, p. 639). E, no mesmo ponto, prossegue exemplificando que direitos fundamentais como contraditório, ampla defesa, juiz natural, vedação de prova ilícita, vedação de prisão ilegal provêm do mesmo núcleo de sentido do devido processo legal, historicamente sedimentado. Em síntese (2008, p. 639/640),

a construção contínua do postulado do devido processo legal tem como corolário a difusão de sentido do *fair trial* (julgamento justo).

Vetorizando a compreensão para a história constitucional brasileira, é interessante observar, desde a “Constituição Política do Império do Brasil”, de 25.03.1824, a inclusão em sua arquitetura política do então chamado Poder Judicial (art. 151 e seguintes), aliado ao estabelecimento de um rol de garantias de direitos invioláveis aos cidadãos brasileiros (art. 179), tais quais a premissa da lei anterior como condição obrigacional da cidadania; a independência do Poder Judicial; a inviolabilidade do domicílio; e o direito de petição e defesa, especialmente sobre prisão ilegal, não obstante o contexto de escravidão vigente na sociedade.

Ainda que, no regime imperial, inegavelmente houvesse a sobreposição do poder moderador assumido, em termos política e juridicamente inviolável, pela pessoa do imperador (art. 99), a previsão do poder judicial, além dos poderes executivo e legislativo, na composição organizacional do poder, simbolizava, na instauração do Estado-nação brasileiro, o germen de positividade de um sistema de contrapeso aos outros poderes. A respeito desse poder judicial, havia, no art. 152, a previsão expressa de que aos jurados (considerados integrantes também do poder judicial) competia se pronunciar sobre o fato; e aos juízes aplicar a lei. Digno de nota, para o propósito do presente ensaio, ainda sobre o tracejamento do poder judicial na Constituição de 1824, mencionar o art. 158, que traçava as Relações Provinciais, nome dado aos tribunais das províncias, como segunda e última instância para julgar as causas; e o art. 164, que dispunha sobre a competência do então denominado Supremo Tribunal de Justiça, que poderia, sob a égide determinante da lei, revisar as causas (diferente da segunda e última instância, não caracterizando propriamente uma instância recursal), assim como reconhecer erros cometidos judicialmente.

No espaço cronológico até alcançarmos a sistemática política e jurídica desenhada na Constituição de 1988, passamos pelos textos constitucionais de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969. Em todos eles, em menor ou maior medida, o traçado organizacional do poder, com a sua repartição, incluindo o exercício do poder judiciário recebeu positividade, encontrando o grau máximo de fortalecimento justamente na Constituição de 1988.

Nessa linha de pensamento, Gilmar Ferreira Mendes enaltece que a Constituição de 1988 confere maior destaque à inafastabilidade da jurisdição, seja em caso de lesão, seja em caso de ameaça a algum direito, ampliando essa margem de acesso e postulação jurisdicional, prevista nas constituições anteriores, desde a de 1946, apenas em caso de lesão (Mendes, Coelho e Branco, 2008, p. 494).

Especialmente no âmbito da jurisdição criminal, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, porque substancial à própria legitimidade da imposição penal, tem conjugação imprescindível com o princípio do juiz natural, inerente à exigência de imparcialidade, sendo esta uma qualidade de validação do próprio exercício da jurisdição. Ou seja, essa expressão elementar do devido processo legal possui, a um só tempo, tanto o aspecto institucional da jurisdição, como instância de contrapoder garantidora da legalidade, quanto o aspecto da previsibilidade organizacional, como garantia de imparcialidade pelo estabelecimento precedente das regras de atribuição da competência para cada julgamento (Gomes, 2007, p. 240).

