

EDIÇÃO 25 ESPECIAL AGO – SET/2024

ISSN 2675-9403

MULHERES JURISTAS



TJPR

GRALHA AZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR



EJUD-PR

ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ

Editor-Chefe

Luiz Fernando Tomasi Keppen

Conselho Editorial

Desembargador Ramon de Medeiros Nogueira

Desembargador Mário Luiz Ramidoff

Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha

Desembargador Luiz Osório Moraes Panza

Desembargador Jorge de Oliveira Vargas

Desembargador Octávio Campos Fischer

Desembargadora Priscilla Placha Sá

Desembargador Roberto Portugal Bacellar

Desembargador Ruy Alves Henriques Filho

Desembargador Substituto Anderson R. Fogaça

Juiz de Direito André Carias de Araujo

Coordenação e Editoração

Adriane Garcel

Revisores

Gustavo Chueire Calixto Guilherme

Letícia de Andrade Porto Nosaki

Layout

Luiz Fernando Patitucci

Revista Galha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná - EJUD/ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, ed. 25. v.1, Curitiba, ago.– set. /2024.

Bimestral

ISSN 2675-9403

Disponível em: <https://ejud.tjpr.jus.br/revista-gralha-azul>

1. Direito – Periódico. 2. Mulheres. 3. Tribunal de Justiça do Paraná.

CDU: 340

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a devida citação.

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

SUMÁRIO

EDITORIAL	8
María Aparecida Blanco de Lima	
A JURISPRUDÊNCIA E O JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO	10
Ana Cláudia Finger, Amanda Battaglia Feitosa Gonzaga Schwind	
O NASCIMENTO DE ANTÍGONA – UMA HISTÓRIA SOBRE O COLETIVO DE MAGISTRADAS PARANAENSES	26
Laryssa Angelica Copack Muniz, Cintia Graeff, Heloísa Helena Avi Ramos	
MULHERES NO JUDICIÁRIO: BARREIRAS INVISÍVEIS NA CARREIRA DA MAGISTRATURA ENFRENTADAS PELA JUÍZA NEGRA E COMO ULTRAPASSÁ-LAS	33
Alessandra Brustolin, Apoema Ferreira Vieira Domingos Martins Santos, Elisiane Minasse	
A IGUALDADE EM TOGAS: A RESOLUÇÃO 525/CNJ E A CLÁUSULA ANTIDISCRIMINATÓRIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1998	49
Eneida Desiree Salgado	
AS MULHERES NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A RELEVÂNCIA DO CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA PARA A REIVINDICAÇÃO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DELAS	58
Melina Girardi Fachin, Ketline Machado Santos Lu	
GESTÃO DA UNIÃO EUROPEIA NA CRISE DOS REFUGIADOS UCRANIANO – DIRETIVA TEMPORÁRIA 2001/55/CE	74
Angela Khury	
OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E A TEORIA DE ROBERT ALEXANDER	86
Melanie Merlin de Andrade	
COMPARATIVO INTERNACIONAL SOBRE A IGUALDADE DE GÊNERO NO PODER JUDICIÁRIO	99
Jéssica Cunha Nogueira.	
REFLEXÕES SOBRE A RESOLUÇÃO Nº 525 DO CNJ: A TUTELA PELA PARIDADE DE GÊNERO NA MAGISTRATURA BRASILEIRA	106
Camila Henning Salmoria, Luciene Oliveira Vizzotto Zanetti	
TRIPARTIÇÃO DOS PODERES SOB A PERSPECTIVA E ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADI 6457	118
Cristiane Santos Leite, Camila Soares Cavassim Jayme	

SUMÁRIO

A MULHER NO PODER JUDICIÁRIO – UMA QUESTÃO DE IGUALDADE Adriane Garcel Chueire Calixto, Viviane Coelho de Séllos Knoerr	126
CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA 698 DO STF: A MITIGADA E CONDICIONADA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS Zillá Oliva Roma	143
PERCURSOS HISTÓRICO-POLÍTICOS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO Angela dos Prazeres	155
A AVALIAÇÃO DE IMPACTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A REALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: É POSSÍVEL CONTROLE JUDICIAL? Adriana da Costa Ricardo Schier, Cecília Basilio Beltrame	166
A PRESENÇA DA MULHER NA POLÍTICA – AVANÇOS E RETROCESSOS COM BASE NA ANÁLISE DA FRAUDE À COTA DE GÊNERO Emma Roberta Palú Bueno, Gabriella Franson e Silva	177
A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS E A PROBABILIDADE REPARÁVEL Glenda Gonçalves Gondim Queiroz	166
A (IM) PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA INTEGRALIZADO A UMA HOLDING Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos	177
ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SUA DIMENSÃO PSICOLÓGICA Maristela Sobral Cortinhas, Maria Sara de Lima Dias	206
ENFRENTAMENTO DO IMPACTO DAS ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS, POR MEIO DA ABORDAGEM MULTIDIMENSIONAL DO DIREITO DAS CATÁSTROFES Flavia Jeanne Ferrari, Liciane Junia Baltazar	220
PODER CONSTITUINTE COM (O) DIREITO DE RESISTÊNCIA: ALTERNATIVAS TEÓRICAS E PRÁTICAS DA CRISE DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Vera Karam de Chueiri	238
O PACTO NACIONAL DO JUDICIÁRIO PELA LINGUAGEM SIMPLES – LINGUAGEM TÉCNICA, MAS INTELIGÍVEL: DIZER MENOS E COMUNICAR MAIS, QUAL A RELAÇÃO DA LINGUAGEM COM O ACESSO À JUSTIÇA? Karen Paiva Hippertt	250
A DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA DA MULHER NEGRA Pietra Gomes Ferreira	262
COMPLIANCE E CULTURA ORGANIZACIONAL: EQUIDADE DE GÊNERO E PREVENÇÃO DO ASSÉDIO SEXUAL E VIOLÊNCIA NO TRABALHO Márcia Assumpção Lima Momm	274



EDITORIAL



A igualdade de gênero preconizada na Constituição Federal ainda não foi atingida nos diversos setores da vida, a ponto de algumas pessoas considerarem natural que as oportunidades e os direitos sejam distribuídos desigualmente, especialmente aquelas que são beneficiadas pelas desigualdades.

A desigualdade de gênero no Sistema de Justiça, de tão visível e perigosa, levou o Conselho Nacional de Justiça a instituir a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário (Resolução n. 255 de 04 de setembro de 2018), objetivando a adoção de medidas que minimizassem os obstáculos enfrentados por magistradas e servidoras para o exercício do seu trabalho e ao acesso aos cargos e funções mais elevados das respectivas carreiras.

Também nos meios acadêmico e editorial especializado a desigualdade de gênero está presente, uma vez que as vantagens e privilégios do ser masculino favorecem a produção intelectual, a pesquisa, a participação em eventos e acesso a financiamentos, ao mesmo tempo em que as intelectuais mulheres precisam conciliar os seus estudos com as tarefas e funções oriundas da própria condição feminina.

Certamente por isso o CNJ, um tanto premido pelo movimento das magistradas brasileiras, editou a Portaria nº 176 de 27 de maio de 2022 que constituiu o Repositório Nacional de Mulheres Juristas no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, sendo que o Tribunal de Justiça do Paraná prontamente aderiu a esta iniciativa criando o Repositório de Juristas Mulheres do Paraná.

Este instrumento veio com a finalidade de reunir nomes de juristas mulheres especializadas nas diversas áreas do direito cuja produção intelectual e conhecimento possam contribuir para o aprimoramento do trabalho do Poder Judiciário, tanto como referência em peças processuais, em participações como palestrantes ou panelistas em eventos jurídicos, como

EDITORIAL

integrantes de comissões organizadoras e bancas examinadoras em concursos para a magistratura

A Comissão de Igualdade e Gênero do TJPR foi incumbida de providenciar a implantação do Repositório e o fez mobilizando seus integrantes, a comunidade acadêmica e a Biblioteca Hugo Simas para viabilizar a inscrição das estudiosas interessadas e facilitar o acesso de magistradas, magistrados, assessoras, assessores e organizadores de eventos à produção intelectual jurídica feminina do Estado, com o propósito de promover o equilíbrio de gênero em citações, fundamentações técnicas e teóricas e em participações em eventos.

Para a jurista interessada o Repositório tornou-se mais um espaço e oportunidade de divulgar seu trabalho, de inseri-lo no debate público das ideias e conferir-lhe uma finalidade prática na promoção da Justiça e do Direito. Em poucos dias quase uma centena de advogadas, professoras, magistradas, servidoras do TJPR e acadêmicas preencheram o formulário eletrônico disponibilizado na página da Comissão de Igualdade e Gênero, da EJUD- Escola Judicial e da Biblioteca Hugo Simas e passaram a integrar o nosso Repositório.

Ainda era preciso aperfeiçoar as possibilidades de acesso ao repertório de produção intelectual de acadêmicas, professoras e juristas atuantes no Estado do Paraná e cadastradas, disponibilizando digitalmente e gratuitamente seus trabalhos em um ambiente virtual do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o que inspirou o projeto de criação da Biblioteca Virtual de Doutrina de Juristas Mulheres e da Coleção Mulheres Juristas.

Nas conversas e avaliações das equipes da CIG, da EJUD e da Biblioteca Hugo Simas surgiu a ideia de uma edição especial da Revista Galha Azul dedicada exclusivamente às juristas inscritas no Repositório, como uma ação efetiva de estímulo e divulgação do conhecimento das mulheres juristas do Paraná. Tão logo a equipe editorial da Revista e da EJUD publicaram os termos de recebimento dos trabalhos, um número surpreendente de interessadas se manifestou e teve início o processo de aprovação dos 23 artigos que compõem esta coletânea.

Esta Edição Especial da Revista Galha Azul é um marco histórico na luta pela Igualdade de Gênero na divulgação do conhecimento produzido por mulheres e uma pequena amostra do talento, da capacidade de reflexão crítica sobre Direito e Justiça destas 36 autoras que, certamente, servirão de estímulo a outras mulheres de todas as faixas etárias a dedicar parte de seu tempo à formação continuada, à pesquisa e à escrita jurídica, confiantes de que o Tribunal de Justiça do Paraná haverá sempre de reconhecê-las e valorizá-las.

Boa leitura!

Maria Aparecida Blanco de Lima¹

¹ **Maria Aparecida Blanco de Lima** é Desembargadora do Tribunal de Justiça do Paraná, atua na 4ª Câmara Cível, coordena o Grupo de Trabalho Interinstitucional de Atenção à População de Rua e preside a Comissão de Igualdade e Gênero do TJPR. É pós-graduada em Sociologia Política e Direito Administrativo e integra o Comitê Estadual de Memória, Justiça e Verdade do Estado do Paraná.

ARTIGOS

A JURISPRUDÊNCIA E O JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO



Ana Cláudia Finger¹

Elevado a fundamento do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, primado em que se assenta a igualdade, impõe ao Estado e à sociedade o dever cívico de atuar na redução e erradicação das desigualdades de gênero, raça, idade, classe social, etnia, território, entre outros. E, nessa perspectiva, cabe ao Poder Judiciário promover a equidade de gênero, atuando para eliminar uma cultura de discriminação e preconceito gerados na cultura do patriarcado, da misoginia e do machismo estrutural. O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, é um importantíssimo instrumento para a efetivação da igualdade material e de políticas de equidade, com a finalidade de garantir mecanismos protetivos dos direitos humanos às meninas e às mulheres vítimas de todas as formas de discriminação e violências.

¹ Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professora na Pontifícia Universidade Católica do Paraná e na Escola Paranaense de Direito. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: gacf@tjpr.jus.br



Amanda Battaglia Feitosa Gonzaga Schwind²

O objetivo deste trabalho é, para além de conceituar e relacionar o Julgamento com Perspectiva de Gênero como uma importante ferramenta de cumprimento aos mandamentos constitucionais, apresentar os seus critérios objetivos de aplicação em um julgamento nos diferentes ramos da justiça em que são debatidas as questões de gênero, que não se resumem às questões de violência doméstica, exemplificando e evidenciando a evolução do olhar do Poder Judiciário Paranaense para este tema.

Palavras-chave: desigualdade; judiciário; perspectiva de gênero.

²Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Pós-Graduada em Processo Civil. E-mail: abfg@tjpr.jus.br.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, mais do que um documento jurídico-político de organização do Estado é uma valiosa carta de proteção aos direitos fundamentais e marca a institucionalização dos direitos humanos no Brasil, inserindo, nessa perspectiva, a igualdade de gênero como elemento essencial para uma sociedade democrática.

Além de marcar o ápice do processo de redemocratização do país após o período militar, é o resultado de movimentos feministas da época, que levaram à criação do Conselho Nacional do Direitos da Mulher (CNDM), determinante para a criação do Lobby do Batom, que, durante a Assembleia Constituinte, em 1988, reivindicou a inclusão de 26 constituintes mulheres no processo. Essas 26 constituintes mulheres correspondiam a 5% do total dos deputados, número hoje, que parece pouco expressivo, mas gigante para a época e com conquistas que geram reflexos atuais, pois foram fundamentais para a inclusão no texto constitucional de mais direitos para as mulheres.

A democracia pressupõe igualdade e o artigo 5º da Magna Carta ao assegurar a igualdade entre homens e mulheres, serviu de precursor para outras garantias constitucionais também alcançadas pelo Lobby do Batom, a exemplo daquelas previstas no artigo 7º. do texto constitucional, a saber: a proteção especial à mulher no âmbito laboral, mediante a concessão de incentivos; "assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas" (inciso XXV); a "proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil" (inciso XXX)¹. E, também instituiu a garantia da igualdade entre homens e mulheres na relação conjugal (art. 226, § 5º.), e o dever estatal de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º.)

Para ilustrar o cenário que resultou na Constituição Cidadã, assim denominada porque fruto de diversos segmentos da sociedade, extrai-se trecho da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes, entregue ao presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, pela presidente da Campanha, a socióloga Jacqueline Pitanguy:

"Para nós, mulheres, o exercício pleno da cidadania significa, sim, o direito à representação, à voz, e à vez na vida pública, mas implica ao mesmo tempo, a dignidade na vida cotidiana, que a lei pode inspirar e deve assegurar; o direito à educação, à saúde, à segurança, à vivência familiar sem traumas. O voto das mulheres traz consigo essa dupla exigência: um sistema político igualitário e uma vida civil não autoritária. Nós, mulheres, estamos conscientes de que este país só será verdadeiramente democrático e seus cidadãos verdadeiramente livres quando, sem prejuízo de sexo, raça, cor, classe, orientação sexual, credo político ou religioso, condição física ou idade, for garantido tratamento e igual oportunidade de acesso às ruas, palanques, oficinas, fábricas, escritórios, assembleias e palácios".²

Todavia, o decurso do tempo não tem sido capaz de equacionar o déficit da presença de mulheres, notadamente, nos espaços de poder, o que nos leva a refletir que muitas das conquistas que nortearam a redação da nossa Constituição Federal³ e que constituem os objetivos fundamentais da nossa República Federativa do Brasil ainda não foram plenamente alcançados pela nossa sociedade.

Nossa sociedade é patriarcal e misógina, marcada por uma desigualdade estrutural e social em que a divisão de direitos e deveres entre homens e mulheres não é equitativa. Dentre as muitas injustiças que marcam nossa sociedade, sejam elas, econômicas, sociais, culturais, as mulheres são as mais atingidas em todas essas esferas. E quando olharmos isso pelo filtro racial, a situação é ainda pior ⁴. São as mulheres negras que enfrentam a maior e mais

¹ A Assembleia Constituinte normatizou vastas áreas de interesse da condição feminina, descerrando o silêncio que sobre ela pesava. A partir daí, incentivou o debate e a regulamentação legislativa sistemática da questão feminina. Muitas e importantes conquistas da Carta de 1988 podem ser atribuídas ao *lobby* do batom: licença maternidade de 120 dias; licença paternidade de sete dias; salário família; direito a creche e educação pré-escolar; proibição de discriminação em razão do sexo; plena igualdade entre homens e mulheres; igualdade no acesso ao mercado de trabalho e na ascensão profissional; igualdade salarial entre homens e mulheres por trabalho igual; proteção estatal à maternidade e à gestante; igualdade de direitos previdenciários e aposentadoria especial para mulheres; igualdade na sociedade conjugal; liberdade no planejamento familiar; coibição da violência na constância das relações familiares, bem como o abandono dos filhos menores. GRAZZIOTIN, Vanessa. A bancada do batom e a Constituição Cidadã. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/reportagem/a-bancada-do-batom-e-a-constituicao-cidada/>, Acesso em 10.07.2024.

² PIMENTEL, Sílvia. Trinta anos da carta das mulheres constituintes – A trajetória dos direitos das mulheres na constituinte. Um depoimento feminista, entusiasmado e "cúmplice". Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/serie_anais_de_seminarios/2018/serie_anais_de_seminarios_da_emerj_2018.pdf, Acesso em: 29 jul. 2024.

³ A extensão dos direitos trabalhistas e previdenciários garantidos, de forma plena, às empregadas domésticas, só foi definitivamente regulamentada recentemente.

⁴ Diz-nos Sílvia de Almeida que o "(...) o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo "normal" com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural. Comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo racismo é regra e não exceção. O racismo é parte de um processo social que ocorre "pelas costas dos indivíduos e lhes parece legado pela tradição". ALMEIDA, Sílvia Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019, p. 42/43.

dura realidade da desigualdade, porque também estigmatizadas e oprimidas por conta da sua raça, tal qual enfatizado por Lélia Gonzalez: "(...) numa sociedade onde o racismo e o sexismo, enquanto fortes sustentáculos da ideologia de dominação, fazem dos negros e das mulheres cidadãos de segunda classe, não é difícil visualizar a terrível carga de discriminação a que está sujeita a mulher negra".⁵

Em matéria de gênero, chama a atenção, sobretudo, a grande desigualdade existente nos espaços de poder. Embora majoritariamente feminina nossa sociedade, nas instâncias de poder, não é nenhum segredo, os espaços são predominantemente ocupados pelos homens.

Estudos revelam que a ascensão profissional e remuneratória das mulheres⁶ se dá em níveis inferiores aos homens, a despeito de, em muitas áreas ostentarem maior nível de escolaridade, também uma decorrência do ônus do patriarcado, pois, nas relações de trabalho, os obstáculos para a ocupação de postos de trabalho com maior poder de decisão decorrem, sobretudo, da necessidade de maior disponibilidade à família, tradicionalmente reservada à mulher. Com efeito, não há uma competição igualitária entre homens e mulheres no mercado de trabalho "seja pela persistência de estereótipos que as desqualificam, seja pela imposição de ônus adicionais, como a dupla jornada de trabalho", pois, a "mulher que tenha que cuidar dos filhos e da casa, por exemplo, terá menos tempo, energia e chances para competir com homens por posições de maior prestígio e remuneração no mundo do trabalho ou da política".⁷

A história demonstra que não apenas a produção das normas jurídicas, mas, a interpretação e aplicação dessas normas é um fator determinante para a manutenção – ou até mesmo, a ampliação – da desigualdade de gênero. Com efeito, todas as relações sociais foram construídas pautadas pela hierarquia e por estereótipos, e, assim, se amoldaram a um padrão de desigualdade em consequência de diversos fatores: lembremos do dever de obediência marital assentado num modelo onde os homens foram criados para comandar e as mulheres a servir e obedecer. E, também, porque durante muito tempo as mulheres estiveram alijadas do processo político e, notadamente, das funções estatais definidoras do modelo de Estado, das metas e suas diretrizes gerais.⁸

O princípio da igualdade formal plasmado na Constituição Federal não se mostrou suficiente para a superação desse quadro de desigualdade de gênero.

Daí a necessidade de criação de políticas mais eficazes para a garantia da igualdade de direitos, em cumprimento ao princípio da dignidade da pessoa humana que, elevado a fundamento do Estado Democrático de Direito é a base sobre a qual o constituinte estabeleceu, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil: (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e (iii) promover o bem de todos, sem preconceito de origem raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esses objetivos fundamentais da república federativa do Brasil trazem verbos que exigem uma postura ativa, exortando um compromisso de construirmos, todos, uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, livre de quaisquer formas de discriminação e, para isso, tem o Estado grande responsabilidade, especialmente o Estado-Juiz.

Impõe-se, assim, que a Constituição seja lida, interpretada e aplicada à luz de um novo paradigma, "uma virada epistemológica" assentada no "constitucionalismo feminista transformador multinível", como alertam Melina Fachin e Ana Carolina Olsen, para promover a cidadania e a igualdade de gênero.⁹

Daí a importância do Poder Judiciário e o papel que lhe cabe na interpretação e aplicação do Direito para a garantia e efetivação da igualdade de direitos, dignidade e cidadania para toda a sociedade.

⁵ GONZALEZ, Lélia. Por um feminismo Afro-Latino Americano. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 109.

⁶ ALVARENGA, Darlan. Mulheres ganham em média 20,5% menos que homens no Brasil. G1, 08/03/2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/dia-das-mulheres/noticia/2022/03/08/mulheres-ganham-em-media-205percent-menos-que-homens-no-brasil.ghtml>. Acessado em 29.07.2024.

⁷ SARMENTO, Daniel. Parecer Mulheres no Poder Judiciário e Discriminação de Gênero: criação de política de ação afirmativa para acesso de Juízas aos tribunais de segundo grau como imperativo constitucional, Migalhas, 2023, p. 5, Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2023/9/952AAEFB5570F_parecer-cnj-cota-feminina.pdf, Acessado em 30.07.2024.

⁸ Impedidas de votar e serem votadas, a conquista pelo voto feminino universal veio apenas com o Código Eleitoral de 1932. E, apesar dos grandes esforços do lobby do batom na Assembleia Constituinte, a representatividade feminina no campo político ainda é quase insignificante: embora representem mais de 51% da população brasileira, atualmente, as mulheres detêm apenas 17,7% das vagas do Congresso Nacional; no Supremo Tribunal Federal, em 138 anos de história, somente 3 mulheres ocuparam a Suprema Corte: Helen Gracie (2000-2011); Carmen Lúcia (desde 2006 até hoje) e Rosa Weber (2011-2023). E, no Poder Executivo e na administração das empresas, os cargos são predominantemente ocupados por homens. Carol Siqueira e Natalia Doederlein. Bancada feminina aumenta 18,2% e tem duas representantes trans, Agência Câmara de Notícias, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/911406-bancada-feminina-aumenta-18-e-tem-2-representantes-trans/>; e Luciana Amaral e Gabriel Hirabahasi. Mulheres ocupam 5,5% dos cargos de lideranças partidárias na Câmara e 10,5% no Senado. CNN, 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/mulheres-ocupam-55-dos-cargos-de-liderancas-partidarias-na-camara-e-105-no-senado/>. Acessado em 29.07.2024.

⁹ FACHIN, Melina; OLSEN, Ana Carolina L. Perspectiva de Gênero na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Revista CNJ, v. 6, Edição Especial Mulheres e Justiça, p. 95-108, ago. 2022.

1 A EVOLUÇÃO PARA A ADOÇÃO DO PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

A noção da igualdade substancial é indissociável da dignidade da pessoa humana, tornando absolutamente incompatível qualquer situação que privilegie certos grupos em detrimento de outros, dispensando-lhes tratamento com inferioridade e discriminação.

Olhar para as questões de gênero é olhar para uma sociedade pautada na desigualdade estrutural, histórica, social, cultural, política, mas, também, é enfrentar esse padrão de desigualdade encarando suas marcas para gerar mecanismos de proteção dos direitos das mulheres.

Dentre os principais mecanismos de proteção dos direitos das mulheres destacam-se: as Convenções Interamericanas sobre a Concessão de Direitos Civis (1948) e Políticos (1952) à Mulher (igualam direitos civis e políticos entre homens e mulheres); a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher de 1979 e a Convenção de Belém do Pará, assim denominada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994 e a Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, de 2022.

Como órgãos que realizam a promoção e a fiscalização dos direitos humanos das mulheres sobressaem a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH e o Mecanismo de Seguimento da Convenção de Belém do Pará – MESECVI.

No Brasil, um importantíssimo avanço normativo foi conquistado com Lei nº. 11.340/2006, cognominada Lei Maria da Penha que é considerada pela ONU, a terceira melhor lei de proteção à mulher do mundo¹⁰, merecendo destaque, também, as Jornadas de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça e o Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar (FONAVID), além das instalações de coordenadorias de violência contra a mulher nos tribunais.

O Poder Judiciário cumpre um papel fundamental na efetividade dos direitos das mulheres e a participação feminina dos espaços de poder. Influenciado por países vizinhos como o México, Chile, Bolívia, Colômbia e Uruguai, que já possuem instrumentos voltados a um julgamento com perspectiva de gênero, o Poder Judiciário Brasileiro atuou ativamente para promover iniciativas em prol da dignidade de gênero, a exemplo da Resolução 254/2020, que instituiu a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário; a Resolução 255/2020, que estabelece a Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário; a Resolução 492/2023, que tornou imperativa a adoção do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero nos Julgamentos (Recomendação 128/2022); a Resolução 496/2023, que alterou a Resolução 75/2009 e tornou obrigatória a paridade de gênero na composição de comissões examinadoras e bancas de concurso para a magistratura e, também, a Resolução 525/2023, que alterou a Resolução 106/2010, dispoendo sobre ação afirmativa de gênero, para acesso das magistradas aos tribunais de segundo grau.

Importante registrar que o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, fruto do Grupo de Trabalho instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Portaria CNJ n. 27, de 2 de fevereiro de 2021, fora concebido após a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Márcia Barbosa. Nesse julgamento, em setembro de 2021, restou estabelecido que o Estado brasileiro deveria adotar posturas ativas para combater o feminicídio e a violência contra a mulher, impondo-se-lhe implementar “um plano de formação, capacitação e sensibilização continuada (...) com perspectiva de gênero e raça” e “um protocolo nacional para investigação de feminicídios.”¹¹

Veio, daí, a Recomendação 128/2022 que sugeria a aplicação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, cuja adoção, com a edição da Resolução nº. 492/2023 a ser obrigatória. Dentre as diretrizes do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, está a obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional; a criação do Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário (Protocolo nº. 329/2023 do CNJ) e do Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, além da criação do

Banco de Sentenças e Decisões com aplicação do protocolo para julgamento com perspectiva de gênero a fim de ampliar o acesso ao Judiciário por mulheres e meninas.

Essas Resoluções do Conselho Nacional de Justiça constituem instrumentos de efetivação do princípio da igualdade material, pois, como adverte Daniel Sarmento “não é facultado ao intérprete negligenciar os efeitos

¹⁰ RAMOS DE MELLO, Adriana et. Al. Gêneros e direitos humanos no Poder Judiciário Brasileiro – Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre gênero, Direitos Humanos e acesso à Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/12/rel-edu-e-dh-versao-02-3-26jun2023.pdf>, Acesso em: 29 jul. 2024.

¹¹ Corte IDH. Caso Márcia Barbosa de Souza vx. Brasil, Sentença de 07.09.2021. San José: CORTE IDH, 2021, p. 62-63.

discriminatórios que a aplicação mecânica dos referidos preceitos constitucionais vem ensejando, sob pena de se instalar um estado inconstitucional incompatível com valores como isonomia material e dignidade da pessoa humana”.¹²

Quando os poderes executivo e legislativo não conseguem, por meio de suas respectivas funções típicas, garantir os direitos humanos das mulheres, o Poder Judiciário deve fazê-lo, utilizando-se das lentes constitucionais assentadas no princípio da dignidade da pessoa humana para compreender as questões femininas como direitos humanos e, assim, concretizar o princípio da igualdade e a vedação a toda e qualquer forma de discriminação entre as pessoas.

2 O PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero¹³ é uma importantíssima ferramenta do Poder Judiciário na efetivação da igualdade, em cumprimento ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável – ODS 5, da Agenda 2030 da ONU. Trata-se de um instrumento normativo concebido para orientar a magistratura no julgamento de casos concretos a partir de um olhar voltado ao enfrentamento das desigualdades de gênero, realizando, no exercício da função jurisdicional, o direito à igualdade e à não discriminação de todas as pessoas. Dividido em três partes que apresentam seus objetivos específicos, encontramos na primeira parte a apresentação dos conceitos básicos para facilitar a compreensão do que significa julgar com perspectiva de gênero e as questões centrais que envolvem a desigualdade de gênero e o direito. A segunda parte apresenta uma espécie de guia para que as magistradas e os magistrados atuem nas questões de gênero, nos diversos desdobramentos dos processos judiciais, dentre eles a valoração da prova e a interpretação e aplicação das normas. E, por fim, a terceira parte é reservada ao exame das questões de gênero que mais frequentemente são enfrentadas pelo Poder Judiciário nos diversos ramos do direito, mediante a elaboração de perguntas relacionadas a esses temas, cujas respostas se prestariam a evidenciar, ou não, a presença de estereótipos ou de discriminações de gênero.¹⁴

Em remissão às lições de Catharine Mackinnon, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero nos lembra que:

“A homens e mulheres são atribuídas diferentes características, que têm significados e cargas valorativas distintas. O pouco valor que se atribui àquilo que associamos culturalmente ao “feminino” (esfera privada, passividade, trabalho de cuidado ou desvalorizado, emoção em detrimento da razão) em comparação com o “masculino” (esfera pública, atitude, agressividade, trabalho remunerado, racionalidade e neutralidade) é fruto da relação de poder entre os gêneros e tende a perpetuá-las. Isso significa dizer que, no mundo em que vivemos, desigualdades são fruto não do tratamento diferenciado entre indivíduos e grupos, mas, sim, da existência de hierarquias estruturais. [...]”

Essa estrutura foi (e continua sendo, em muitos contextos) denominada “patriarcado”, ou então, dominação masculina, e refere-se a um sistema que, de diversas formas, mantém as mulheres em uma situação de subordinação em relação aos homens”. (Conselho Nacional de Justiça [Brasil]. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero [recurso eletrônico]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021, p. 21. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br> e www.enfam.jus.br. Acesso em: 09 abr. 2024 –).

Condutas claramente discriminatórias – sejam elas individuais, coletivas ou institucionais – acabam sendo “absorvidas” ou “normalizadas” (porque tornadas, nas palavras de Silvio de Almeida, verdadeiras “normas e padrões que orientarão a ação dos indivíduos”¹⁵), nada mais fazem do que simplesmente reproduzir um cruel mecanismo de discriminação e segregação.

E, a objetificação e a hipersexualização do corpo da mulher, oferecida à semelhança de um produto ou de um serviço que se coloca no mercado de consumo, são só algumas de tantas espécies de violências de gênero que nossa sociedade, como dito, patriarcal insiste e persiste em tentar normalizar, e há uma razão para tanto, afinal, como bem nos lembra Erving Goffman, a estigmatização é um meio ímpar de controle social” (GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 62).

¹² SARMENTO, Daniel. Op.cit.

¹³ Produzido pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria CNJ n. 27, de 2 de fevereiro de 2021.

¹⁴ CNJ. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. 1. ed. Brasília: CNJ; ENFAM, 2021.

¹⁵ ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019, p. 31.

Olvidar-se disso ao tempo dos julgamentos é, como diz expressamente, o já referenciado Protocolo, “gerar parcialidade”:

“A ideia de que há neutralidade nos julgamentos informados pela universalidade dos sujeitos é suficiente para gerar parcialidade.

Um julgamento imparcial pressupõe, assim, uma postura ativa de desconstrução e superação dos vieses e uma busca por decisões que levem em conta as diferenças e desigualdades históricas, fundamental para eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher.

Considerar que os estereótipos estão presentes na cultura, na sociedade, nas instituições e no próprio direito, buscando identificá-los para não se submeter à influência de vieses inconscientes no exercício da jurisdição é uma forma de se aprimorar a objetividade e, portanto, a imparcialidade no processo de tomada de decisão. Além disso, a compreensão crítica de que a pessoa julgadora ocupa uma posição social, que informa a sua visão de mundo, muitas vezes bem diversa das partes, reduz a possibilidade de se tomar uma decisão que favoreça a desigualdade e a discriminação.

O enfrentamento das várias verdades em jogo na relação processual, a identificação de estereótipos e o esforço para afastar eventuais prejulgamentos decorrentes de vieses inconscientes auxiliam, portanto, na percepção de uma realidade mais complexa e na construção da racionalidade jurídica mais próxima do ideal de justiça” (Conselho Nacional de Justiça [Brasil]. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, p. 36 – afora os grifos)

Por isso, como adverte Sandra Flügel Assad, as recomendações presentes na primeira parte do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero servem para guiar magistrados e magistradas que, em suas decisões, devem considerar que “estereótipos estão presentes no direito” e, identificando-os, evitem “a submissão a vieses de decisão, aprimorando a objetividade e a imparcialidade”, de modo a assegurar que a interpretação e aplicação das normas se dê de forma contextualizada e atenta às desigualdades estruturais nos casos que são chamados a decidir.¹⁶

Como guardião de direitos, o Poder Judiciário exerce um papel fundamental na concretização da igualdade de gênero, garantindo a cidadania. Por isso, julgar com as lentes de gênero, não é uma opção, mas, um imperativo constitucional que se assenta no princípio da dignidade da pessoa humana.

3 O PODER JUDICIÁRIO PARANAENSE E O JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

Em consulta ao Banco de Sentenças e Decisões com aplicação do protocolo para julgamento com perspectiva de gênero do Conselho Nacional de Justiça, surpreende o baixo número de decisões judiciais que explicitam a adoção do protocolo, tanto no cenário nacional quanto no âmbito do Estado do Paraná.¹⁷ Extrai-se desse banco de dados a existência de 1.101 (um mil e cento e uma) decisões, incluindo Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral, Justiças Estaduais e Federais, Justiça Militar Estadual e Tribunais Superiores, sendo que apenas duas delas são do Tribunal de Justiça do Paraná.

¹⁶ ASSAD, Sandra Flügel. Julgamento com perspectiva interseccional de gênero: uma releitura a partir dos métodos feministas e decoloniais. 1. ed. Brasília: DF, Editora Venturoli, 2024, p. 197-198.

¹⁷Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=f3bb4296-6c88-4c1f-b3bb-8a51e4268a58&sheet=03bb002c-6256-4b1d-9c93-a421f1bf8833&theme=horizon&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>, CNJ, Acesso em: 30. Jul. 2024.

Imagem 1

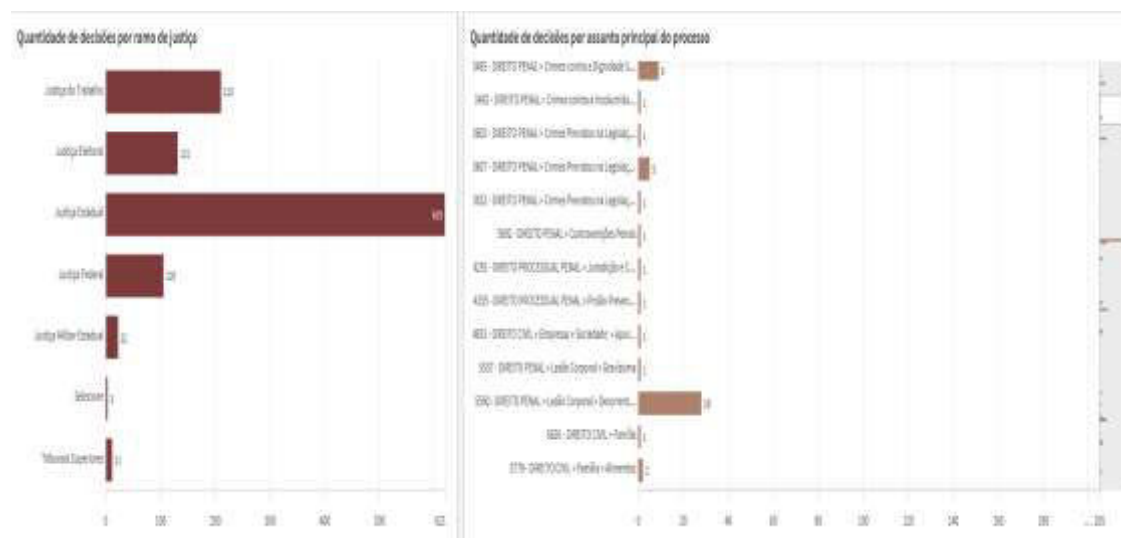


Imagem 2

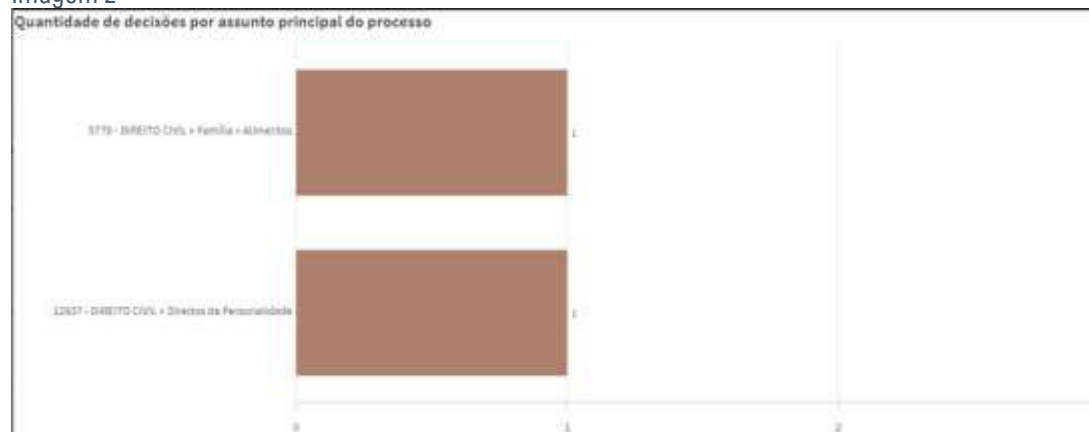


Imagem 3

Lista registros (2)

Ramo de Justiça	Tribunal	Município	Unidade	Número Único do processo (Resolução CNJ n. 66/2008)	Link do inteiro teor da sentença ou decisão	Classe do Processo	Assunto Principal do Processo	Descrição ou ementa da decisão
Justiça Estadual	TJPR	LONDRIÑA	11018 - LONDRIÑA - 4º JUZADO ESPECIAL CIVIL E CRIMINAL	0023753-88.2021.8.16.0014	acessar	460 - Recursos Inominado Civil	12937 - DIREITO CIVIL - Direitos da Personalidade	RECURSO INOMINADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PEDIDO DE INCLUSÃO DE NOME SOCIAL EM CADASTRO DE SUPERMERCADO. ALTERAÇÃO NÃO REALIZADA. AUTOR CHAMADO PELO NOME MORTO DURANTE UMA COMPRA. SENTENÇA DE
Justiça Estadual	TJPR	IBIIRÁ DO CLARO	8118 - IBIIRÁ DO CLARO - JUZO UNICO	0000853-05.2021.8.16.0144	acessar	12765 - Reconhecimento e Extinção de União	579 - DIREITO CIVIL - Família - Alimentos	AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL COM PARTILHA DE BENS, ALIMENTOS E GUARDA. PEDIDO LIMINAR DE SEPARAÇÃO DE COMPOS COM AFASTAMENTO DO EX-CÔNJUGE DO LAIR. DEMONSTRAÇÃO DE CONVIVÊNCIA

Em consulta ao sítio do Tribunal de Justiça do Paraná foram encontradas muitas decisões que evidenciam a adoção do protocolo para julgamento com perspectiva de gênero em ementados que se distinguem, tanto pela circunstância fática como pela área do direito.