Repare-se, com efeito, que a vida comum em sociedade tem como desdobramento natural a frequente existência de conflitos de interesses, os quais no espelhamento de um estado de mera intuição natural encontrarão solução por meio da força, ou, quando menos, por meio da astúcia dissimuladora da força física. Todavia, essa conformação desregulada de enfrentamento dos conflitos resulta em injustiça, arbitrariedades e desrespeito. Nesse cenário, a instituição cultural e normativa de um foro de julgamento, como local idealisticamente equidistante das partes envolvidas, para exercer o monopólio da resolução dos conflitos, tem como proposta designativa a composição dos conflitos e a busca da harmonia social, à medida que evita o arbítrio na tomada de decisões (Lima Filho, 2007, p. 487/488).

A título de demarcação simbólica, Moacyr Pitta Lima Filho (2007, p. 489/491) prossegue suas ponderações estaqueando, na previsão da exigência de julgamento pelos pares, a compreensão do princípio do juiz natural, aliado ao necessário exercício da jurisdição como instância de julgamento, também na Magna Carta de 1215, repercutida nas constituições e declarações de direitos das colônias inglesas na América do Norte. Igualmente, o autor alude a projeção da garantia do juiz natural aos históricos documentos consagrados, na Inglaterra, como *Petition of Rights*, em 1627, e *Bill of Rights*, em 1688, durante o politicamente conturbado período do século XVII, que culminou na conhecida Revolução Gloriosa, com o estabelecimento político da monarquia constitucional em detrimento da monarquia absolutista. Não obstante, nesse caminhar, o autor ainda pontua que foi da Constituição Francesa de 1791 que adveio uma expressão mais clara do princípio do juiz natural. Ademais, destaca a previsão do mesmo princípio atualmente em declarações internacionais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas (art. 10); e a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, n. 1).

Assim, desde a previsão institucional da atividade do judiciário, como instância perene a possibilitar o direito fundamental a um julgamento imparcial, bem como seu alargamento pela noção de inafastabilidade ou sua estabilização previsível pela noção de juiz natural, reproduz a

irradiação de sentido advinda daquele simbolismo mencionado a respeito da matriz principiológica do devido processo legal, apesar de todos os problemas referentes às influências materiais denunciadas pela teoria crítica.

Afinal, os direitos fundamentais de caráter judicial, para além de corolários do devido processo legal, como a garantia da legalidade e a do contraditório, pressupõem, como verdadeira condição de existência, a conjugação com a garantia de acesso ao judiciário e, mais do que isso, com o direito ao julgamento por juiz imparcial.

Em relação à garantia da legalidade, é oportuno ter em conta, num recorte aproximado dos últimos 500 anos, a percepção de três modelos institucionais, não necessariamente estanques, porém deveras ilustrativos: estado pré-moderno; estado legislativo de direito; e estado constitucional de direito ou democrático de direito. O estado pré-moderno tinha como característica a pluralidade de fontes normativas (império, igreja, feudo, corporações), em oposição à ideia formal de fonte unitária. O estado legislativo, por seu turno, visou à sedimentação da fonte unitária, concebendo, pela sobreposição de um direito positivista, a proposta de monopólio estatal e de maior previsibilidade por meio do princípio da legalidade. O estado constitucional (ou democrático) de direito, com demarcação cronológica mais densificada a partir da segunda metade do século XX na Europa e a partir da Constituição de 1988 no Brasil, possui o desígnio de conferir sobreposição normativa à Constituição, na condição de lei fundamental; e, a um só tempo, à jurisdição constitucional na condição de instância determinante dos limites de freios e contrapesos ao equilíbrio entre os poderes políticos do Estado-nação. A intensa e concreta mediação de sentidos entre democracia e constitucionalismo resulta neste aqui explorado desenho político: estado constitucional de direito, estado democrático de direito ou estado constitucional e democrático de direito. Em suma, na perspectiva aqui trabalhada, distinguir entre estado constitucional de direito ou estado democrático de direito redundaria, a nosso sentir, em mera sutileza especulativa contraproducente (Barroso, 2015, p. 277/279).

Logo, indo além da mera legalidade, produzida pela deliberação majoritária inerente ao exercício da legislação, a garantia da legalidade em sentido amplo abrange a norma constitucional, na qualidade de lei fundamental; e se confunde com a noção de segurança jurídica, tanto em sentido objetivo quanto em sentido subjetivo, no que concerne à necessária estabilidade do direito, pela cláusula de irretroatividade surpresa da lei; e no que diz respeito à proteção da confiança das pessoas, em respeito às suas legítimas expectativas (Barroso, 2015, p. 363).