Sem a pretensão de esgotar o tema, mas, com o propósito de trazer uma reflexão sobre a necessidade e o dever do Julgador e da Julgadora de olhar para os fatos com esta lente da transversalidade do impacto de gênero, a seguir, serão apresentadas algumas decisões judiciais que, aplicando o protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, evidenciam uma prestação jurisdicional comprometida com a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Assim, merece registro a sentença proferida pela Dra. Michela Vechi Saviato, da 18ª Vara Cível de Curitiba que, ao julgar a ação de indenização por danos morais n. n. .0017901-88.2022.8.16.0001, em que a Autora pretendia a reparação moral pela imputada prática de assédio por motorista de aplicativo assentou que a "(...) adoção de perspectiva de gênero na atividade judicial é ferramenta para identificar e erradicar desigualdades de poder que desembocam diretamente na violência contra as mulheres. Essa violência é a representação concreta das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens, que representa ofensa aos direitos humanos e liberdades fundamentais, lesando a dignidade humana." E, asseverando que "o julgamento com perspectiva de gênero permite a construção de novos contornos jurídico-dogmáticos do direito à igualdade, com reformulação das premissas clássicas de julgamento neutro e juiz imparcial", superando-se o paradigma da neutralidade metodológica do Direito, como pressuposto para a garantia de um resultado justo, conclui a magistrada que, julgar com as lentes de gênero, possibilita "combater as múltiplas e interseccionais situações de discriminação contra os direitos humanos das mulheres, conforme trazido pelo próprio Protocolo (p. 51)", alcançando-se a ideia de "igualdade substantiva ou antisubordinatória". E, por fim, enfatizando que a "aplicação da Lei Maria da Penha não se limita a seara penal, posto se tratar de arcabouço protetivo aos direitos de todas as mulheres", a magistrada destacou a imprescindibilidade da "centralidade da palavra da vítima, a fim de ativamente corrigir a desigualdade estrutural e de subordinação da mulher", competindo ao magistrado e à magistrada o dever de atuar ativamente "para garantir a igualdade substancial."

No âmbito do direito das famílias, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná é bastante progressista, assentando-se no chamado constitucionalismo feminista que direciona "a hermenêutica jurídica na busca pela coexistência harmônica entre o princípio da igualdade, em sentido substancial, e o princípio do reconhecimento pela diferença, ao revelar discriminações estruturais, presentes na referência da universalidade (inclusive, epistêmica) identificada na masculinidade hegemônica, a partir do respeito à consideração ao outro e ao diferente, em posição de vulnerabilidade (na hipótese, a posição social e jurídica das mulheres), decorrente das relações assimétricas de poder inerentes ao patriarcalismo/machismo estruturais." (TJPR - 12ª Câmara Cível - 0053189-03.2022.8.16.0000 - São José dos Pinhais - Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI - J. 05.12.2022). E, nessa linha, destacam-se as decisões proferidas pela 11ª. e pela 12ª. Câmara Cível, a saber

"DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA. PARCIAL PROCEDÊNCIA. REGIME DE BENS. 1. CONTRATO PARTICULAR DE UNIÃO ESTÁVEL. CLÁUSULA ESTIPULANDO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. DOCUMENTO PARTICULAR ELABORADO POR CARTORÁRIO. AUTORA COM POUCA INSTRUÇÃO. DIFICULDADE EM FAZER A LEITURA DE DOCUMENTO ESCRITO, QUE SE COADUNA COM SEU BAIXO GRAU DE ESCOLARIDADE, LIMITADO AO ENSINO FUNDAMENTAL INCOMPLETO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DO ATO POR INSTRUMENTO PÚBLICO, ASSEGURANDO ÀS PARTES A COMPREENSÃO DE SEU CONTEÚDO E EFEITOS LEGAIS. RECONHECIMENTO DE INVALIDADE DA CLÁUSULA. APLICAÇÃO DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL, OBSERVADOS OS CRITÉRIOS DO PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO (CNI). 2. TERMO FINAL DA UNIÃO ESTÁVEL. ANÁLISE DAS DEMAIS PROVAS EXISTENTES NOS AUTOS, QUE DEMONSTRAM TER O VÍNCULO PERDURADO ATÉ O PERÍODO DA PANDEMIA COVID-19, A DESPEITO DE DOCUMENTO PARTICULAR SEM RECONHECIMENTO DE FIRMA, QUE INDICA DATA PRETÉRITA. 3. PARTILHA. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM NA AQUISIÇÃO DOS BENS. BENS PARTICULARES E SUA CONSEQUENTE SUB-ROGAÇÃO QUE DEVEM SER DEVIDAMENTE COMPROVADOS (...).

(...) 2. "Na união estável, salvo contrato escrito, aplica-se às relações patrimoniais o regime da comunhão parcial de bens, havendo a presunção de que os bens adquiridos, a título oneroso, na constância da convivência, são frutos do esforço comum, salvo os recebidos por herança ou doação, bem como os valores pertencentes, exclusivamente, a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares" (TJGO, AP 0423943-29.2014.8.09.0142, Rel. Carlos Alberto França, 19/06/2019).

(...) 4. Recurso de apelação 01 conhecido e desprovido. 5. Recurso de apelação 02 conhecido e parcialmente provido". (TJPR - 11ª Câmara Cível - 0001474-10.2021.8.16.0079 - Dois Vizinhos - Rel.: DESEMBARGADOR RUY MUGGIATI - J. 24.04.2024);

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. INSURGÊNCIA RECURSAL DO ALIMENTANTE E DO ALIMENTADO. APELAÇÃO 01. ALIMENTANTE. QUANTUM ALIMENTAR. REDUÇÃO. NÃO CABIMENTO. FUNDAMENTOS CALCADOS NA AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA ECONÔMICA. CONTRIBUIÇÃO DA GENITORA COM A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. (...) PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL. 3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RESISTÊNCIA ECONÔMICA DO ALIMENTANTE COMPATÍVEL COM A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR OBSERVÂNCIA AO BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. CAPITAL INVISÍVEL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COM APLICAÇÃO DO PROTOCOLO DE GÊNERO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.699 E 1.694, § 1º DO CÓDIGO CIVIL. 4. ÔNUS SUCUMBENCIAL. INVERSÃO. 5. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA RECURSAL. MAJORAÇÃO DA VERBA DEVIDA AO PATRONO DO APELANTE 02. FULCRO NO ARTIGO 85, § 11 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

RECURSO DE APELAÇÃO 01 CONHECIDO E NÃO PROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO 02 CONHECIDO E PROVIDO PARA MAJORAR OS ALIMENTOS IN PECÚNIA A QUATRO SALÁRIOS MÍNIMOS, COM A MANUTENÇÃO DOS ALIMENTOS IN NATURA.

(...) 3. Prestigia-se o exercício da paternidade responsável e o compromisso integral com a prole, que presume despesas essenciais em razão da menoridade e o dever paterno de sustento através da pensão alimentícia. 4. Encargo alimentar fixado em observância à necessidade presumida do Alimentado e possibilidade do Alimentante, pautado no princípio da proporcionalidade. 5. Quantifica-se o valor alimentar em observância à necessidade presumida do Alimentado e possibilidade do Alimentante, pautado no princípio da proporcionalidade, posto que o capital invisível de cuidados e prioridade de atendimento familiar do Alimentado, são fundamentos lastreados nos ditames de igualdade de perspectiva de gênero acolhidos pela atual visão familiarista que impõe olhar direto, sem subterfúgios, sobre a aplicação do julgamento com perspectiva de gênero que se fundamenta no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável-ODS 5 DA Agenda 2030 da ONU – Organização das Nações Unidas, da qual o Brasil é signatário, cumprido pelo Protocolo do Conselho Nacional de Justiça em observância também as pré-existentes Tratados Internacionais de Direitos Humanos como a Convenção Belém do Pará, a CEDAW – Convenção pela eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e a Declaração de Pequim que detém força jurídica de emenda constitucional cuja obrigatoriedade exige efetivação por todos os profissionais nacionais, independentemente de profissão de fé, cultura de protagonismo e orientações institucionais vencidas pela evolução do Direito onde a mulher encontra proteção legal como sujeito de direitos integrais, inclusive sendo reconhecido o capital invisível decorrente não só do afeto comum como genitores mas advindos da cultura dos cuidados excepcionados à sua responsabilidade em maior proporção no curso da vida em comum, principalmente em relação aos filhos, além da dedicação paralela no mercado de trabalho. O momento de reconhecimento legal tarda mas está amparado no dever de assistência mútua integral devida pelos genitores à prole". (TJPR - 11ª Câmara Cível - 0000733-65.2020.8.16.0188 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADORA LENICE BODSTEIN - J. 10.06.2024);

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DAS FAMÍLIAS. AGRAVO DE INSTRUMENTO – ARBITRAMENTO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM 63,7% SOBRE O SALÁRIO MÍNIMO NACIONAL PARA A FILHA de 3 anos de idade. PRETENDIDA MINORAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR – NÃO ACOLHIMENTO – QUANTUM CONDIZENTE COM A SITUAÇÃO FÁTICA DAS PARTES – CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE VERIFICADA. TRABALHO DOMÉSTICO DE CUIDADO DIÁRIO E NÃO REMUNERADO DA MULHER CONSIDERADO NO CÁLCULO DA PROPORCIONALIDADE DOS ALIMENTOS. ADOÇÃO DO PROTOCOLO DE JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PATERNIDADE RESPONSÁVEL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

1. O arbitramento judicial dos alimentos, devidos pelos pais para a manutenção dos filhos, deve observar a equação necessidades do alimentado, capacidade financeira ou possibilidade econômica dos alimentantes e a proporcionalidade dos recursos de cada genitor. Exegese dos artigos 1.566, inc. IV, 1.694, § 1º, e 1.703 do Código Civil.

2. A redução da verba alimentícia deve considerar a capacidade financeira do genitor, que deve comprovar, efetivamente, a sua renda, pois eventuais dúvidas e incongruências entre os valores percebidos e os dispendidos mensalmente pelo alimentante podem ensejar a aplicação do ônus da prova em sentido objetivo (regra de julgamento) para favorecer o melhor interesse de crianças e adolescentes, considerados pessoas socialmente vulneráveis. Exegese do artigo 373, inc. I, do Código de Processo Civil.

3. A preocupação com a equidade de gênero deve estar presente no contexto do Direito das Famílias, especialmente em ações de alimentos, para diminuir as injustas discriminações sexuais, próprias do patriarcalismo estrutural ainda presente na sociedade brasileira, conferindo tratamento

isonômico, e ao mesmo tempo diferenciado, a homens e mulheres no desempenho das funções paterna e materna.

4. Quando o filho em idade infantil reside com a mãe, as atividades domésticas, inerentes ao dever diário de cuidado (como o preparo do alimento, a correção das tarefas escolares, a limpeza da casa para propiciar um ambiente limpo e saudável) – por exigirem uma disponibilidade de tempo maior da mulher, sobrecarga que lhe retira oportunidades no mercado de trabalho, no aperfeiçoamento cultural e na vida pública – devem ser consideradas, contabilizadas e valoradas, para fins de aplicação do princípio da proporcionalidade, no cálculo dos alimentos, uma vez que são indispensáveis à satisfação das necessidades, bem-estar e desenvolvimento integral (físico, mental, moral, espiritual e social) da criança. Inteligência dos artigos 1º e 3º, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) c/c artigo 3.2 da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas.

5. A ordem econômica não deve estar dissociada da concretização jurídica de preocupações éticas, porque é fundada na valorização constitucional do trabalho humano, suporte para a existência digna e a justiça social (art. 170, caput, CF).

6. É papel do Poder Judiciário promover a equidade de gênero por meio da não repetição de estereótipos, que façam perpetuar a cultura da discriminação e de preconceitos, inerentes ao patriarcalismo estrutural que reforça práticas misóginas e mecanismos de opressão contra as mulheres. Exegese do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 da Organização das Nações Unidas e da Recomendação nº 128 de 2022 do Conselho Nacional de Justiça (Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero).

7. O princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CF) – concretizado por meio do pagamento de alimentos fixados em montante proporcional aos esforços da mulher, com a realização de trabalhos domésticos e diários na educação da criança – é um instrumento de desconstrução da neutralidade epistêmica e superação histórica de diferenças de gêneros, de identificação de estereótipos presentes na cultura que comprometem a imparcialidade jurídica, de promoção da equidade do dever de cuidado de pai e mãe no âmbito familiar, além de ser um meio de promoção de direitos humanos e de justiça social (arts. 4º, inc. II, e 170, caput). 8. Agravo de instrumento conhecido e não provido”. (TJPR – 12ª Câmara Cível – 0019031- 19.2022.8.16.0000 – Pato Branco – Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI – J. 16.11.2022);

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DAS FAMÍLIAS. AÇÃO DE GUARDA. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA CONCEDIDA, NA ORIGEM, PARA ESTABELECEER A GUARDA UNILATERAL DOS FILHOS EM FAVOR DO PAI E SUSPENDER OS ALIMENTOS, ALÉM DE ESTABELECEER REGIME DE CONVIVÊNCIA MATERNO-FILIAL SUPERVISIONADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA REVOGADA. DELIBERAÇÃO SOBRE GUARDA EM CARÁTER LIMINAR. MEDIDA EXCEPCIONAL. PERIGO DE DANO NÃO DEMONSTRADO. BOLETIM DE OCORRÊNCIA. RELATOS UNILATERAIS DO PAI. INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DAS ALEGAÇÕES. AUSÊNCIA DE URGÊNCIA PARA A IMEDIATA ALTERAÇÃO DA GUARDA. APLICAÇÃO DO AFORISMO QUIETA NON MOVERE. NECESSIDADE DE AMADURECIMENTO DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA PARA ASSEGURAR O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.585 DO CÓDIGO CIVIL. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA E EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO ESSENCIAIS PARA ANÁLISE DO MÉRITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(...)

3. A fixação da guarda e a regulamentação da convivência familiar deve considerar o melhor interesse dos filhos, como vetor hermenêutico para a resolução de conflitos, e uma análise do contexto funcional da família, da rotina e disponibilidade de ambos os pais, das condições pessoais/laborais de cada genitor, do cotidiano dos próprios filhos, dos apoios da família solidária, entre outros fatores que permitam garantir que o infante seja atendido em suas necessidades da forma mais adequada e eficiente possível. Aplicação do artigo 227, caput, da Constituição Federal, 3.1. da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, 4º, caput, e 100, par. Ún., inc. IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. A concessão de guarda unilateral em caráter liminar é excepcional, devendo haver prova pré-constituída suficiente de situação de risco à qual a criança ou o adolescente esteja submetida, apta a justificar a excepcionalidade da tutela provisória de urgência, em detrimento da guarda compartilhada. Incidência dos artigos 1º, inciso III, 3º, inciso I, 226, § 7º, da Constituição Federal, 1.584, § 2º, do Código Civil, 8º e 300 do Código de Processo Civil. Aplicação das Recomendações nº 25/2016 e nº 128/2022 e da Resolução nº 492/2023 (Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça.

5. As narrativas processuais podem ser verdadeiras, quando as alegações se presumem ou estão baseadas em fatos provados, ou fictícias, quando são produto de pura retórica. Para obter êxito processual, não basta a parte narrar uma estória, é indispensável demonstrar a existência dos fatos alegados.

6. Não se pode atribuir valor probatório às meras narrativas processuais, pois, para a formação do convencimento judicial, o fato alegado e não provado equivale a fato inexistente. Interpretação dos artigos 370 e 373, inc. I, do Código de Processo Civil.

(...)

9. Tanto o Boletim de Ocorrência, quanto o termo de atendimento do Conselho Tutelar, são registros de narrativas unilaterais. Os fatos narrados precisam ser constatados pela Autoridade Policial ou pelos demais órgãos que compõem a rede de proteção dos direitos da criança ou do adolescente, bem como se submeterem ao crivo do contraditório, a fim de confirmar as alegações do autor e servirem como meio de prova dos fatos constitutivos do direito alegado; caso contrário, servem apenas como simples registros relatados por ele, cuja força probatória é frágil e precisará ser contextualizada com as demais provas produzidas nos autos.

10. O Boletim de Ocorrência, lavrado com base unicamente do depoimento de uma das partes, por si só, não gera presunção iuris tantum da veracidade dos fatos nele narrados, uma vez que apenas consigna as declarações unilaterais afirmadas pelo interessado perante a autoridade pública; tais afirmações precisam ser apuradas antes de serem declaradas como verdadeiras e submetidas ao contraditório, durante o desenvolvimento do devido processo legal, para serem consideradas como meio idôneo para a afirmação dos fatos controvertidos. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça.

11. Não havendo elementos probatórios suficientes que evidenciem a probabilidade do direito e, ao contrário, existindo perigo do dano inverso para as crianças ou adolescentes na fixação liminar da guarda unilateral, com restrição à convivência familiar com o pai ou com a mãe e alteração da sua rotina, o juiz deve indeferir pedido de tutela provisória de urgência. Inteligência do artigo 300, caput e § 3º, do Código de Processo Civil.

12. As diretrizes que delineiam as definições de guarda, pelo Estado-Juiz, devem ser guiadas pela máxima efetivação do princípio da superioridade e do melhor interesse da criança, bem como pela aplicação da doutrina da proteção integral, sem olvidar a função social e a concepção eudemonista de família, voltada à promoção da dignidade humana, da solidariedade e da busca da felicidade de todos os integrantes da entidade familiar. Incidência dos artigos 227, caput, da Constituição Federal e 4º e 100, parágrafo único, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, 19 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, 3.1 da Convenção dos Direitos das Crianças e 2º da Declaração Universal dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU).

13. Inexistindo razão objetiva que recomende a modificação imediata da guarda, impõe-se a manutenção da situação fática (quieta non movere), até que as circunstâncias sejam melhor esclarecidas, durante a instrução probatória, sujeita ao crivo das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Precedentes deste Tribunal de Justiça.

14. Recurso conhecido e provido, para revogar a tutela provisória de urgência concedida à parte agravada na origem, mantendo-se o estado atual das coisas (guarda compartilhada com lar referencial materno) até que se aprofunde a instrução processual (apta a fornecer maiores elementos probatórios para a resolução da demanda, com amparo no princípio do melhor interesse da criança) – ou até que sejam efetivamente comprovadas eventuais alterações no estado fático que autorizem a modificação da guarda em sede de tutela provisória de urgência". (TJPR - 12ª Câmara Cível - 0017897-83.2024.8.16.0000 - Maringá - Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI - J. 10.06.2024).

As situações de violência contra a mulher cresceram numa proporção avassaladora nos últimos anos e, especialmente aqui, no campo do direito penal, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero enfatiza algumas questões centrais, como, a necessidade de valoração da palavra da vítima de violência de gênero e da escuta protetiva das vítimas vulneráveis não só pelo gênero, mas, também em razão da idade; a imposição de condenação do agressor a reparar os danos provenientes da violência de gênero na própria sentença condenatória; a violência obstétrica; a questão da autoria nos crimes de aborto e infanticídio; na apuração dos crimes contra a dignidade sexual; a perseguição (stalking); a pornografia de vingança; as escusas nos crimes patrimoniais; o feminicídio; a competência constitucional do Tribunal do Júri e a inadmissibilidade da legítima defesa da honra.¹⁸ Aqui, destaca-se:

¹⁸ CNJ. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. 1. ed. Brasília: CNJ; ENFAM, 2021, p. 84-95.