Noutro giro, em relação à garantia da ampla defesa e subsequentemente do contraditório, a marca distintiva da Constituição de 1988 foi expandir tal garantia também para o processo

administrativo (art. 5º, LV). Outrossim, na trilha de Gilmar Mendes (2008, p. 546/549), cobra enaltecer que essa garantia de fortalecimento do direito de defesa o consubstancia em verdadeira “pretensão à tutela jurídica”, algo com potencial analítico maior que o de mera manifestação processual. Nesse horizonte, a substancialidade do direito de defesa na ordem constitucional brasileira engloba: direito de informação sobre a acusação imputada; direito de manifestação, no sentido de reação à acusação imputada; e, especialmente, o “direito de ver seus argumentos considerados”, caracterizado pelo dever de a instância de julgamento avaliar atenta e concretamente os argumentos defensivos apresentados.

Ademais, é interessante compreender o papel desempenhado pelo *habeas corpus*, como ferramenta, gratuita inclusive (art. 5º, LXXVII, da CF/88), de densificação do devido processo legal, o qual, como abordado, ressoa nas garantias de institucionalização de acesso ao julgamento imparcial pelo judiciário; de observância da legalidade prévia; e de respeito à ampla defesa e ao contraditório, como condição de realização efetiva do direito de defesa na ordem constitucional. Não obstante as oscilações correspondentes aos diversos e difíceis contextos políticos (autoritários) perpassados na história institucional brasileira, é fato que o *habeas corpus* encontra previsão legal no Brasil, desde o Código de Processo Criminal do Império, datado de 1832, repetindo-se expressamente em todos os textos constitucionais posteriores. A própria previsão e ampliação do uso concreto do *habeas corpus* em casos de manifesta ilegalidade, como desdobramento que é do devido processo legal, expressa relevante garantia processual e, assim, metodologia de efetivação do estado constitucional.

A propósito, quando pensamos em metodologia, tem-se a noção de sua instrumentalidade para atingir a finalidade proposta (Demo, 1985, p. 19). No âmbito do constitucionalismo, essas garantias processuais advindas da noção de devido processo legal contribuem para a fortificação deste alicerce indispensável à edificação do projeto constitucional do estado democrático de direito.

5 Conclusão

O presente estudo reflexivo adotou a perspectiva de compreensão histórica voltada ao mundo ocidental. Nesse recorte, encontrou, no transitar e condensar da cultura greco-romana, referências filosóficas e institucionais atinentes a uma visão bastante seminal e remota do propósito de limitação do poder inspirado filosoficamente.

Adotou-se como fundamental a consciência de que a busca de referências históricas encontra conhecimentos de aspecto mais fragmentados do que lineares nesse esforço de prospecção reconstrutiva do passado. Em paralelo, alcançamos no horizonte histórico padrões valorativos diferenciados, atinentes ao grau de desenvolvimento de suas atividades em cada etapa da vida humana, sempre muito influenciada e determinada pelo seu recorte geográfico, temporal e nomeadamente cultural.

Assim, o estudo teve como norte a assimilação de que o acúmulo das experiências históricas pretéritas impulsionou a configuração do constitucionalismo como método tangível de modelagem do estado moderno ocidental, a partir das revoluções liberais do século XVIII. Essa modelagem tem na ideia de Constituição o marco político da nação, alicerçada por elementos de delimitação e, por isso, legitimação do poder. Nesse espectro metódico de poder, explicitam-se sua fonte, suas regras de obtenção e exercício, assim como sua repartição de competências. Além disso tudo, a caracterizar a noção adjetivada de estado democrático, tem-se o estabelecimento de direitos fundamentais, no sentido de assegurar o reconhecimento de valores básicos de convivência civilizatória, como a solidariedade e o respeito aos direitos das camadas mais vulneráveis da sociedade, incluindo as minorias.