"APELAÇÃO CRIME. SENTENÇA CONDENATÓRIA. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. ART. 129, § 13º, ART. 163, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. I E ART. 250, §1º, INC. II, "A", TODOS DO CÓDIGO PENAL. INSURGÊNCIA DA

DEFESA. 1) PARECER MINISTERIAL EM SEGUNDO GRAU PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. ARGUMENTOS RECURSAIS QUE NÃO SE MOSTRAM DISSOCIADOS DAS RAZÕES DE DECIDIR. PRELIMINAR REJEITADA. 2) DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RÉU QUE NÃO TEVE A PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO. 3) PLEITO DE NÃO APLICAÇÃO DA LEI 11.340/06 (LEI MARIA DA PENHA). DESPROVIMENTO. NAMORO QUE PODE CONFIGURAR RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO. VIOLÊNCIA COMETIDA NO ÂMBITO DA RELAÇÃO AFETIVA. DESNECESSIDADE DE COABITAÇÃO. 4) PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DA LESÃO CORPORAL POR FALTA DE PROVAS. DESPROVIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO. PALAVRA DA VÍTIMA QUE POSSUI GRANDE RELEVÂNCIA PROBATÓRIA, CORROBORADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS, SOBRETUDO PROVA PERICIAL (LAUDO DE LESÕES CORPORAIS). PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE DIMINUIÇÃO DE PENA POR INJUSTA PROVOCAÇÃO DA VÍTIMA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE A VÍTIMA INICIOU AGRESSÃO OU CAUSOU INJUSTA PROVOCAÇÃO. 5) DELITO DE INCÊNDIO. ABSOLVIÇÃO POR DÚVIDA QUANTO À AUTORIA. NÃO ACOLHIMENTO. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE A DEMONSTRAR A AUTORIA DELITIVA. PALAVRA DA VÍTIMA, ADEMAIS, QUE ASSUME ESPECIAL RELEVÂNCIA NOS CRIMES PRATICADOS MAJORITARIAMENTE NA CLANDESTINIDADE. STANDARD PROBATÓRIO ATINGIDO. LAUDO PERICIAL CONSTATANDO AÇÃO HUMANA. CONDENAÇÃO MANTIDA. 6) FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS À DEFENSORA DATIVA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO". (TJPR - 2ª Câmara Criminal - 0018228-74.2021.8.16.0031 - Guarapuava - Rel.: DESEMBARGADORA PRISCILLA PLACHA SÁ - J. 05.02.2024).

Importa enfatizar que, não obstante as questões de discriminação e de violência de gênero estejam marcadamente presentes no âmbito do direito penal e, também, no direito das famílias e no direito do trabalho, a atuação a partir de uma perspectiva interseccional de gênero deve se dar em todas as searas do direito, em todas as etapas e instâncias do procedimento judicial, tal qual assentado no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero.¹⁹

Na precisa e primorosa análise de Eduardo Cambi, Letícia Porto Nosaki e Melina Fachin, a perspectiva de gênero incorpora "conhecimentos capazes de desestabilizar as normas jurídicas injustas"²⁰ possibilitando, assim, "pensar o direito de uma forma crítica e sensível às vulnerabilidades"²¹, tal como adverte Sandra Flügel Assad.

E, exatamente nessa perspectiva de interpretar e aplicar o Direito e todo seu ferramental teórico e normativo, é que o multimencionado protocolo, estabelece que, julgar com perspectiva de gênero, exige do magistrado e da magistrada uma particular atenção para avaliar as circunstâncias especiais que podem estar passando não só as partes, mas, também as advogadas e testemunhas mulheres, que estejam, por exemplo, gestantes, ou em período de amamentação ou, ainda, de cuidado com crianças pequenas, refletindo sobre eventuais riscos a que estejam submetidos e que, por tal razão, necessitem de medidas especiais de proteção.

Assim é que, em cumprimento ao Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (Resolução CNJ n. 492/2023), cita-se a decisão que, em sede de agravo interno, concedeu à mulher advogada que teve seu parto antecipado, a devolução do prazo para recorrer de decisão que lhe era desfavorável, a saber:

"AGRAVO INTERNO. RECURSO CONTRA A DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE PRAZO COM BASE NA SUSPENSÃO DO PROCESSO POR PARTO ANTECIPADO DA ADVOGADA POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO AO CLIENTE. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 313, IX, §6º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E ART. 7º-A, IV DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS. DEMONSTRAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO DO CLIENTE, COMO PRESSUPOSTO DA RELAÇÃO ADVOGADA E CLIENTE, MAS NÃO CONDIÇÃO À SUSPENSÃO DO PRAZO. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DE FORMA SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA A GARANTIR O CUMPRIMENTO DA INTENÇÃO DO LEGISLADOR. ASSEGURAR A MÁXIMA PROTEÇÃO À MATERNIDADE E RESGUARDAR O PLENO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. DEVOLUÇÃO DE PRAZO, DEVIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO". (TJPR - 8ª Câmara Cível - 0079505-11.2022.8.16.0014 [0055641-75.2021.8.16.0014/1] - Londrina - Rel.: ANA CLAUDIA FINGER - J. 20.03.2023).

¹⁹ CNJ. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. 1. ed. Brasília: CNJ; ENFAM, 2021, p. 82-83.

²⁰ CAMBI, Eduardo; NOSAKI, Letícia de Andrade Porto; FACHIN, Melina Girardi. Tutela judicial das vulnerabilidades femininas: o papel do Poder Judiciário brasileiro na efetivação do constitucionalismo feminista. Revista CNJ, v. 7, n. 1, jan./jun. 2023, p. 61.

²¹ ASSAD, Sandra Flügel. Julgamento com perspectiva interseccional de gênero: uma releitura a partir dos métodos feministas e decoloniais. 1. ed. Brasília: DF, Editora Venturoli, 2024, p. 198.

A decisão, encampada pela maioria do colegiado, revela o cuidado no exame dos autos a partir da lente de gênero que, assim revelou uma prestação jurisdicional voltada a valorizar e garantir o pleno exercício da advocacia e da maternidade.

Nessa mesma linha, também aplicando o protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, examinando as provas dos autos de forma a garantir uma suficiente e digna proteção à mulher, afastando concepções enviesadas, estereotipadas e misóginas, destaca-se:

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. USO DESAUTORIZADO DE IMAGEM. VIOLAÇÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE. MODELO QUE ATUOU COMO FIGURANTE EM VIDEOCLÍPE GRAVADO EM UMA CASA DE PROSTITUIÇÃO E TEVE SUA IMAGEM UTILIZADA, INDEVIDAMENTE, PARA A PROMOÇÃO DO NEGÓCIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REFORMA PARCIAL. PRELIMINAR DE INADMISSIBILIDADE DO RECURSO POR OFENSA À DIALETICIDADE. REJEIÇÃO. APELO QUE DEIXOU CLARAS AS RAZÕES DE SUA IRRESIGNAÇÃO. ACOLHIMENTO DE PARTE DA PRETENSÃO RECURSAL. AFASTAMENTO DO PEDIDO DE RECOMPOSIÇÃO PELO CHAMADO “LUCRO DA INTERVENÇÃO”, QUE, COMO BEM DELINEADO PELO ACÓRDÃO PARADIGMA (RESP 1.698.701), NÃO CONSTITUI UM DANO AUTÔNOMO, MAS DE UM MEIO DE RECOMPOSIÇÃO QUE SE VALE DA VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA PARA SE REMIR UMA LESÃO QUE PASSARIA IRREPARADA PELA LÓGICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL CLÁSSICA DE RECOMPOSIÇÃO DO DANO, MAS NÃO MAIS DO QUE O DANO. REPARAÇÃO QUE, NESTE CASO, PODE MUITO BEM SER FEITA POR MEIO DE INDENIZAÇÃO DOS DANOS MORAIS PERPETRADOS. JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO. ANÁLISE DO USO DESAUTORIZADO DA IMAGEM QUE DEVE LEVAR EM CONTA, TAMBÉM, O CARÁTER ESTIGMATIZANTE E A VIOLÊNCIA SIMBÓLICA DA ASSOCIAÇÃO DA IMAGEM DE UMA MULHER A SUA EXPLORAÇÃO SEXUAL. DANO MORAL “IN RE IPSA” (SÚMULA Nº 403, STJ). RESPONSABILIDADE CIVIL CARACTERIZADA. REDISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO”. (TJPR - 8ª Câmara Cível - 0019236-65.2020.8.16.0017 - Maringá - Rel. para acórdão: ANA CLAUDIA FINGER - J. 24.05.2024).

Como já referido, ainda há muito a ser feito para o alcance e efetivação do princípio da igualdade material e, assim, a eliminação de todas as formas de discriminação. E o Poder Judiciário, no exercício de suas competências constitucionais de garantidor de direitos, exerce, na interpretação e aplicação do Direito, um papel fundamental, pois a equidade de gênero é uma exigência básica de justiça e democracia, constituindo-se em fator de legitimação democrática desse Poder de Estado.²²

Por isso, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero deve ser utilizado pelo Poder Judiciário como instrumento hermenêutico voltado para a desconstrução e superação de diferenças e desigualdades históricas, marcadas por compreensões estereotipadas, sexistas e misóginas que comprometem a imparcialidade, orientando o aplicador do Direito “pelas balizas protetivas dos direitos humanos das mulheres”.²³

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 marca a institucionalização dos direitos humanos no Brasil, inserindo, nessa perspectiva, a igualdade de gênero como elemento essencial para uma sociedade democrática. A democracia pressupõe igualdade, entretanto, ainda há muito a se fazer para alcançarmos a igualdade material. O Brasil ainda padece de múltiplas injustiças delas sobressaindo a desigualdade social e, também, a desigualdade de gênero.

Os números ainda não refletem a igualdade material de gênero seja na distribuição das atividades domésticas, nas oportunidades de trabalho e de remuneração pelos mesmos serviços prestados e, especialmente, nas estruturas de tomada de decisões. A representação política das mulheres nas estruturas de poder – no Parlamento, no Executivo e no Judiciário – ainda é insignificante. Por isso, muito ainda há de ser feito, sendo este um dever cívico que incumbe ao Estado e a cada um de nós.

Para a superação desse quadro de injustiça decorrente da desigualdade de gênero – que não se dará de uma hora para outra – é preciso reconhecer que a vulnerabilidade das mulheres decorre de uma sociedade historicamente patriarcal e machista e, a partir daí, serem criadas políticas públicas, interpretadas as normas e aplicados os mecanismos e técnicas jurídicas mais eficazes para a garantia da igualdade de direitos, em cumprimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, elevado a fundamento do Estado Democrático de Direito, tal como se pretende o nosso.

²² SARMENTO, Daniel. Op.cit., p. 38.

²³ CAMBI, Eduardo; NOSAKI, Leticia de Andrade Porto; FACHIN, Melina Girardi. Tutela judicial das vulnerabilidades femininas: o papel do Poder Judiciário brasileiro na efetivação do constitucionalismo feminista. Revista CNJ, v. 7, n. 1, jan./jun. 2023, p. 66.

A participação das mulheres em condição de igualdade em todos os espaços, sobretudo nos espaços de poder e nos processos de tomada de decisão constitui uma exigência básica de justiça e democracia. Só com a efetiva participação da mulher nos espaços de poder e, por consequência, a incorporação do seu ponto de vista em todos os níveis do processo de tomada de decisões é que se poderá alcançar os objetivos de igualdade, de desenvolvimento e paz social.

O Poder Judiciário deve assumir a responsabilidade que lhe cabe na interpretação e aplicação das normas constitucionais para a promoção da cidadania e da igualdade de gênero, tratando das questões femininas como direitos humanos. A eliminação de todas as formas de discriminação e misoginia, o olhar com perspectiva de gênero no sistema de justiça não é apenas uma escolha ética, mas, um imperativo inarredável.

O olhar com perspectiva de gênero no sistema de justiça, assentado no denominado constitucionalismo feminista transformador, deve perpassar todas as searas do direito, todas as fases, desdobramentos e instâncias do processo judicial, como forma de se concretizar o conteúdo da igualdade substantiva tornando-se protegidos e efetivos os direitos das mulheres.

Precisamos concretizar os objetivos da República Federativa do Brasil e, assim, tornar os Compromissos do Milênio – os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, em especial o ODS 5 – uma realidade para nós e para as próximas gerações, garantindo a todos, homens e mulheres, condições para que, independentemente da sua cor, da sua raça, do seu gênero, da sua condição social, sejam felizes, vivendo em uma sociedade mais igual, justa e solidária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

ALVARENGA, Darlan. Mulheres ganham em média 20,5% menos que homens no Brasil. G1, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/dia-das-mulheres/noticia/2022/03/08/mulheres-ganham-em-media-205percent-menos-que-homens-no-brasil.ghtml>. Acessado em 29.07.2024.

AMARAL, Luciana; HIRABAHASI, Gabriel. Mulheres ocupam 5,5% dos cargos de lideranças partidárias na Câmara e 10,5% no Senado. CNN, 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/mulheres-ocupam-55-dos-cargos-de-liderancas-partidarias-na-camara-e-105-no-senado/>. Acesso em: 29 jul. 2024.

ASSAD, Sandra Flügel. Julgamento com perspectiva interseccional de gênero: uma releitura a partir dos métodos feministas e decoloniais. 1. ed. Brasília: DF, Editora Venturoli, 2024.

CAMBI, Eduardo; NOSAKI, Leticia de Andrade Porto; FACHIN, Melina Girardi. Tutela judicial das vulnerabilidades femininas: o papel do Poder Judiciário brasileiro na efetivação do constitucionalismo feminista. Revista CNJ, v. 7, n. 1, jan./jun. 2023. CNJ. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. 1. ed. Brasília: CNJ; ENFAM, 2021.

FACHIN, Melina; OLSEN, Ana Carolina L. Perspectiva de Gênero na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Revista CNJ, v. 6, Edição Especial Mulheres e Justiça, p. 95-108, ago. 2022.

GONZALEZ, Lélia. Por um feminismo Afro-Latino-Americano. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 109.

GRAZZIOTIN, Vanessa. A bancada do batom e a Constituição Cidadã. Congresso em foco, 2013. Acesso em: 10 jul. 2024.

PIMENTEL, Silvia. Trinta anos da carta das mulheres constituintes – A trajetória dos direitos das mulheres na constituinte. Um depoimento feminista, entusiasmado e "cúmplice". Escola da Magistratura do estado do rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/serie_anais_de_seminarios/2018/serie_anais_de_seminarios_da_emerj_2018.pdf, Acesso em: 29 jul. 2024.

RAMOS DE MELLO, Adriana et. Al. Gêneros e direitos humanos no Poder Judiciário Brasileiro – Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre gênero, Direitos Humanos e acesso à Justiça, CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/12/rel-edu-e-dh-versao-02-3-26jun2023.pdf>, Acesso em: 29 jul. 2024.

SARMENTO, Daniel. Parecer Mulheres no Poder Judiciário e Discriminação de Gênero: criação de política de ação afirmativa para acesso de Juízas aos tribunais de segundo grau como imperativo constitucional. Migalhas, 2023, Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2023/9/952AACEFB5570F_parecer-cnj-cota-feminina.pdf, Acesso em: 30 jul. 2024.

SIQUEIRA, Carol; DOEDERLEIN. Bancada Feminina aumenta 18,2% e tem duas representantes trans. Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/911406-bancada-feminina-aumenta-18-e-tem-2-representantes-trans/>, Acesso em 29.07.2024.

Imagens 1, 2 e 3. Fonte: CNJ. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=f3bb4296-6c88-4c1f-b3bb-8a51e4268a58&sheet=03bb002c-6256-4b1d-9c93-a421f1bf8833&theme=horizon&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>, CNJ, Acesso em: 30 jul. 2024.

O NASCIMENTO DE ANTÍGONA – UMA HISTÓRIA SOBRE O COLETIVO DE MAGISTRADAS PARANAENSES



Laryssa Angelica Copack Muniz¹

O coletivo Antígona nasce em julho de 2022, de uma decisão coletiva das Magistradas do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, tendo por objetivo auxiliar, de maneira colaborativa e não violenta, na implementação de políticas que visem a paridade de gênero e ocupação espaços de poder. O artigo demonstrará o caminho percorrido até o momento, bem como ilustrará as principais ações que o grupo vem se propondo desde sua criação. Ainda, se abordará a Resolução do Conselho Nacional de Justiça que trata da paridade de gênero em 2º grau de Jurisdição e, como o Coletivo está fortalecendo candidaturas de mulheres para esses cargos.

Palavras-chave: Coletivo Antígona; paridade de gênero; CNJ.

¹ Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.



Cintia Graeff²

Como bem vaticinou o filósofo alemão Nietzsche "É preciso ter o caos dentro de si para gerar uma estrela brilhante". É assim, em meio ao caos coletivo, que Antígona nasce.

Bem antes da decisão oficial, tomada em 18 de julho de 2022, o grupo tem suas bases no período pandêmico. Diante de um cenário distópico, onde todo o Judiciário Paranaense foi tomado de assalto pela impossibilidade de exercermos nossas funções presencialmente, tendo todo nosso trabalho migrado para o digital, vimo-nos, de repente, isoladas em nossas casas.

Muitas com inúmeras tarefas para além do trabalho, mães que se viram com filhos pequenos em casa, aulas on line, tarefas, impossibilidade de brincadeiras ao ar livre. Tudo em suspenso e incerto, haja vista que o desconhecido havia batido à nossa porta e não sabíamos, ninguém sabia, por quanto tempo ficaríamos naquela situação e até mesmo se algum dia retornaríamos à normalidade.

² Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.



Heloísa Helena Avi Ramos³

Diante desse cenário, em Londrina, surge a ideia de criar um grupo para troca de experiências, ainda que on line. A juíza Claudia Catafesta e sua colega Danielle Marie de Freitas Serigati conversam e, como a primeira já tinha expertise como facilitadora de círculos de construção de paz, surgiu a ideia de tentar adaptar a metodologia da Justiça Restaurativa, na qual se prioriza a escuta ativa e a contação de histórias, para o mundo digital. Elas começam.

Tempos depois somos convidadas a participar de um dos encontros, que aconteciam mensalmente. Sentida a potência da partilha que ali ocorre entre mulheres que se sentem à vontade na presença de outras mulheres para deixar vir à tona toda dor e incerteza que carregam no peito, o medo da COVID-19 mas também do isolamento, a impossibilidade de fazer planos. A vida em suspenso.

Depois de sair desse grupo, resolvemos que outros grupos precisavam ser criados, afinal de contas, estávamos todas vivendo situações parecidas. Talvez o isolamento tenha nos deixado clara a necessidade de vivermos juntas e que a possibilidade de dividir problemas e angústias tornava o caminho mais leve e seguro.

³ Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

E assim aconteceu, muitos e muitos círculos de autocuidados, muita escuta, muitos laços de afeto foram sendo construídos. O movimento ganhou ares institucionais, pois durante o ano de 2021 a Associação dos Magistrados do Paraná criou o programa de saúde mental, que consistia em cinco palestras mensais com grandes pensadores e pensadoras do Brasil e, na sequência, círculos eram feitos para que pudéssemos falar daquilo que a palestra deixou em nós.

Foram meses riquíssimos, que aumentaram a troca entre mulheres (que sempre foram a maioria esmagadora do público participante dos eventos), gerando conexões profundas entre nós. Talvez, pela primeira vez, sentíamos que a vida era melhor e mais leve, quando estávamos juntas.

A pandemia arrefeceu, voltaram as atividades. Então, começamos a observar que existiam pautas e demandas que nossa Associação não tinha condições de defender, pela pluralidade de sua composição, havendo sempre a ressalva de que os associados homens não concordariam com essa ou aquela reivindicação. Ainda meio sem entender muito bem se era justa ou não a posição associativa, passamos a nos reunir para reconhecer essa limitação e, a partir dela, refletir sobre o que poderíamos mudar.

Os relatos de experiências vividas ao longo da carreira, feitos pelas mais diversas juízas do Paraná, dando conta de fatos que se enquadrariam como misóginos, machistas e até sexistas surpreenderam a todas participantes dos grupos, não pelo seu ineditismo, ao contrário, mas especialmente porque ocorriam com todas, independentemente da Comarca que estavam lotadas ou do grau de jurisdição. Percebeu-se que as mais diversas formas de exclusão e rebaixamento da mulher, ainda que fosse uma figura de poder, acontecia às vistas de todos.

Novamente, a ferramenta que possibilita estarmos juntas ainda que em qualquer canto do Paraná nos auxiliou nessa organização, as reuniões aconteciam virtualmente, juntando mulheres de todas as regiões, juízas que queriam deixar o papel de figurante, passando ao protagonismo de suas carreiras.

Mas...e o nome? De onde surgiu?

Bem, em uma das conversas com o então presidente da AMAPAR – Associação dos Magistrados do Paraná, em meio a um pleito não atendido, chegamos a adverti-lo de que se encontrava na perigosa posição de Creonte. Se decidisse voltar as costas às mulheres, poderia perder o reino de Tebas.

Antígona é uma tragédia grega escrita por Sófocles, no século V antes de Cristo, que relata, em síntese, a história de quatro irmãos, dois homens (Etéocles e Polinice) e duas mulheres (Antígona e Ismênia), filhos de Édipo e Jocasta.

Depois da morte do pai, Etéocles e Polinice acordam revezar-se no trono de Tebas a cada ano. Mas, um deles, Polinice, não aceita devolver o trono e, numa luta fratricida, ambos morrem. Assume então Creonte, tio dos irmãos e decreta que o irmão desertor, Polinice, não terá direito ao sepultamento.

Antígona, que além de sobrinha é também nora de Creonte, se posiciona contra a decisão, defendendo que todos têm direito a um cortejo fúnebre. A cidade de Tebas se divide, mas a maioria afirma que Antígona tem razão. Creonte não cede e a ameaça, dizendo que a enterrará viva caso descumpra suas ordens.

Ela, demonstrando toda sua integridade, se mantém no propósito de dar ao irmão um enterro digno e, apesar de todos os pedidos de seu próprio filho, Hemon, Creonte manda enterrá-la viva.

A desgraça se abate sobre ele, que tentou fazer se curvar aquela que se manteve íntegra. O filho, ao descobrir que a esposa fora enterrada viva, comete suicídio e também a mulher de Creonte põe fim a sua vida, por conta da atitude descabida do marido. Ele perde o trono de Tebas, afirmando em certo momento da peça "Sou um miserável".

Assim, nosso grupo nasce, adotando a postura de Antígona de integridade e reconhecimento de leis que são eternas, muito mais viçosas do que aquelas pensadas por homens, para manutenção de seu poder, custe o que custar.

Antígona é então uma decisão pela integridade. Abrindo nosso regimento interno, em seu artigo primeiro, deixamos expressos os valores que nos regem:

Artigo 1º: O grupo ANTÍGONA: O TJPR SOMOS TODAS NÓS, contrário a toda forma de discriminação(...) é orientado pelos princípios de lealdade, sororidade, respeito à diversidade, pluralidade, horizontalidade, comunicação não violenta, diálogo, transparência, igualdade, valorização da perspectiva de gênero nos espaços de faça institucionais e no exercício de poder, com a finalidade de impulsionar a transformação das estruturas institucionais e sociais para o alcance de uma sociedade livre, justa, solidária e sem preconceito de qualquer natureza.

Depois de construído o regimento, passamos por um curto período de adesão, sendo que no início havia o temor de que houvesse pouca aderência, pois, por mais que percebêssemos a necessidade de união em torno de propósitos comuns, não sabíamos se as magistradas do Paraná estariam empenhadas em dar seu nome para a convalidação de um movimento inédito no país.

A visão do que é ser feminista ainda vem com muita deturpação e, num ambiente como a Magistratura, pode-se entender que as dificuldades apareçam, primeiro para que mulheres admitam que sofreram preconceitos durante a carreira por sua condição. Isso porque, a Magistratura impõe a todos e todas que a exercem o estereótipo da força, do comando, da decisão. Por vezes então, mostrar-se vulnerável ao admitir ter sido preterida ou diminuída por ser mulher não está entre as opções aceitáveis para uma juíza. Isso, para além de uma constatação, é uma confissão.

Também há sempre a ideia de que o feminismo é se contrapor aos homens. Nada mais contraditório que isso, pois se o objetivo de nosso movimento fosse colocar os homens no espaço de impossibilidades onde sempre estivemos, teríamos fracassado absolutamente. Isso porque, significaria que nossas demandas não tinham como finalidade a evolução civilizatória defendida pelo artigo 1º de nosso documento fundante, ao contrário, nos entregaríamos a mesquinhez de sairmos do lugar de oprimidas para tomar o lugar de opressoras. Mas, a única maneira de demonstrar que não é a isso que viemos seria através de nossos atos.

E, mesmo com todo esse receio, já nascemos grandes, com mais de 100 colegas que se manifestaram imediatamente pela adesão. Hoje, quase dois anos depois, somos 203 juízas e desembargadoras, na ativa e aposentadas. O que representa mais de 50%

de toda a magistratura feminina do Tribunal de Justiça do Paraná. E isso diz muito sobre nós.

Somos diferentes, pensamos diferente, somos casadas, solteiras, divorciadas, viúvas. Somos pretas, brancas, asiáticas. Somos mãe e filhas. Somos de todos os estados da Federação, somos do interior, da capital; do primeiro e segundo graus. A pluralidade é a tônica de nossa coligação.

Desta forma, como medida imediata, foram criadas comissões com a participação de várias integrantes do grupo Antígona, divididas em comissão da maternidade, da sororidade, da participação feminina em espaços de liderança, de literatura e produção científica, de magistradas com filhos (as) com deficiência, de assédio, de saúde e da diversidade.

Cada uma destas comissões tem o objetivo de auxiliar magistradas dentro de sua competência, e ainda, promover o tão o necessário letramento de gênero, racial e anticapacitista, como forma de aprendermos a rever nossas próprias atitudes e reorganizá-las de forma a agir em prol da equalização da situação das diversas minorias em nossa sociedade.

Como atividade própria de grupo, organizamos palestras para todas as integrantes do grupo Antígona, que incrementem este letramento e tragam luz à solução dos problemas e desafios que nós, mulheres e juízas, enfrentamos diuturnamente, no escuro.

Ao fim, mesmo ante toda essa pluralidade, o que nos une é o fato de entendermos que o feminino precisa do coletivo para desabrochar. E, a humanidade precisa do feminino para manter-se viva!

Pretendemos ser a voz das que vieram antes de nós e não puderam falar, mas também das que ocupam o tempo do agora e que tem a responsabilidade de preparar o caminho para as que virão, depois de nós.

Virgínia Woolf, em seu manifesto feminista "Um quarto só seu", fala sobre a irmã de Shakespeare, inventando para ela uma história, eis que pouco se sabe da mesma, a não ser que morreu jovem e está enterrada em uma encruzilhada. Ela diz que, mesmo que fosse genial, ela jamais poderia mostrar sua genialidade ao mundo, como o fez seu irmão famoso, pois não tinha em quem se espelhar, não havia modelos femininos no século XVI. Diz ela:

"... qualquer mulher nascida com grandes talentos no século XVI certamente teria enlouquecido, se dado um tiro ou terminado seus dias em algum distante chalé solitário, meio bruxa, meio curandeira, temida e escarneada"

Ao final de seu livro, Virgínia afirma que não há mais desculpas de falta de oportunidade, formação, de incentivo, tempo livre e de dinheiro para uma parcela das mulheres e, é a essa parcela que cabe a responsabilidade de conduzir o futuro.

Termina dizendo:

"...então chegará a oportunidade e a poeta morta que era irmã de Shakespeare envergará o corpo que tantas vezes abandonou. Extraindo sua vida das vidas das desconhecidas que foram suas precursoras, como antes fez seu irmão, ela nascerá. Pois vir sem essa

preparação, sem esse esforço de nossa parte, sem essa determinação de que, quando ela renascer, verá que é possível viver e escrever sua poesia, isso não podemos esperar, pois seria impossível. Mas sustento que virar se trabalharmos por ela, e que trabalhar para isso, mesmo na pobreza e na obscuridade, vale a pena."

Baseadas nesse pensamento, avançamos.

MULHERES NO JUDICIÁRIO: BARREIRAS INVISÍVEIS NA CARREIRA DA MAGISTRATURA ENFRENTADAS PELA JUÍZA NEGRA E COMO ULTRAPASSÁ-LAS



Alessandra Brustolin¹

O trabalho problematiza o tradicionalismo das instituições a partir das relações de gênero. A visão tradicional elitista se manifesta na observação e interpretação através de suas lentes, experiências de pessoas historicamente marginalizadas e com realidades e pontos de vista muito diferentes. Com isso, busca-se lançar luz às barreiras invisíveis na carreira da magistratura enfrentadas pela juíza negra. A pergunta central é: em que medida juízas negras encontram barreiras invisíveis na carreira da magistratura? Foi utilizado o método dedutivo, orientado pela teoria do ponto de vista de Patrícia Hill Collins. Os resultados demonstram uma série de barreiras com as quais se defrontam as juízas mulheres e cujo agravamento se dá a partir da lente interseccional. É possível perceber que a estrutura da carreira do Judiciário foi desenhada para privilegiar a manutenção de poder da heterocisnormatividade. Não obstante os avanços e medidas de equidade, ainda há um longo caminho a ser percorrido diante da solidez da estrutura que sempre coloca

¹ Doutoranda e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professora da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) - Toledo - PR. Bolsista CAPES. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7897449138181057> Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8925-2172>. E-mail: aless.brustolin@gmail.com

grupos vulnerabilizados em desvantagem. Foi possível concluir que o olhar para essas estruturas de poder e reconhecer as desigualdades é o ponto de partida. E reconhecer o sujeito com base nas suas diferenças a partir de uma perspectiva decolonial parece ser o caminho.

Palavras-chave: Magistratura; equidade de gênero e racial; barreiras estruturais; interseccionalidades; decolonialidade.

WOMEN IN THE JUDICIARY: INVISIBLE BARRIERS TO A CAREER IN THE JUDICIARY FACED BY BLACK JUDGES AND HOW TO OVERCOME THEM



Apoema Carmem Ferreira Vieira Domingos Martins Santos²

² Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mestranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Público e Tributário.



Elisiane Minasse³

The article problematizes the traditionalism of institutions based on gender relations. The traditional elitist view manifests itself in observing and interpreting through its lens the experiences of historically marginalized people with very different realities and points of view. The aim is to shed light on the invisible barriers faced by black female judges in their careers in the judiciary. The central question is: to what extent do black female judges encounter invisible barriers in their judicial careers? The deductive method was used, guided by Patricia Hill Collins' point of view theory. The results show a series of barriers faced by women judges, which are exacerbated through an intersectional lens. It is possible to see that the career structure of the judiciary has been designed to privilege the maintenance of heterocisnormative power. Despite the advances and equity measures, there is still a long way to go given the solidity of the structure that always puts vulnerable groups at a disadvantage. It was possible to conclude that looking at these power structures and recognizing inequalities is the starting point. And recognizing the subject based on their differences from a decolonial perspective seems to be the way forward.

Keywords: Judiciary; gender and racial equity; structural barriers; intersectionalities; decoloniality.

³ Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 88 é pioneira entre as constituições brasileiras a garantir a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres. Esse resultado se deu graças à mobilização das mulheres pela implementação da agenda de igualdade de gênero (Campos, 2020). O movimento de mulheres no período pré-1988 representou ideias progressistas e reivindicava direitos (Silva; Wright, 2020). Dessa articulação resultou a Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes (Piovesan, 2020) e o rol de direitos previstos no texto constitucional, especialmente, o artigo 5º, I; artigo 226, p. 3º; artigo 7º, XXX; artigo 7º, XX; artigo 226, p. 7º; e artigo 226, p. 8º, da Constituição Federal.

Contudo, apesar da normatividade, na prática, a desigualdade de gênero para ocupar espaços institucionais persiste. A exclusão das mulheres e de outros grupos sociais dos espaços de poder é ao mesmo tempo resultante e constitutiva do seu processo de marginalização da sociedade (Campos, 2020). O mercado de trabalho brasileiro demonstra essas distorções.

As novas configurações das relações de trabalho colocam as mulheres em uma posição complexa e ambígua (Cirino, 2017, p. 76). Uma pesquisa sobre a divisão sexual do trabalho na pandemia constatou que apesar de as mulheres representarem a maioria da população brasileira, são a minoria em termos de empregabilidade. Além disso, dedicam, em média, o dobro de horas semanais nos afazeres domésticos; também são minoria nos cargos de gerência e recebem, quase que em 100% dos casos, salário consideravelmente inferiores (Bueno, 2023, p. 57). Segundo o 1º Relatório Nacional de Transparência Salarial e de Critérios Remuneratórios dos Ministérios do Trabalho e Emprego (MTE) e das Mulheres, as mulheres ganham 19,4% a menos que os homens no Brasil, uma diferença variável, conforme o grupo ocupacional. Em cargos de dirigentes e gerentes, por exemplo, a diferença de remuneração chega a 25,2% (Brasil, 2024). Na busca de reduzir esta desigualdade foi sancionada a Lei de igualdade salarial entre homens e mulheres (Brasil, 2023). No entanto, os desafios da mulher no mercado de trabalho envolvem diversas complexidades.

Em primeiro lugar, a atribuição à mulher da responsabilidade doméstica a partir do discurso de

naturalidade feminina para o cuidado. Essa atribuição social do cuidado ao feminino limitou a vida das mulheres ao espaço privado. Em seguida, com as mudanças socioeconômicas e a busca pela independência feminina, trouxe desvantagens em relação aos homens na atuação econômica e social. O ingresso das mulheres no campo econômico, ao invés de equilibrar as coisas, reforça as desvantagens vividas por elas (Sousa; Guedes, 2016, p. 125).

Questiona-se em que medida juízas negras encontram barreiras invisíveis na carreira da magistratura? O método aplicado é o dedutivo, orientado pela teoria do ponto de vista. Patricia Hill Collins (2019), considera o ponto de vista como fundamental para a discussão, tendo em vista as influências na perspectiva do sujeito. Fatores como a opressão – e, de outro lado, o privilégio –, geram influências na perspectiva do sujeito, de modo que o material produzido, conseqüentemente, terá reflexos desse contexto.

O artigo é dividido em duas partes. A primeira seção concentra-se no paradigma constitucional da igualdade, analisado a partir de uma perspectiva crítica com base nas teorias feministas da interseccionalidade de decolonialidade. A segunda, tem como objetivo lançar luz às barreiras invisíveis enfrentadas pela juíza negra na carreira da magistratura e refletir sobre caminhos que indiquem a isonomia na carreira.

1 IGUALDADE CONSTITUCIONAL SIMBÓLICA E A DESIGUALDADE DE GÊNERO NAS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS

Para Bourdieu (2000), há um sistema de representação onde estão inteiramente diluídas criando relações de poder. As ações e interações dos grupos sociais no plano simbólico e econômico ocorrem em razão da imposição das regras pelo grupo dominante. O poder simbólico (re)constrói as necessidades sociais, fornecendo uma nova percepção de mundo. Tudo é muito dinâmico e envolvente. As articulações ocorrem por meio de estratégias de dominação estruturadas para essa finalidade e que passam na maioria das situações “despercebidas pelo ator”. Este é domínio onde a ruptura entre o sistema e os atores parece ser mais difícil de se conceber. O poder simbólico é uma forma transfigurada e legitimada das outras formas de poder (Bourdieu, 2020).

Tem-se, pois, um domínio simbólico sobre autodeterminação individual que não reconhece a pluralidade dos sujeitos. Uma postura que ao invés de unir e conciliar, segrega e exclui. Isso se torna perigoso quando deixa de ser uma fala do senso comum para se tornar um discurso institucional.

Sob o enfoque do gênero nas estruturas sociais de poder é que se pode compreender a divisão sexual do trabalho, pela qual resta definido o papel dos homens e das mulheres na sociedade, o que não é acidental, tampouco biológico: trata-se de uma construção social e histórica e, como tal, é passível de reformulação. Essa divisão é mantida por estereótipos e barreiras que trilham a vida profissional das mulheres. Horizontalmente a discriminação ocorre já na escolha da profissão, haja vista que são destinados aos homens os cargos de maior relevância social e remuneração, enquanto às mulheres são atribuídas carreiras menos valorizadas, atreladas a funções de administração (exceto gerenciais), sociais e de cuidado. Verticalmente, verifica-se a discriminação nas barreiras impostas às mulheres nas promoções dentro das corporações, públicas e privadas, o chamado "teto de cristal" (Gómez-Bahillo; Elboj-Saso; Marcén-Muñoz, 2016, p. 203, tradução nossa) que se inicia com o processo de educação das crianças sobre os papéis de homens e mulheres pela família, escola e meios de comunicação; perpassam pela já mencionada divisão de funções; e ganham seu ápice com a necessidade de conciliar a atividade profissional com as tarefas domésticas e cuidados dos filhos, fato que implica na redução do tempo para dedicarem-se ao aperfeiçoamento profissional, horas extras no trabalho e relacionamentos sociais necessários para sua progressão.

A pesquisa intitulada "O bônus da paternidade e o fardo da maternidade", da Universidade de Massachusetts, nos Estados Unidos, comprovou que, ao contrário dos homens, a ascensão profissional das mulheres que possuem filhos é menor, concluindo que "a maternidade desacelera a trajetória de crescimento da remuneração das mulheres, enquanto a paternidade frequentemente é acompanhada por um prêmio salarial" (Lacerda; Pencak, 2021, p. 343). De acordo com o Fórum Econômico Mundial, foi constatado que "as mulheres ocupam apenas um terço dos cargos de liderança em empresas no mundo" e tais posições estão concentradas em setores como ONGS, associações, educação e serviços de cuidado (Insper, 2022).

A falsa concretização do ideal de maior participação institucional das mulheres pode ser constatada em face da tirania doméstica, isto é, a inserção feminina ao mercado de trabalho e aos espaços de decisão veio desacompanhada da justa divisão de atividades entre homens e mulheres. As mulheres tiveram uma revolução incompleta na medida em que continuaram com a sobrecarga de suas responsabilidades no âmbito privado, ante a permanência nas concepções culturais das atribuições histórica e socialmente atribuídas ao gênero feminino (Freitas; Costa, 2020).

Para a desconstrução do "normal" e da invisibilização das barreiras enfrentadas, torna-se relevante a adoção de uma perspectiva de gênero para a compreensão de que as normas e condutas vigentes nas relações de trabalho, tidas como neutras e objetivas, contribuem para a perpetuação da desigualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho. A própria produção do conhecimento é, sobretudo, masculina (Cambi; Porto Nosaki; Girardi Fachin, 2023, p. 61). A dogmática constitucional feminista auxilia na quebra de paradigmas e preconceitos naturalizados, na medida em que demonstra, a partir da ótica do olhar feminista, que a criação das normas, sua interpretação e aplicação estão historicamente voltadas para o modelo do homem branco e de estrato social elevado, ignorando as peculiaridades de grupos sociais vulneráveis, tais como gênero, raça, orientação sexual e classe social.