Sem dúvida, a concretização da jurisdição constitucional, ao lado do transcurso secular de sentido da cláusula principiológica do devido processo legal, servem como verdadeiros instrumentais de efetividade do constitucionalismo e, por consectário, do estado constitucional e democrático de direito.

Afinal, independente da denominação *civil law* ou *common law*, as garantias processuais, desde a própria garantia de acesso ao judiciário, refletem uma metodologia de condicionamento da própria soberania estatal à institucionalização do direito, no seu sentido de limitação do poder.

Referências

ALVAREZ, Vanessa. *La Question prioritaire de constitutionnalité, o controle de constitucionalidade francês*. Consultor Jurídico. São Paulo, dez. 2023. Seção Constitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-22/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-o-controle-de-constitucionalidade-frances/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. [Constituição (1824)]. *Constituição Política do Império do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, [1824]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 15 fev. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2024.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1988*. Brasília, DF: Centro de Documentação e Informação, Edições Câmara, 2013.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico*. Isonomia, n. 16, p. 89/112, abr. 2002.

DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1985.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Roberto de Almeida Borges. O Princípio da Verdade e sua Conformação com a Constituição Federal de 1988. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

LIMA FILHO, Moacyr Pitta. Princípio do Juiz Natural. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade*. A linha decisória da Suprema Corte Estadunidense. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOGUEIRA, Jenny Magnani de Oliveira. A instituição da família em A cidade antiga. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas. *A Concise History of the Common Law*. 5ª ed. Boston: Little, Brown and Co., 1956.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Lei Fundamental da Alemanha aos 70 anos – vale apenas comemorar*. Consultor Jurídico. São Paulo, maio 2019. Seção Direitos Fundamentais. Disponível

em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/direitos-fundamentais-lei-fundamental-alemanha-aos-70-anos-vale- apenas-comemorar/>. Acesso em: 15 fev. 2024.

SOUZA, Raquel de. O direito grego antigo. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. A instituição da família em A cidade antiga. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

WOLMER, Antonio Carlos. O direito nas sociedades primitivas. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

Teses e dissertações elaboradas no âmbito da DPDF

A criação da central de regulação de moradia emergencial como instrumento de otimização da política pública habitacional do Distrito Federal

The creation of the emergency housing regulation center as an instrument for optimizing public housing policy in the Brazilian Federal District

Rodrigo Duzinski  

Orientador: Prof. Dr. Paulo Afonso Cavichioli Carmona

Curso: Mestrado em Direito e Políticas Públicas (UniCEUB)

Data da defesa: 15/04/2024

Resumo: A forma de expansão urbana do Distrito Federal ocorreu de forma não planejada, seguindo um traçado diferenciado daquilo que se deu no Plano Piloto. Desde a concepção e construção de Brasília, no idos de 1957-1960, o superpovoamento da região se deu através do processo de urbanização dispersa do território, a formação de cidades-satélites, evidenciando uma ocupação desordenada. As ocupações informais ou irregulares se proliferaram no território, caracterizando a segregação social das camadas mais pobres da população ainda antes da inauguração da cidade projetada por Lúcio Costa. Nesse sentido, o presente trabalho busca verificar o curso das soluções implementadas nas políticas habitacionais para dar vazão a demanda populacional por habitação. Delimita-se, então, o escopo do trabalho em descrever a vinculação entre os processos que definiram a forma da ocupação desordenada dos espaços urbanos e os critérios que nortearam as escolhas públicas quanto a atividade de regulação urbana, a partir do direito à cidade, do arranjo constitucional que sobreleva o direito social à moradia, notadamente no recorte da moradia de interesse social. A problemática das desocupações de pessoas que vivem em locais irregulares permeia a busca por uma solução humanizada para estabelecer uma nova dinâmica mais consentânea com as diretrizes internacionais e constitucionais no trato da moradia e da pessoa humana. O trabalho analisa o alcance dos programas habitacionais implementados no curso do tempo, especialmente os resultados obtidos no Programa Minha Casa Minha Vida, no Programa Morar Bem no âmbito do Distrito Federal e nas regularizações fundiárias também em âmbito local. A análise normativa recorreu à metodologia da análise econômica do direito, com vistas a compreender a estrutura de incentivos estabelecidas pelas normas, abordando a assimetria regulatória acerca da moradia emergencial nos casos de inviabilidade de regularização fundiária, ocupações em áreas sensíveis ambientais e demais deslocamentos forçados. Em conclusão, o trabalho sugere alterações normativas e regulatórias de modo a contribuir para a ampliação da discussão do tema central – a criação de uma central de regulação de moradia emergencial como instrumento para otimizar os programas habitacionais no Distrito Federal.