Assim, o constitucionalismo feminista permite uma releitura, a partir do olhar e das experiências das mulheres, da doutrina, legislação e jurisprudência, em busca da máxima concretização dos direitos fundamentais das minorias, isto é, daqueles que culturalmente são excluídos da tomada de decisões e gozo destes direitos, tendo como pressuposto dogmático a igualdade substancial, pressuposto para uma sociedade mais justa, equitativa, tolerante e inclusiva (Silva, 2021).

Phillips (2020) afirma que a tirania doméstica deve ser considerada como inteiramente contraditória à cidadania, já que por trás da fachada dos direitos iguais ao voto e participação política, "ela segue como antes da luta por esses direitos e sua conquista". Nas situações aparentemente mais iguais, as persistentes desigualdades continuadas da divisão do trabalho ainda condenam as mulheres a um papel social menor. O tempo, a confiança e o acesso definitivamente são desiguais em relação aos homens. Para ela, "a obsessão

liberal com a divisão entre público e privado oculta e legítima uma desigualdade de pesos ainda mais prejudicial" (Phillips, 2020).

As dificuldades encontradas pelas mulheres, portanto, não decorrem de sua condição essencial ou individual, mas de problemas de natureza estrutural. Fraser (2020) compreende os desafios de má distribuição e não reconhecimento, afirmando que a constelação de poderes democráticos deve ser capaz de retificar as injustiças em todas as dimensões, ao longo de todos os eixos e em todas as escaladas, combinando subsidiariedade com participação.

Mas as relações de gênero não podem ser homogêneas. Há uma variação de acordo com as identidades de gênero quando são consideradas categorias como classe social, raça, etnia, sexualidade e geração. É por isso que ao abordar os papéis de gênero na sociedade, este estudo adota um viés interseccional (Crenshaw, 2019).

Para Crenshaw e Akotirene (2019), a interseccionalidade se atrela ao "paradigma teórico e metodológico da tradição feminista negra, promovendo intervenções políticas e letramentos jurídicos sobre quais condições estruturais o racismo, sexismo e violências correlatadas se sobrepõem, discriminam e criam encargos singulares às mulheres negras".

A natureza estrutural do sexismo permite que ele esteja presente em organizações públicas e privadas, já que elas são administradas por homens, o que lhes dá a chance de criar normas que sempre atendem aos seus interesses. As mulheres não têm acesso a instituições para desempenhar determinadas tarefas porque são consideradas masculinas, são discriminadas dentro das organizações porque enfrentam dificuldades para se destacar profissionalmente, também são admitidas em cargos diferenciados em função do sexo, além de não terem acesso a serviços nas mesmas condições. Essas formas de discriminação institucional afetam de forma ainda mais grave mulheres que fazem parte de minorias raciais, uma vez que elas também sofrem a consequência do racismo (Moreira, 2020).

Para além da perspectiva interseccional, é necessário pensar a problemática a partir do paradigma colonial. Maria Lugones (2020), precursora do feminismo decolonial, considera que "a imposição desse sistema de gênero forma a colonialidade do poder, e o tanto que a colonialidade do poder forma esse sistema de gênero" (Lugones, 2020, p. 72). A autora apresenta uma perspectiva da colonialidade enquanto

um meio de dominação social, que atravessa, inclusive, o controle do acesso ao sexo. Raça e gênero são poderosas ficções criadas pela colonialidade. A colonialidade é a forma mais efetiva de dominação social, tanto material quanto intersubjetiva. "Colonialidade", segundo Lugones, não se refere apenas à classificação racial. Ela é um fenômeno mais amplo, um dos eixos dos sistemas de poder e que atravessa o controle do acesso ao sexo, a autoridade coletiva, o trabalho e a subjetividade/intersubjetividade (Lugones, 2020).

Portanto, não obstante a regulação estatal de aproximação isonômica, a desigualdade se reflete em vários setores da sociedade, para o qual também os direitos e oportunidades são criados e direcionados (Liczbinski; Brustolin; Marcandeli, 2023, p. 24). Os estudos de gênero possuem um papel central nesse debate. Especialmente quando se trata da ocupação de espaços de poder por mulheres. As relações de gênero, todavia, não podem ser homogêneas. Pois "somente ao perceber gênero e raça como tramados ou fundidos indissolúvelmente podemos ver as mulheres de cor" (Lugones, 2020, p. 60). "[...] Isso revela as complexas dinâmicas entre raça, gênero e poder, e como a suposição de um mundo dividido entre homens poderosos e mulheres subordinadas não pode explicar o poder da mulher branca sobre mulheres e homens negros." (Kilomba, 2019, p. 56).

Grupos com vulnerabilidades interseccionais, como é o caso de pessoas negras, são colocados à margem e possuem maiores dificuldades de acesso a certos espaços. Quando acessam continuam a se defrontar com barreiras invisíveis. Elas são reforçadas nos discursos feministas dos homens em relação às mulheres e das mulheres brancas em relação às mulheres negras.

2 BARRERAS INVISÍVEIS ENFRENTADAS PELA JUÍZA NEGRA NA CARREIRA DA MAGISTRATURA

O objetivo desta seção é apresentar as barreiras invisíveis enfrentadas pelas mulheres em geral na magistratura, entrelaçadas pelos critérios de discriminação enfrentados pelas Juízas negras. Como reflexo da sociedade na qual encontra-se inserida, a carreira da magistratura brasileira reflete as barreiras invisíveis enfrentadas pelas mulheres na esfera produtiva, decorrentes da divisão sexual do trabalho, todavia possui especificidades que tornam a competição com os juizes na ascensão aos cargos mais

elevados ainda mais desigual. E quando se observa o quantitativo de mulheres negras neste seletivo grupo é possível concluir que as barreiras são ainda maiores, na medida em que sofrem dupla discriminações, racial e de gênero.

Exige-se a observância pelo Estado brasileiro do disposto no artigo 7º da Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, o qual determina aos Estados-partes que adotem todas as medidas para eliminação das discriminações das mulheres e garanta a participação delas, em igualdade, na esfera pública e privada, inclusive com a adoção de políticas públicas (Organização das Nações Unidas, 1979), tratando-se de medida essencial para a concretização dos direitos humanos das mulheres. Em complemento, o art. 15, item “f”, da Recomendação Geral nº 33/2015 da CEDAW recomenda que os Estados-partes removam todas as “barreiras à participação das mulheres como profissionais dentro de todos os órgãos e em todos os níveis dos sistemas judiciais” (ONU, 2015). Destaca-se ainda, em âmbito internacional, a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher que reúne um conjunto de objetivos estratégicos a serem seguidos pelos Estados membros em busca da promoção da igualdade material e proteção dos direitos humanos das mulheres, a qual considera o empoderamento das mulheres uma questão de justiça social (artigos 1º e 181), aponta para as barreiras enfrentadas pelas mulheres (artigo 46) e a necessidade de superação dessas barreiras estruturais e ideológicas através de medidas afirmativas concretas (artigos 186 e 190).

O princípio da igualdade de gênero e a necessidade de empoderamento das mulheres também foi priorizado no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5 da Agenda 2030 da ONU e na meta 5.1 assumida pelo Brasil de “eliminar todas as formas de discriminação de gênero, nas suas intersecções” (Brasil, 2019, p. 7). Não é possível simplesmente esperar as mudanças acontecerem naturalmente, haja vista que “no ritmo atual de progresso, o mundo levará 132 anos para que haja uma paridade completa entre homens e mulheres” (Insper, 2022).

Com o objetivo de se alcançar a efetiva participação feminina no Poder Judiciário foi editada a Resolução nº 255/2018 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2018), atualizada no ano de 2023, determinando-se que se observe a participação equânime, com perspectiva interseccional de raça e etnia, nas convocações para cargos auxiliares, de chefia e

assessoramento, além de comissões, comitês e eventos institucionais. Além das medidas já inseridas na referida Resolução sugere-se: o estímulo à produção científica feminina; a realização de eventos e campanhas para conscientização institucional sobre a importância da representatividade feminina; e igual oportunidades para participação feminina nos cursos e eventos das Escolas Judiciais como professoras e palestrantes (Associação dos Magistrados Brasileiros, 2023).

Destaca-se, ainda, no âmbito das políticas públicas judiciárias necessárias para a equidade de gênero interseccional na Magistratura Brasileira, a Resolução n. 525/2023, que alterou a Resolução n. 106/2010, do Conselho Nacional de Justiça, a fim de determinar que nas promoções por merecimento aos tribunais de 2º grau que não possuam o mínimo de 40% de Desembargadoras, que se observe a alternância de editais mistos (homens e mulheres) e exclusivos só de mulheres, observadas as políticas de cotas, “até o atingimento de paridade de gênero no respectivo tribunal” (Conselho Nacional de Justiça, 2023).

A paridade de gênero nos postos de comando é essencial para o funcionamento das instituições, conforme entrevista da Ex-líder da Assembleia Geral das Nações Unidas, María Fernanda Espinosa (Organização das Nações Unidas, 2023). Ademais, a presença de grupos vulneráveis nos Tribunais, tais como mulheres e negros, como reflexo da diversidade da sociedade, é justificada pelas teorias da presença, baseada na representatividade de grupos excluídos, e da confiança. A confiança pública é crucial no caso do Judiciário, “[...] por se tratar de uma instituição não eleita, contramajoritária e que constantemente está tomando decisões sensíveis em relação aos demais poderes do Estado” (Lima; Bueno; Stamile, 2021, p. 245).

A composição predominantemente masculina “torna as Cortes menos legítimas sob o ponto de vista democrático, já que há um descolamento da pluralidade da sociedade” (Lacerda; Pencak, 2021, p. 341) e a ausência de equidade nestes espaços deslegitima estas instituições que possuem a função precípua de fazer justiça (Alves, 2017). A participação das mulheres e de outros grupos excluídos na justiça é uma questão de princípios. [...] A exclusão de outros grupos na justiça é uma questão de princípios. Uma justiça que tenha muitas mulheres e considere a diversidade étnica e racial da sociedade é importante para que a instituição seja confiável (Kohen, 2005, p. 332, tradução nossa).

Persiste no inconsciente das pessoas que a figura de um bom juiz é representada pela imagem do “Juiz Hércules” (Lima; Bueno; Stamille, 2021) performada por um “homem branco, de classe média ou alta” (Almeida, 2018, p. 117) e heterossexual (Severi, 2016) e os magistrados que saem deste roteiro acabam de alguma forma sofrendo discriminação. Por muitos anos esta foi de fato a imagem da magistratura brasileira. Atualmente, embora as mulheres representem 51,1% da população brasileira (Instituto Brasileiro de Geografia, 2023), as magistradas representam ainda 40,3% do total de Magistrados (CNJ, 2024) e nos cargos de maior destaque a desigualdade aumenta, sob a proteção da meritocracia (Lima; Bueno; Stamille, 2021) e do carreirismo (Bonelli, 2011; Zanetti, 2023).

É inquestionável que houve uma abertura da Magistratura brasileira para o ingresso de mulheres nos últimos anos, porém, a presença feminina fica majoritariamente limitada, não por vontade própria, aos cargos iniciais, enquanto a cúpula e os cargos de assessoramento continuam, em sua composição majoritária, ocupados por homens brancos, conforme depreende-se do Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário (CNJ, 2019), na medida em que as mulheres ocupam, em média: 45,7% dos cargos de Juízes (as) substitutos; 39,3% de Juízes (as) titulares; 31,1% das convocações para cargos auxiliares nos Tribunais; 25,7% de Desembargadoras; e 19,6% de Ministras de Tribunais Superiores. Estes índices confirmam a reprodução na carreira da magistratura do “modelo patriarcal e sexista da sociedade em geral, o que implica na ausência de paridade de gênero e perspectiva das mulheres nos altos escalões da administração judiciária” (Lobo; Yoshida; Mello, 2021, p. 266).

De tal modo, justifica-se a presença equânime de mulheres nos cargos elevados como pressuposto para o desenvolvimento da sociedade democrática e concretização da igualdade de oportunidades e funções no Sistema judiciário (Gómez-Bahillo, Elboj-Saso, Marcén-Muñío, 2016). Contudo, a busca pela igualdade substancial nos Tribunais depende da alteração de regras dos sistemas tidos como neutras e objetivas, haja vista que o estreitamento do quantitativo de mulheres nos cargos de maior poder representa a existência das barreiras, seja em decorrência da resistência institucional seja em virtude da desigualdade no espaço doméstico enfrentado pelas Magistradas, que lhes impedem de competir com os juízes em pé de igualdade.

Além da discriminação, direta e indireta, sofrida pelas Magistradas por não se encaixarem no estereótipo padrão da figura de um Juiz e decorrentes do machismo estrutural, tem-se as barreiras invisíveis decorrentes da divisão sexual do trabalho que ocasionam uma discriminação institucional indireta.

Conforme já apresentado anteriormente, segundo os indicadores sociais das mulheres no Brasil (IBGE, 2021), as mulheres gastam quase o dobro de horas em relação aos homens com atividades relacionadas ao cuidado de pessoas (idosos e crianças) e afazeres domésticos (21,4 horas contra 11 horas). E quando se realiza o recorte por cor ou raça, a desigualdade é ainda maior, haja vista que as mulheres pretas ou pardas “perdem” em média 22 horas semanais com estas atividades enquanto as mulheres brancas gastam em média 20,7 horas. Utiliza-se neste estudo o termo “perdem” na medida em que, sob o ponto de vista do mercado de trabalho, considerando que as mulheres não possuem mais horas do dia que os homens, este tempo dedicado a atividades não produtivas são descontados das horas que elas teriam para se dedicar ao trabalho formal, à qualificação, às relações sociais (networking) e ao próprio descanso, que também é relevante para todas as demais atividades, fatores que levam a uma corrida desigual na ascensão profissional em relação aos homens que poucos se dedicam a estas atividades.

Requisitos de idade podem afetar mulheres que dedicaram parte da vida adulta ao cuidado de seus filhos, o que as impede de ter o mesmo tempo de experiência profissional que homens; exigência de mobilidade pode restringir oportunidades para mulheres porque boa parte dos homens heterossexuais não abandonaria seus empregos para acompanhar suas mulheres; requisitos de características físicas, como altura e peso, podem ter um impacto desproporcional sobre mulheres (Moreira, 2020, p. 405).

Deste modo, as Juízas passam por restrições não sentidas pelos homens, por questões de gênero, dificultando o exercício por elas, em igualdade, do direito de ascender profissionalmente e exercerem cargos de destaque, conforme dispõe o art. 1º da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW (Nações Unidas, 1979) e é retratado em diversas pesquisas sobre a carreira das mulheres na Magistratura (CNJ, 2019; CNJ, 2018; AMB, 2023; Enamat, 2019; Ajufe, 2017). A ausência do mesmo tempo disponível que os Juizes possuem, é apontada como um dos principais fatores para o retardamento das Juízas na corrida pelos cargos de maior relevância institucional (Zanetti, 2023; Yoshida, 2022), sem contar os custos emocionais (Bonelli, 2010, p. 288).

Outra barreira encontrada por muitas Juízas, que as impedem de promoverem na mesma velocidade que os homens e, por consequência, de chegarem ao segundo grau é a obrigatoriedade de mudança de sua residência. Por vezes a juíza precisa escolher entre sua família e o avanço na carreira (Bonelli, 2011), pois os cônjuges não as acompanham nas constantes mudanças de domicílio, enquanto é mais aceitável pela sociedade e, por consequência, mais fácil, as esposas acompanharem os Juizes. Ademais, as indicações, em regra, se concentram aos profissionais que se encontram nas Capitais, provocando outra corrida junto ao mesmo destino. Acrescenta-se as estratégias para acesso aos tribunais, “[...] que se baseiam em dinâmicas de relacionamento através de convocações e assessoramentos prévios, cuja carga horária não se adapta a uma vida familiar com responsabilidades compartilhadas, seguindo apenas a rotina pessoal da chefia” (Alves, 2017, p. 366). Conforme apontado na entrevista concedida pela Ministra Elisabete Rocha do Superior Tribunal Militar, “Esse fenômeno decorre de os cargos serem indicação política e da dificuldade de a mulher transitar em espaços tradicionalmente ocupados por homens. O processo da meritocracia é prejudicado por flagrantes assimetrias na ocupação de cargos” (Mulheres, 2020).

A dificuldade de as Juízas frequentarem estes encontros informais onde muitas das vezes surgem as oportunidades decorrem tanto por conta da ausência de tempo em função da divisão sexual do trabalho, como pelo fato de serem em ambientes tidos como masculinos, como um jogo de futebol e um churrasco só para os amigos. Trata-se de “uma situação de

fraternidade enviesada pelo gênero, no que foi denominado pela força-tarefa norte-americana como a atmosfera de ‘old boys club’” (Alves, 2017, p. 360).

Outro dado que denuncia a discriminação institucional indireta sofrida pelas Juízas é a informação retratada pelo censo realizado pelo CNJ em 2018 de que o número de Desembargadores casados é muito maior do que das desembargadoras – 89% e 58%, respectivamente –, demonstrando que a estrutura organizacional do judiciário afeta de forma desproporcional a vida familiar das mulheres, haja vista que “entre os desembargadores, ter cônjuge favorece a progressão, atuando como um privilégio de gênero” (Bonelli; Oliveira, 2020, p. 157-158).

A pesquisa realizada pela AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros (2023) aponta que, em razão do acúmulo de funções profissionais e familiares – atividades domésticas e de cuidado dos filhos e idosos –, as magistradas postergam a ascensão profissional, além de comparecerem a menos eventos institucionais, com menos acesso a oportunidades de socialização e a networking, fatos que prejudicam na corrida por cargos mais elevados na carreira.

Ainda no que tange às barreiras invisíveis, no levantamento realizado pela AMB (2017) sobre o Perfil das Magistradas Brasileiras, concluiu-se que quase 31% das Magistradas deixaram de promover para não terem de mudar de domicílio em razão da família. E em torno de 74% adiaram seus estudos e aperfeiçoamento por causa das responsabilidades familiares (2023). Semelhante resultado extrai-se da Nota Técnica nº 01/2027 da Ajufe, segundo a qual 83,88% das Juízas federais relataram terem deixado de promover por não serem acompanhadas pelos esposos ou companheiros quando precisam mudar.

Por outro lado, quando se analisam os dados de forma interseccional conclui-se que as Juízas negras enfrentam ainda mais dificuldade de ascensão na magistratura, pois acumulam a discriminação institucional de gênero com o racismo estrutural, que as impedem de ingressar na carreira na mesma proporção que as Juízas brancas, ante as barreiras históricas de acesso à educação de qualidade, a empregos que melhor remuneram, saúde e demais serviços essenciais para uma pessoa viver com dignidade. E quando conseguem ingressar na magistratura, mesmo sem o privilégio da branquitude, rotineiramente não são reconhecidas como Juízas e igualmente capazes.

Como mulheres negras, suas trajetórias são atravessadas pelo racismo e pelo machismo, que chega a elas de forma singular em razão do cargo de poder que ocupam: através de "códigos não falados", do estranhamento dos advogados e dos jurisdicionados, do não reconhecimento de qualidade do seu trabalho, de comentário dos colegas em relação ao seu cabelo crespo ou trançado (Gomes, 2020, p. 24).

Neste contexto, é importante compreender que o racismo não ocorre apenas com ações diretas e expressas de discriminação, como possui um caráter estrutural – vinculados às estruturas sociais decorrentes do acúmulo histórico de desigualdades e à ausência destes grupos nos espaços de poder e liderança – atingem homens e mulheres negros e, embora com mais intensidade nas classes sociais desfavorecidas, em razão da interseccionalidade de dois fatores de discriminação – raça e classe –, também atingem os poucos negros que conseguem superar esta barreira social, principalmente quando buscam frequentar ambientes majoritariamente brancos. Enfim, "exige-se das pessoas negras um esforço demasiadamente maior do que aquele empreendido por outras pessoas para chegar ao mesmo lugar" (Gomes, 2020, 89). As mulheres negras, por sua vez, sofrem igualmente dupla discriminação, decorrente do sexismo e racismo, de modo que o tratamento das barreiras invisíveis enfrentadas pelas mulheres brancas e negras de modo simétrico não é capaz de promover a plena inclusão destas (Moreira, 2020).

Segundo o censo realizado pelo CNJ no ano de 2023, em que pese a existência de política afirmativa para reserva de, no mínimo 20% das vagas aos negros nos concursos públicos para provimentos de cargos efetivos nos órgãos do Poder Judiciário desde 2015, nos termos da Resolução CNJ nº 203/2015, apenas 1,6% dos Magistrados ingressaram por cota (CNJ, 2024), em que pese a população negra componha 56% do total dos brasileiros segundo o Instituto Brasileiro de Geografia (IBGE).

As poucas mulheres que conseguem romper o "teto de vidro" para ocupar os Tribunais são majoritariamente brancas, representando 86,3% dos cargos ocupados por Desembargadoras, enquanto as Desembargadoras pardas representam 11,2% e as Desembargadoras pretas apenas 1,5% (Conselho Nacional de Justiça, 2024), percentuais estes considerando apenas a participação feminina. A falta de mulheres negras em cargos de destaque, às vezes, é um obstáculo para essa ascensão. A presença dessas mulheres em suas profissões é uma forma de resistência. Resistindo às barreiras para chegar nestes postos, para permanecer e para avançar na carreira (Lira, 2020).

O Censo do ano de 2023 apontou que a representatividade das Magistradas negras na magistratura brasileira é ainda menor, ante a dupla discriminação por elas sofridas, decorrente do machismo e racismo estrutural, correspondendo a 2,1% de mulheres pretas e 10,8% de pardas no cargo de Juíza Substituta; 1,4% de mulheres pretas e 12,7% de pardas no cargo de Juíza Titular; e 1,2% de mulheres pretas e 10,5% de pardas no cargo de Desembargadora. Os dados ainda demonstram que o colorismo da pele influencia na ocupação destes cargos, na medida em que, embora as mulheres pardas também sofram discriminação racial, possuem maior abertura para ocupação de cargos de poder e liderança que as mulheres pretas renegadas para a base da cadeia social (Conselho Nacional de Justiça, 2023).

A maioria das mulheres que consegue superar tais barreiras está mais posicionada nos grupos detentores de capital social, cultural e no tocante ao fenótipo. Nesse sentido, o mérito, construído como neutro e objetivo por meio de uma "mágica social", efetivamente reflete as relações sociais dominantes, que atribui à excelência profissional os padrões masculinos e ao mérito as práticas informais racializadas (Bonelli; Oliveira, 2020, p. 151).

Os dados levantados e analisados em diversas pesquisas corroboram as afirmações oriundas das Academias no sentido de que a estrutura da carreira do Judiciário foi criada por homens e sob o olhar das necessidades e rotinas masculinas, ignorando por completo as dificuldades enfrentadas apenas pelas mulheres. As regras tidas como neutras e objetivas para as promoções e escolhas de cargos de direção e assessoramento, na prática, são sexistas (Lima; Bueno; Stamille, 2021; Yoshida, 2022) e validam a discriminação indireta que as Juízas sofrem dentro da instituição, na medida em que o “espaço público da magistratura é condicionado por um determinado modelo de vida privada hegemônica patriarcal e masculina” (Alves, 2017, p. 360). Na corrida por cargos mais elevados, as Juízas negras possuem barreiras invisíveis. Portanto, o reconhecimento das estruturas de poder existentes e como elas contribuem para o agravamento das desigualdades é o primeiro passo a ser trilhado. E a decolonialidade, que consiste em um exercício de se repensar as dinâmicas de poder, apropriação de culturas e saberes a partir de uma prática interseccional, parece nos apontar um caminho.

CONCLUSÃO

Apesar da garantia constitucional de igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, o que se percebe é que ainda estamos distantes de alcançar este patamar. Apesar de as mulheres representarem a maioria da população brasileira são a minoria em termos de empregabilidade e estão distantes da igualdade de oportunidades em relação aos homens. Essa situação se agrava à medida das suas interseccionalidades.

Na carreira da magistratura, apesar da isonomia salarial, ainda há barreiras invisíveis (ou nem tanto assim) para as mulheres e, sobretudo, mulheres negras. Os dados do CNJ apontam que a representatividade das magistradas mulheres é muito inferior ao de magistrados homens no segundo grau do tribunal. Destacamos o ínfimo número de magistradas negras presentes na carreira da magistratura como um todo desde o primeiro grau até o segundo grau.

Este artigo foi produzido em um momento paradoxal de avanços e retrocessos. Apesar do esforço e implantação de estratégias por parte do CNJ, o que se observa, na prática da magistratura é um conjunto de inconsistências, tais como ações judiciais que questionam a implementação dos critérios de

promoção das Juízas estabelecidos pela Resolução nº 525/2023 do CNJ a qual criou uma política de alternância de gênero nos concursos para vagas na segunda instância do Judiciário até que se atinja a paridade de gênero nos Tribunais.

A igualdade constitucional e ações afirmativas, no âmbito do próprio Judiciário, ainda se defrontam com a heterocisnormatividade (Baggenstoss, 2021, p. 111; Safiotti, 1987, p. 8) que define e monopoliza as narrativas. A igualdade “estática” ou “formal” se contrapõe ao novo conceito de “igualdade substancial” com a ideia de “igualdade de oportunidades” de forma a promover a justiça social.

Conclui-se, portanto, que além da regulamentação de ações afirmativas, é necessário alterar o paradigma das relações sociais e dos estereótipos atribuídos ao gênero, considerando as interseccionalidades das vulnerabilidades envolvidas, tais como gênero, raça e classe social, pois uma abordagem genérica dos direitos das mulheres, desconsiderando a sobrecarga de preconceitos e dificuldades que estes subgrupos carregam, implica na permanência destas mulheres à margem da concretização de direitos.

O primeiro passo é o reconhecimento das estruturas de poder existentes e como elas contribuem para o agravamento das desigualdades. Estudos feministas pós-modernos sugerem o abandono da categoria mulher, própria da colonização discursiva (Mogrovejo, 2022), que representa apenas as vozes das mulheres brancas, ocidentais, burguesas, heterossexuais e cristãs, por meio de estudos que questionam principalmente as configurações do poder heterocêntricos e as relações sociais a partir do campo da sexualidade.

Nós apresentamos uma proposta decolonial que tenha como foco o sujeito com base nas suas diferenças e questiona a hierarquia imposta pelo colonialismo, que privilegia certos grupos e perspectivas em detrimento de outros. Com isso, esse artigo consiste em uma proposta inicial para (re)pensar as práticas da carreira da magistratura, a partir da valorização das práticas culturais, dos modos de vida e dos sistemas de conhecimento de grupos tradicionalmente marginalizados na sociedade, contribui para ampliar o leque de um repertório tão tradicionalista quanto o do direito. Marcado pela importação de conceitos e teorias europeus e heterocentros que reforçam enquanto uma única

visão universalizante aquela do centro, deixando à margem perspectivas do sul.

REFERÊNCIAS

ABDAL, A. Sobre regiões e desenvolvimento: o processo de desenvolvimento regional brasileiro no período 1999-2010. Jun. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

ALENCAR, Maria do Carmo Baracho; OTA, Natacha Harumi. O afastamento do trabalho por LER/DORT: repercussões na saúde mental. *Revista Brasileira de Terapia Ocupacional*, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 60-67, abr. 2011. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rto/article/view/14121>. Acesso em: 3 abr. 2019.

ALMEIDA, Fernanda Andrade. A diversificação do poder judiciário e os efeitos do gênero na administração da Justiça. *Revista Jurídica (FURB)*, v. 22, n. 47, p. 111-128, 2018. Disponível em: <https://bu.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/download/7234/3987/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta. Gênero, espaço público e poder: uma análise sobre a composição das comissões examinadoras de concurso da magistratura. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 352-370, 2017. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/54713335/Genero_espacos_publicos_artigo_versao_final-libre.pdf?1507951834=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DGenero_espaco_publico_e_poder_uma_analis.pdf&Expires=1690887460&Signature=UksAOxQeYjSWVVDgbH8R0y~2vhYvuAGvBjMY5Qm41YZrjIwg4ZS9DEQNNSyUB9MNtM1MgbPZg8lyKqa~nZG7w2CPaNaPijL31AZ-0hfaQ58Vpow4-z0jIwLLB2PivINT2-7m0CkqepCoD4mLWL-tgpgJeq4rybgacEc3U9vUPSveQcHq0sw~88HTflg09bDBD1nd1o1gYRK58zmRoxkUxbr2zMeoVjThkqDmeZ69rVldW-jZoKYsA8jqVt2w3GfQm-DwHsM6M2nLhY9RqoS0cokAL9y-UFGqYvtkpHiwgzCTwbyvYE1cesq5Yy4yEOHHHicvCx9LybzgVKQNX0Vpag__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 03 jul. 2023.

ARAUJO, Pedro. Educação à distância. 1990. 150 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Departamento

de Educação, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 1991.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL (AJUFE). Nota Técnica AJUFE Mulheres 01/2017. Brasília. Disponível em: <http://ajufer.org.br/images/pdf/NotaTecnica01Mulheres.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2023.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). Centro de Pesquisas Judiciais. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de magistrados. Perfil das magistradas Brasileiras: e perspectivas rumo à equidade de gênero nos Tribunais. Brasília, 2023. Disponível em: https://cpj.amb.com.br/wp-content/uploads/2023/03/CPJ_Relatorio-Magistradas-Brasileiras_V3.pdf. Acesso em 08.03.2023.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A subjetividade jurídica e o pacto heterocisnormativo. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 9, n. 2, p. 105-119, jul. 2021. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/6867/0>. Acesso em: 24 mar. 2023.

BARBETTA, Pedro Alberto. Estatística aplicada às ciências sociais. 5. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2002.

BONELLI, Maria da Gloria; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Mulheres magistradas e a construção de gênero na carreira judicial. *Novos estudos CEBRAP*, v. 39, p. 143-163, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/TX8RfQBFq9kvDTtKHdpbS7t/?lang=pt#>. Acesso em: 22 jun. 2023.

BONELLI, Maria da Gloria. Profissionalismo e diferença de gênero na magistratura paulista. *Civitas-Revista de Ciências Sociais*, v. 10, n. 2, p. 270-292, 2010. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/742/74221650007.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2023.

BONELLI, Maria da Gloria. Profissionalismo, gênero e significados da diferença entre juízes e juízas estaduais e federais. *Contemporânea-Revista de Sociologia da UFSCar*, v. 1, n. 1, p. 103-103, 2011. Disponível em: <https://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/download/22/7>. Acesso em: 30 jun. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). 2º censo do Poder Judiciário 2023: relatório. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/01/relatorio-do-censo-de-2023-31012024.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2024.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdbcb6f364789672b64fcefc948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resultados parciais do Censo do Poder Judiciário 2023: relatório. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/relatorio-do-censo-de-2023.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2024.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/relatorio-participacaofeminina.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ n. 255, de 04 de setembro de 2018. Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_255_04092018_05092018143313.pdf. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ n. 525, de 27 de setembro de 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, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277>. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE). Censo Brasileiro de 2023. Rio de Janeiro: IBGE, 2023.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE). Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível

em:

https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Cadernos ODS. [Brasília]: IPEA, 2019. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9378/1/Cadernos_ODS_Objetivo_5_%20Alcan%C3%A7ar%20a%20Igualdade%20de%20G%C3%A7%C3%A7%20e%20Empoderar%20Todas%20as%20Mulheres%20e%20Meninas.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9378/1/Cadernos_ODS_Objetivo_5_%20Alcan%C3%A7ar%20a%20Igualdade%20de%20G%C3%A7%C3%A7%C3%A7%20e%20Empoderar%20Todas%20as%20Mulheres%20e%20Meninas.pdf). Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. Lei n. 14.365, de 2 de junho de 2022. Altera as Leis nºs 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), e 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para incluir disposições sobre a atividade privativa de advogado [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14365.htm. Acesso em: 1 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.611, de 3 de julho de 2023. Dispõe sobre a igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens. Diário Oficial da União, Brasília, 4 jul. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14611.htm. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. Ofício circular 017/MEC. Brasília, DF: Ministério da Educação, 26 jan. 2006.

BRASIL. Painel do Relatório de Transparência Salarial: RAIS 2022 e respostas do 1º semestre de 2024. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjNhY2lyN2UtMjllMy00MjQxLTg2YzYtNjcyYzk0YjE4MjQxliwidCI6IjNlYzkyOTY5LVhNTEtNGYxOC04YWM5LWVmOThmYmFmYTk3OCJ9>. Acesso em: 02 abr. 2024.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula n. 333. Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública. Diário da Justiça: seção 1, Brasília, DF, ano 82, n. 32, p. 246, 14 fev. 2007.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 313060/SP. Leis 10.927/91 e 11.262 do município de São Paulo. Seguro obrigatório contra furto e roubo de automóveis. Shopping centers, lojas de departamento, supermercados e empresas com

estacionamento para mais de cinquenta veículos. Inconstitucionalidade. Recorrente: Banco do Estado de São Paulo S/A – BANESPA. Recorrido: Município de São Paulo. Relatora: Min. Ellen Gracie, 29 de novembro de 2005. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260670>. Acesso em: 19 abr. 2023.

BRAYNER, A. R. A.; MEDEIROS, C. B. Incorporação do tempo em SGBD orientado a objetos. In: Simpósio Brasileiro de Banco de dados, 9., 1994, São Paulo. Anais [...]. São Paulo: USP, 1994. p. 16-29.

BUENO, Andréia do Prado. Divisão sexual do trabalho no Brasil no contexto da pandemia de COVID-19. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós- Graduação em Economia. Curitiba, 2023, disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/handle/1884/83882>. Acesso em 02 abr. 2024.

CAMBI, Eduardo; PORTO NOSAKI, Letícia de Andrade; GIRARDI FACHIN, Melina. Tutela judicial das vulnerabilidades femininas: o papel do Poder Judiciário brasileiro na efetivação do constitucionalismo feminista. Revista CNJ, Brasília, v. 7, n. 1, p. 57-72, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/453>. Acesso em: 21 jun. 2023.

COLLINS, Patricia Hill. Pensamento feminista negro: conhecimento, consciência e a política do empoderamento. São Paulo: Boi tempo, 2019.

DIAS, Conceição. Ética ecológica ou ambiental. Em aberto, Brasília, DF, v. 2, n. 2, p. 15-21, 2000.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS DO TRABALHO (ENAMAT). Dificuldades na carreira da magistrada. [Brasil]: ENAMAT, 2019. Disponível em: http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2019/06/Relatorio_Pesquisa_magistradas.pdf. Acesso em: Acesso em: 31 maio 2023.

FIRPO, Marcelo. Saúde pública e (in)justiça ambiental no Brasil. In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (org.). Justiça ambiental e cidadania. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004. p. 119-140.

FREITAS, Maria, COSTA, Marli. A desconstrução do conceito de mulher-família para mulher-para-si: uma análise sobre a (re) inclusão das mulheres na sociedade

e no mercado de trabalho contemporâneo. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 32, 2020, p. 297-316. Disponível em:

<https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/download/1729/pdf>. Acesso em: 01 ago. 2023.

GOMES, Raíza Feitosa. Cadê a Juíza?: Travessias de Magistradas Negras no Judiciário Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

GÓMEZ-BAHILLO, Carlos; ELBOJ-SASO, Carmen; MARCÉN-MUÑO, Celia. Feminización de la judicatura española. Convergencia, v. 23, n. 70, p. 199-226, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.org.mx/pdf/conver/v23n70/1405-1435-conver-23-70-00199.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Isaac Kerstenetzky: legado e perfil. Rio de Janeiro: IBGE, 2006.

KILOMBA, Grada. Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

KOHEN, Beatriz. Más mujeres en la justicia: los argumentos más frecuentes. Academia: revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires, v. 3, n. 6, p. 331-337, 2005. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3741781.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2023.

LACERDA, Luísa; PENCAK, Nina. O constitucionalismo feminista e a sua influência no Supremo Tribunal Federal do Brasil. Anuario2021, p. 333. Disponível em: <https://rednaranja.com.ve/wp-content/uploads/2022/05/Anuario-de-Derecho-Constitucional-Latinoamericano-2021-1-1.pdf#page=470>. Acesso em: 6 jun. 2023.

LICKZBINSKI, Cátia Rejane; BRUSTOLIN, Alessandra; MARCANDELI, Raíssa Amarins. Herança bolsonarista: retrocessos no Direito das Mulheres no cenário político e social. Mulheres no século XXI: gênero, direitos e sociedade. 1. ed. São Paulo: Alexa Cultural, 2023, v. 2, p. 29-50.

LIMA, Jairo; BUENO, Marcella Pradella; STAMILE, Natalina. Supremas ministras: a inclusão de mulheres na composição do STF à luz da legitimidade das cortes constitucionais. Dossiê temático "Gênero e Instituições

Judiciais: conexões teóricas e práticas”, Revista Direito Público, v. 18, n. 98, p. 217-255, 2021. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/68687103/5853_18582_2_PB_1_-libre.pdf?1628630488=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DSupremas_Ministras_a_Inclusao_de_Mulhere.pdf&Expires=1687398229&Signature=W01ucLHTW-8RvoyHtSEI90sDFEY7PgNd795eW0np5026yLoZaMoOv2Nmp6bh1~NLP0gaXw4MXLZwVcL4EHLmFK8eUYslif1ZV0wPUe970gKRLNKMks~WEMBQgsw7tke2CWCpjtyFatj6VAgEN7yCoM5m0qbeZPWnB0kF5gWpD4n6L6-iOHgN7UQ9oHjLWE988acPD7wefbCXjJ1ygFPLtVLIHE-CgyR1wefuglg8bquKHrcfGVSR~UNp6JDMjWdTA0yEALT8P4B8SCT-DUn7EDwJYvADRgHOuyFqi9E6lBGGHmwihek01YZxfqYLvPrnYpsjAQb-ht~CXC7wwzhQnw__&Key-Pair-Id=APKAILOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 04 mar. 2023.

LIRA, Sania Carla Braga Mourão. Mulheres negras operadoras do direito no sistema de justiça: exceções que confirmam a regra. 2020. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), Dourados. Disponível em: <https://repositorio.ufgd.edu.br/jspui/handle/prefix/4036>. Acesso em: 03 abr. 2024. MAZON, Cassiano; LABRUNA, Felipe; HAMZE, Issa Rafael. Justiça intergeracional climática e a filosofia do Direito: fundamentos éticos e jurídicos. Revista Videre, Dourados, MS, v. 14, n. 30, p. 420-434, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/16686/9362>. Acesso em: 18 maio 2023.

LUGONES, María. Colonialidade e gênero. In: HOLANDA, Heloisa Buarque de. (Org.). Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020, p. 52-83.

MIGNOLO, Walter. La idea de América Latina: la herida colonial y la opción decolonial. Barcelona: Editorial Gedisa Blackwell Publishing, 2007.