Palavras-chave: Moradia adequada. Ocupações irregulares. Central de Regulação.

Sobre os Autores

André Pereira Crespo: Mestre e Doutorando em Direito e Políticas Públicas no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), agente de polícia federal em exercício no Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Bruno Amaral Machado: Doutor em Direito (2005). Professor da graduação e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Professor colaborador da Escola Superior do Ministério Público da União (MPU) e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Pesquisador associado do Núcleo de Estudos da Violência do Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília (UnB). Master Europeu Sistema Penal e Problemas Sociais e Doutor em Direito (especialidade Sociologia Jurídico-Penal) pela Universidade de Barcelona. Estágio de pós-doutorado no Departamento de Sociologia da UnB, com estâncias de pesquisa em Fordham e John Jay, em 2011. Entre 2007 e 2012 foi professor do Programa de Doutorado em Ciências Penais da Universidade de San Carlos (Guatemala). Professor visitante da Universidade de Barcelona (Master Derecho Penitenciario y Cuestión Carcelaria - Sistemas nacionales e internacionales de protección de derechos. Entre 2010 e 2011 foi membro auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público. É Procurador de Justiça do MPDFT (1993).

Eraldo Silveira Filho: Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL (2023-). Especialista em Perícia pelo Centro Universitário Tiradentes – Unit/Maceió (2021-2023). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2010-2011). Graduado em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – Unesc (2000-2005). Defensor Público do Estado de Alagoas (2012-).

Gustavo Abdalla: Professor de Direito Processual na PUC-Rio e na Escola de Mediação do Estado do Rio de Janeiro (EMEDI). Doutorando em Direito Processual pela UERJ. Mestre em Direito Processual pela UNESA. Especialista em Compliance pela Escola de Direito da FGV. Professor orientador do Grupo de Estudos Processuais (GEP) do Departamento de Direito da PUC-Rio. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Corpo Editorial da Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP). Diretor Jurídico e Compliance Officer.

Janaina Berno Lopes Werneck Lima: Mestranda no Programa de Direito, Regulação e Políticas Públicas na Universidade de Brasília – UNB-PMPD (2023-atual). Servidora pública federal, ocupante do cargo efetivo de Analista Judiciário do quadro do Supremo Tribunal Federal – STF. Cargo em comissão de assessor de Ministro do STF. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – CEUB (1998). Segunda graduação em Comunicação Social pela Universidade de Brasília – UnB (1999). Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Projeção, nível Especialização (2007).

Kateryna Horbachova: Department of Private and Social Law, Sumy National Agrarian University, 40021, 160 Gerasim Kondratiev Str., Sumy, Ukraine.

Nataliia Petrova: Department of International Relation, Sumy National Agrarian University, 40021, 160 Gerasim Kondratiev Str., Sumy, Ukraine.

Oleksandr Horban: Department of Administrative, Economic Law and Economic Security, Educational and Scientific Institute of Law, Sumy State University, 40000, 116 Kharkivska Str., Sumy, Ukraine.

Pedro Bruzzi Ribeiro Cardoso: Defensor Público do Estado do Paraná. Coordenador Auxiliar do Núcleo da Política Criminal e da Execução Penal da DPE/PR. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Graduado em Direito pela PUC-Rio.

Renato Duro Dias: Vice-Reitor da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professor Associado na Faculdade de Direito, Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito e Justiça Social (FURG) e do Programa de Pós-Graduação em Educação Ambiental (PPGEA FURG). É Doutor em Educação (UFPel) com período na Universidade de Lisboa, Portugal). É Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Sexualidades – GDIS e Vice-líder GP Laboratório Imagens da Justiça.

Tayanna Chaves Lago: Mestranda em Direito, Regulação e Políticas Públicas na Universidade de Brasília –UNB –PMPD. Servidora Pública Federal, Analista Judiciária, Supremo Tribunal Federal. Pós –Graduada pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – Ordem Jurídica e Ministério Público. Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Distrito Federal e Territórios. Bacharel em Direito.

Tiago Kalkmann: Defensor Público do Distrito Federal, com atuação na área criminal e direitos humanos. Mestre em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Autor da obra: *Desacato, Legalidade e Liberdade de Expressão*, pela editora Appris (2021).

Valentyna Nezhevelo: Department of Private and Social Law, Sumy National Agrarian University, 40021, 160 Gerasim Kondratiev Str., Sumy, Ukraine.

Weider Tapia Pires: Especialista em Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração, Mestrando em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal de Rio Grande, FURG.

Yuliia Rud: Department of Theoretical Jurisprudence, Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman, 03057, 54/1 Beresteysky Ave., Kyiv, Ukraine.

Regras para envio de textos

A Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal recebe trabalhos inéditos redigidos em português, inglês, espanhol e italiano.

Os artigos devem ter no mínimo 15 (quinze) e no máximo 25 (vinte e cinco) laudas, excluídas as páginas de referências bibliográficas, redigidas conforme os padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e as regras de formatação abaixo indicadas. As resenhas devem possuir de 5 (cinco) a 10 (dez) laudas.

Textos mais ou menos extensos poderão ser publicados, a critério do Editor Responsável, caso seu tamanho seja justificável.

Para assegurar a confidencialidade no momento de avaliação da contribuição, preservando o *double blind peer review*, o(s) autor(es) devem evitar realizar qualquer tipo de identificação pessoal durante o corpo do texto.

O texto deve conter:

- a) Título do artigo em português (ou no idioma em que o texto está redigido), guardando pertinência direta com o conteúdo do artigo;
- b) Tradução do título para o inglês ("TITLE")
- c) Resumo em português (ou no idioma em que o texto está redigido) com, no mínimo, 100 (cinquenta) e, no máximo, 250 (duzentos e cinquenta) palavras;
- d) Até 5 (cinco) palavras-chave em português (ou no idioma em que o texto está redigido);
- e) Abstract (tradução do Resumo para o inglês);
- f) Keywords (tradução das palavras-chave para o inglês);
- g) Referências bibliográficas ao final do texto, segundo as regras da ABNT.
- h) As citações devem ser feitas em autor-data. Deve-se utilizar nota de rodapé para informações complementares, porém relevantes, ao artigo, que devem seguir rigorosamente o padrão da ABNT, com fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples, justificado.

Os artigos e resenhas devem observar a seguinte formatação:

tamanho da folha: A4

margens: esquerda = 2 cm, direita = 2 cm, superior = 2 cm e inferior = 2 cm

fonte: Times new roman, tamanho 12

espaço entre linhas: 1,5 (um e meio).

alinhamento: justificado.

não colocar espaço entre os parágrafos ("enter").

Título do artigo/resenha: centralizado, em caixa alta, negrito, fonte com tamanho 14.

Deve-se evitar citações diretas destacadas, apenas quando elas forem essenciais para o conteúdo da contribuição. Deverão ser incorporadas no corpo do texto, com utilização de aspas, quando não ultrapassarem 3 (três) linhas. Se possuírem 4 (quatro) linhas ou

mais, deverão ser destacadas, com recuo de 4cm, à esquerda, justificadas, com espaçamento simples entre linhas e fonte com tamanho 11.

REFERÊNCIAS

Para as referências às obras citadas ou mencionadas no texto, deve-se utilizar o sistema autor-data. A indicação do nome dos autores no texto deve ser feita de modo padronizado, mencionando-se seu SOBRENOME, ano da obra e página (p. ex: SOBRENOME, ANO, p.).

Neste sistema, a indicação da fonte é feita pelo sobrenome de cada autor ou pelo nome de cada entidade responsável até o primeiro sinal de pontuação, seguido(s) da data de publicação do documento e da(s) página(s), da citação, no caso de citação direta, separadas por vírgula e entre parênteses;

NOTAS DE RODAPÉ E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

As notas de rodapé devem ser feitas no rodapé das páginas, de acordo com as normas da ABNT. As notas de rodapé devem observar a seguinte formatação. Fonte: Times New Roman, Tamanho 10, Espaçamento simples, Justificado.

As referências completas (Referências Bibliográficas) deverão ser apresentadas em ordem alfabética no final do texto, crescente, também de acordo com as normas da ABNT (NBR-6023).

Para mais informações: <http://revista.defensoria.df.gov.br>

E-mail: revista@defensoria.df.gov.br

Author Guidelines

The *Journal of Brazilian Federal District Public Defensorship* receives unpublished works written in Portuguese, English, Spanish and Italian.

Articles must have a minimum of fifteen (15) and a maximum of twenty five (25) pages, excluding bibliographical references, in accordance with the ABNT (Brazilian Association of Technical Norms) standards and the formatting rules listed below. Book reviews should be from five (5) to ten (10) pages.

At the discretion of the Editor, longer or shorter texts may be published.

To ensure confidentiality at the time of contribution evaluation, preserving the double-blind review, the author (s) should avoid any type of identification in the body of the text.

The text should contain:

- a) title of the article in Portuguese (or in the language in which the text is written), maintaining direct relevance to the content of the article;
- b) Translation of the title into English;
- c) Abstract in Portuguese (or in the language in which the text is written) with a minimum of 100 and a maximum of 250 words;
- d) Five key words in Portuguese (or in the language in which the text is written);
- e) abstract (translation of the abstract into English);
- f) Five keywords (translation of key words into English);
- g) Bibliographical references at the end of the text, according to ABNT rules.
- h) The citations should be made in the author's data. A footnote should be used for essential information to the article, which must strictly follow the ABNT standard, with font Times New Roman, size 10, single spacing, justified.
- i) citations should be avoided in the body of the text, especially transcriptions.

Articles and revisions should note the following formatting:

- Sheet size: A4
- Margins: left = 2 cm, right = 2 cm, upper = 2 cm and lower = 2 cm
- Source: Times New Roman, size 12
- Line spacing: 1.5 (one and a half).
- Alignment: Justified.
- Do not place spaces between paragraphs.

Title of the article / review: centralized, uppercase, bold, font size 14.

The quotes should be avoided. Use it only when they are essential to the content of the contribution. They should be incorporated in the body of the text, with the use of quotation marks, when they do not exceed 3 (three) lines. If they have 4 (four) lines or more, they should be highlighted, with a 4cm indentation on the left, justified, with single line spacing and font size 11.

REFERENCES

For references to works cited or mentioned in the text, the author-date system (APA) must be used. The name of the authors in the text should be made in a standardized way, mentioning their SURNAME, year of the work and page (eg SURNAME, YEAR, p.). In this system, the indication of the source is made by the last name of each author or by the name of each responsible entity until the first punctuation mark followed by the publication date of the document and the page (s) of the citation , in the case of direct quotation, separated by commas and in parentheses;

FOOTNOTES AND BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

Footnotes should be made at the bottom of the pages, according to ABNT standards. Footnotes should note the following formatting. Source: Times New Roman, Size 10, Simple Spacing, Justified.

The complete references (Bibliographical references) should be presented in alphabetical order at the end of the text, increasing, also according to ABNT norms (NBR-6023).

More information: <http://revista.defensoria.df.gov.br>

E-mail: revista@defensoria.df.gov.br