MULHERES ainda enfrentam obstáculos invisíveis na ascensão em carreiras do Sistema de Justiça. Notícias CNJ. 07 ago. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/mulheres-ainda-enfrentam-obstaculos-invisiveis-na-ascensao-em-carreiras-do-sistema-de-justica/>. Acesso em: 03 abr. 2024.

INSPER. Mulheres ocupam só 37% dos cargos de liderança nas empresas no mundo. Insper, 04 ago. 2022.

Disponível em: <https://www.insper.edu.br/noticias/mulheres-ocupam-so-37-dos-cargos-de-lideranca-nas-empresas-no-mundo/>. Acesso em: 03 ago 2023. NAÇÕES UNIDAS. Comitê sobre a eliminação da discriminação contra as mulheres. Recomendação Geral nº 33, de 03 de agosto de 2015, sobre o acesso das mulheres à justiça. CEDAW/C/GC/33. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW, de 18 de dezembro de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a mulher, de 17 de outubro de 1995. Beijing, China. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf. Acesso em 20 jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 90% da população mundial tem algum preconceito contra as mulheres. ONU NEWS. 12 jun. 2023. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/07/1818012>. Acesso em: 29 jul. 2023.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Por uma dogmática constitucional feminista. Suprema-Revista de Estudos Constitucionais, v. 1, n. 2, p. 151-189, 2021. Disponível em <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/download/67/37>. Acesso em: 12 jun. 2023.

YOSHIDA, Mariana Rezende Ferreira. Discriminação por motivo de gênero e barreiras no acesso ao segundo grau de jurisdição no Brasil por magistradas de carreira. 2022. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito e Poder Judiciário) – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Enfam), Brasília, DF. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/174070>.

ZANETTI, Luciene Oliveira Vizzotto. Desigualdade de Gênero: Impactos da Organização Genderizada na

Carreira das Mulheres Magistradas do Tribunal de Justiça do Paraná - Brasil, Dissertação de Mestrado(Mestrado sobre Estudos das Mulheres, Gênero, Cidadania e Desenvolvimento) – Universidade Aberta de Portugal. Portugal, 2023.

A IGUALDADE EM TOGAS: A RESOLUÇÃO 525/CNJ E A CLÁUSULA ANTIDISCRIMINATÓRIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988



Eneida Desiree Salgado¹

A desigualdade de gênero marca a sociedade brasileira e se mostra de maneira bastante evidente nas instituições e na estrutura do Estado. A ausência ou a participação reduzida de mulheres nos espaços de poder gera efeitos na elaboração e na aplicação do Direito, além de impactar nas políticas públicas e nos direitos fundamentais. Em relação ao Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça vem atuando de maneira enfática no enfrentamento do problema, notadamente com o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero e com a Resolução 525. O artigo analisa esse último instrumento, sua elaboração e sua aplicação, o guia elaborado pelo CNJ, o Edital 2/2024 do Tribunal de Justiça de São Paulo e o mandado de segurança impetrado contra o Edital. A partir da análise da argumentação desses textos, são extraídos os conceitos de igualdade utilizados expressa ou implicitamente e contrastados com o princípio da igualdade expresso no objetivo constitucional plasmado no artigo 3º e em outros dispositivos constitucionais. Defende-se que a Constituição assume como diretiva uma cláusula antidiscriminatória, que impõe o Direito Antidiscriminatório como chave de interpretação da Constituição e como critério de validade da legislação e das políticas públicas. Sob essa perspectiva, defende-se a constitucionalidade da Resolução 525 e a necessidade de sua ampla aplicação para reduzir a desigualdade de gênero nos tribunais e, assim, promover os objetivos da República.

Palavras-chave: igualdade de gênero; poder judiciário; direito antidiscriminatório.

¹ Professora de Direito Constitucional e de Direito Eleitoral. Universidade Federal do Paraná. www.ninc.com.br

INTRODUÇÃO: A FENDA E A FRESTA

Apesar de a Constituição de 1988 determinar como tarefa do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades e a promoção do bem de todas as pessoas, convivemos com condições desiguais de vida e perspectivas desiguais de futuro. Há pessoas no Brasil que podem desejar qualquer coisa e podem sonhar em ser o que for. Outras pessoas, por conta do lugar onde nasceram, da família de onde vieram, do corpo que carregam, tem um estreito horizonte, que, muitas vezes, não lhes permite sequer pensar em futuro.

Os dados sobre desigualdade no Brasil são alarmantes. A concentração de renda no país continua uma das dez maiores do mundo, conforme o Banco Mundial (World Bank, 2024). O relatório do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística publicado em 2023 demonstra a persistente desigualdade e a falha no projeto constitucional (IBGE, 2023). Esse abismo desafia a concretização da Constituição de 1988. As marcas de discriminação são múltiplas e atuam de maneira sobrepostas. A classe, a raça e o gênero são as clivagens mais evidentes e implicam em diferentes níveis de cidadania, ao arrepio da Constituição.

Neste artigo, o foco será na questão de gênero, mas sem ignorar os efeitos do racismo, do capacitismo e da aporofobia. Desta vez, o olhar não será voltado para a produção do Direito, quase exclusivamente feita por uma parcela da população, que pensa ser capaz de representar toda a sociedade. As regras jurídicas assim produzidas trazem uma identidade específica, o que contraria o discurso da neutralidade do Direito. Isso se reflete de maneira definitiva na adjudicação: a transformação do texto em norma e a aplicação das normas aos casos não são capazes de afastar o caráter parcial do Direito. Aliás, pelo contrário: em face da composição do Poder Judiciário, o Direito produzido por uma parcela da sociedade acaba por ser aplicado por outro conjunto da mesma parcela, o que reforça a retórica de neutralidade.

O descompasso entre a composição da sociedade brasileira e a composição dos órgãos de poder provoca um questionamento sobre a legitimidade do exercício do poder e da tomada de decisões. Se desde a modernidade, a autodeterminação e o consentimento são elementos essenciais para o funcionamento da sociedade política, a exclusão de amplas minorias do

processo decisório marca negativamente a democracia e os fundamentos do Estado de Direito.

1 A FALÁCIA DA IGUALDADE PERANTE A LEI E AS TRANSPARÊNCIAS DO SUJEITO TRANSCENDENTAL

A partir da modernidade jurídica, a teoria passou a defender a objetividade do Direito e o primado da igualdade perante a lei. A ausência de privilégios e a justificativa constitucional de prerrogativas marcaram um discurso jurídico que se dedicava a demonstrar a igualdade perante a lei como uma conquista. Com os evidentes conflitos sociais, a garantia de elementos de promoção de igualdade - os direitos fundamentais sociais - integrou-se aos ordenamentos ao lado da salvaguarda das liberdades.

Mas a previsão da igualdade não foi o bastante para garantir a dignidade e a igual fruição de direitos e serviços. A persistência de uma mentalidade de supremacia de uma parcela da população sobre as demais - que fez parte do Direito positivo - funciona como uma barreira para a aplicação igualitária da legislação, que, desde logo, é construída sem a participação da maioria da sociedade.

Para evidenciar esse argumento, temos o exemplo dos direitos políticos das mulheres. O seu direito de participação política foi reconhecido pelo Código Eleitoral de 1932, que veio via decreto do governo provisório. O artigo segundo do Decreto 21.076 estabelecia que era "eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código". O alistamento e o voto, no entanto, não eram obrigatórios para as mulheres, conforme os artigos 119, 120 e 121. O Código Civil então vigente, promulgado em 1916, trazia em seu artigo segundo que "Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil" e incluía as mulheres casadas como relativamente incapazes (artigo 6º, II). Com essa previsão, o artigo 242 trazia um rol de atos que exigiam a autorização do marido. Assim, o alistamento eleitoral das mulheres não era realmente livre.

Quando se adiciona o recorte racial, mais evidente é a falácia da igualdade perante a lei. Thula Pires (2018, p. 72), em análise de decisões judiciais em matéria penal, escancara a diferente aplicação do

direito em face da pessoa ofendida.¹ Com uma autoridade judicial que não sente os efeitos do racismo, o esvaziamento dos tipos penais é decorrência de uma transparência branca.

A composição de um Poder Judiciário idêntica à composição do Poder Legislativo, sem uma pluralidade efetiva, acaba por marcar a aplicação do Direito com as transparências masculina e branca, já componentes intrínsecos da elaboração do ordenamento jurídico. A interpretação pretensamente neutra de um Direito pretensamente objetivo reforça as desigualdades sociais, ao arrepiar a Constituição.

A Constituição impõe uma igualdade pela lei, para além da igualdade perante a lei. Os objetivos da República estabelecem tarefas para poderes públicos e para agentes do Estado. Uma atuação constitucionalmente adequada impõe ações e comportamentos dirigidos à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, à garantia do desenvolvimento nacional, à erradicação da pobreza e da marginalização, à redução das desigualdades sociais e regionais, e à promoção do bem de todas as pessoas, sem preconceitos e sem discriminação.

As normas jurídicas devem realizar a igualdade efetiva, em face de diretiva constitucional expressa. Assim, a desconsideração das marcas discriminatórias de gênero, de raça, de classe, entre tantas outras, leva a um equívoco na produção, na aplicação e na adjudicação do Direito.

2 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A INTERPRETAÇÃO ANTIDISCRIMINATÓRIA

Em reconhecimento aos efeitos negativos da aplicação pretensamente neutra das normas jurídicas, o Conselho Nacional de Justiça apresentou em 2021 um Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Produto das discussões de um grupo de trabalho formado por integrantes do CNJ, autoridades judiciais dos diversos ramos e pesquisadoras, o documento traz um guia para a atuação das magistradas e magistrados, especialmente em relação a aspectos processuais, consideração das partes, valoração das provas e interpretação e aplicação dos direitos, com instruções específicas para cada ramo do Poder Judiciário.

Inicialmente, no entanto, o Protocolo apresenta conceitos fundamentais para a compreensão da

desigualdade de gênero e a interseccionalidade. De maneira direta, enfrenta a questão do gênero e do Direito, assumindo que "a existência de desigualdades estruturais pode atuar como obstáculos para a concretização" dos propósitos de "objetividade, imparcialidade, neutralidade, universalidade, racionalidade, tratamento igualitário e limites entre Estado e indivíduo", premissas do Direito liberal (CNJ, 2021, p. 34).

E vai além, afirmando que a interpretação e a aplicação do Direito sem considerações sobre as diferenças presentes na sociedade implicam em um privilégio ao "exercício do poder dominante em detrimento da justiça substantiva" (CNJ, 2021, p. 35). E apresenta uma nova maneira de entender a premissa da imparcialidade: "Agir de forma supostamente neutra, nesse caso, acaba por desafiar o comando da imparcialidade. A aplicação de normas que perpetuam estereótipos e preconceitos, assim como a interpretação enviesada de normas supostamente neutras ou que geram impactos diferenciados entre os diversos segmentos da sociedade, acabam por reproduzir discriminação e violência, contrariando o princípio constitucional da igualdade e da não discriminação" (CNJ, 2021, p. 36).

Ainda no tratamento da interpretação do Direito, o Protocolo enfrenta outro mito: o do Direito abstrato. Há uma insistência na compreensão da importância da contextualização das regras e princípios quando da sua formulação, da sua interpretação e da sua aplicação. Vale ressaltar, por fim, a referência à igualdade substantiva e sua utilização: "É possível aplicar o princípio da igualdade também nas decisões do dia a dia, como ferramenta analítica e guia interpretativo para decisões atentas a gênero" (CNJ, 2021, p. 40).

A Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário é outra iniciativa antidiscriminatória do Conselho Nacional de Justiça. Instituída pela Resolução 255/2018 a partir dos "dados do Conselho Nacional de Justiça sobre representatividade feminina a revelar assimetria na ocupação de cargos no Poder Judiciário", prevê que a busca da igualdade de gênero no Poder Judiciário deve incluir ações para "incentivar a participação de mulheres nos cargos de chefia e assessoramento, em bancas de concurso e como expositoras em eventos institucionais". Modificada pela Resolução 540/2023, a Política passa a

¹ "No caso 0016651-42.1999.8.19.0001 (2000.050.04827), o réu foi condenado por injúria simples sob o argumento de que "nem toda expressão como 'preto de merda' [...]"

será informada pela nota do preconceito. [...] O primeiro elemento é apenas designativo, indicador do destinatário da ofensa" (Pires, 2018).

expor expressa preocupação com a interseccionalidade e impor paridade de gênero na designação de autoridades judiciais, em cargos de chefia e assessoramento, na composição de comissões, comitês e grupos de trabalho, em eventos institucionais, e na contratação para estágio, residência jurídica e empresa prestadora de serviço terceirizado. Há, ainda, de maneira explícita, a compreensão de que mulheres trans e mulheres fluidas são consideradas na paridade.

O Repertório Nacional de Mulheres Juristas está incluído na Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário. Com a participação voluntária de mulheres do sistema de aplicação do Direito e da academia e indicação de suas áreas de especialidade, o Repertório é dirigido a “viabilizar a participação de mulheres juristas nele inscritas em eventos e ações institucionais, ou para a promoção de citações de suas obras”.

Essa iniciativa é importante para dar visibilidade às mulheres juristas. A incorporação de suas obras e decisões na aplicação do Direito promove um olhar mais amplo sobre a teoria, sobre as categorias e sobre as normas jurídicas. Igualmente importante é inserir a produção das mulheres juristas nos currículos dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito. A Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário pode, assim, colaborar para o enfrentamento da desigualdade na formação de juristas.

Essas iniciativas do Conselho Nacional de Justiça partem de uma leitura da Constituição que promove uma igualdade substantiva. Para além da ideia da igualdade formal, o CNJ lê os dispositivos constitucionais a partir de uma lente antidiscriminatória, que considera que a aplicação e a adjudicação das normas jurídicas devem sempre considerar os objetivos da República em face das circunstâncias concretas.

3 A IGUALDADE SUBSTANCIAL NA COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS E A RESOLUÇÃO 525/2023

Assim como a atuação da Ministra Carmem Lúcia à frente do Conselho Nacional de Justiça, a gestão da Ministra Rosa Weber também representou um avanço na concretização da cláusula antidiscriminatória da Constituição no âmbito do Poder Judiciário. A aprovação da Resolução 525 representa a perspectiva da equidade de gênero nos tribunais de segundo grau.

Em junho de 2022, a Coordenadoria da Comissão da Mulher da Associação Nacional dos Advogados

Públicos Federais, em evento realizado pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher na Câmara dos Deputados, chamou a atenção para a existência de mais desembargadores chamados Luiz do que desembargadoras no Tribunal de Justiça de São Paulo (ANAFE, 2022). Conforme o Relatório Justiça em Números de 2024 do Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário brasileiro é composto por 36,8% de magistradas (CNJ, 2024, p.107). Nos Tribunais Estaduais, a participação feminina é de apenas 22% e de 18,8% nos Tribunais Superiores. Na Justiça Militar, as mulheres são 6,7% do Superior Tribunal Militar, 5,3% dos Tribunais Militares Estaduais. Nos Tribunais Regionais Federais as mulheres representam 21,8% da magistratura e nos Tribunais Regionais do Trabalho a porcentagem é de 32,5%. (CNJ, 2024, figura 47, p. 112-113).

De maneira coerente com a igualdade constitucionalmente determinada e a Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário, a Resolução 525/2003 traz mudanças na Resolução 106/2010, determinando que as vagas nos Tribunais de 2º grau a serem preenchidas pelo critério de merecimento deverão ter, alternadamente, editais para inscrições mistas e para inscrições exclusivas para mulheres até que a composição dos Tribunais seja paritária em relação ao gênero. A Resolução impõe-se para todos os tribunais que não tenham pelo menos 40% de mulheres na sua composição.

Na justificativa da Resolução, o Conselho Nacional de Justiça reconhece a cláusula constitucional antidiscriminatória – “a garantia constitucional da igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres (art. 5º, I da Constituição Federal)”, “o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de promoção do bem de todos(as), sem preconceitos de origem, raça, sexo, gênero, etnia, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da Constituição Federal)”, “a igualdade de gênero constitui expressão da cidadania e dignidade humana, princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e valores do Estado Democrático de Direito”, “a igualdade é um pressuposto fundamental da democracia e que a sociedade democrática jamais poderá ignorar as capacidades, os saberes, a experiência e a criatividade das mulheres”. Considera a cláusula de abertura da Constituição em relação aos direitos fundamentais e a amplitude do bloco de constitucionalidade e as exigências das Convenções – “o disposto no art. 4º da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminações contra as Mulheres (CEDAW) de 1979,

segundo o qual, a adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida naquela Convenção”, “o disposto na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção Belém do Pará”) de 1994 e na Declaração e Plataforma de Pequim da Organização das Nações Unidas de 1995” e “o disposto na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1966 e na Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância de 2013”.

Há, ainda, entre os consideranda da Resolução, a menção às desigualdades fáticas de gênero, com especial foco na desigual distribuição social de obrigações de cuidado e seus efeitos no exercício da cidadania e no trabalho formal das mulheres. A justificativa da Resolução chama a atenção para a sobreposição de fatores de desigualdade, trazendo a importância de um olhar interseccional, embora só apresente uma política afirmativa de gênero.

E essa política afirmativa determina que todos os tribunais de segundo grau que sejam compostos por menos de 40% de mulheres preencham as vagas à promoção pelo critério de merecimento, abertas após de 1º de janeiro de 2024, por editais mistos e editais exclusivos para magistradas, alternadamente, até que se alcance a paridade de gênero. A Resolução traz também regras sobre a consideração dos quintos e a consecutividade de indicação nas listas tríplexes.

4 O EDITAL 2/2024 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, A REAÇÃO E A RESPOSTA

O Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo em reunião de 16 de janeiro de 2024 aprovou a abertura de concurso para provimento de um cargo de desembargadora, exclusivo para mulheres, no critério de merecimento, conforme o Edital 2/2024. Em notícia no site do Tribunal, datada de 18 de janeiro, se destaca a ampla cobertura jornalística do edital e o fato de ser o primeiro tribunal do Brasil a observar a Resolução 525 do Conselho Nacional de Justiça.

Vinte magistrados impetraram um mandado de segurança contra o edital, alegando direito líquido e certo de participar do concurso de promoção. O argumento principal é o da ofensa ao princípio da igualdade. Para fundamentar sua interpretação da Constituição, apresentam juntamente com a petição um

parecer de Ives Gandra da Silva Martins sobre duas questões: eventual extrapolação das atribuições constitucionais do Conselho Nacional de Justiça quando da elaboração da Resolução 525 e validade da utilização do gênero como “critério juridicamente válido para a aferição do merecimento para fins de acesso aos tribunais” em face da Constituição, da Lei Complementar 35/1979 e “dos tradicionais parâmetros historicamente empregados pelo eg. Tribunal de Justiça de São Paulo”.

No parecer do professor Ives Gandra da Silva Martins (2024) há uma ênfase na interpretação constitucional, com a defesa da interpretação teleológica “para se entender o que o constituinte deseja” e da interpretação sistemática (“examinando a norma de acordo com o sistema, a ordem jurídica e o conjunto de disposições a que se refere”). Há referência à diferença do conflito de princípios e do conflito de regras, e, neste último caso, à necessidade de respeito aos critérios hierárquico, cronológico e de especialização. Com base nisso, o professor defende que “no que diz respeito aos critérios para promoção de magistrados deve-se predominar o que determina o Texto Constitucional e a Lei Complementar que rege o Estatuto da Magistratura, observando-se apenas e tão somente os critérios de antiguidade ou de mérito para a promoção de magistrados, não prevalecendo, assim, nenhum outro critério que não aqueles determinados pelo legislador constitucional e cumpridos pela Lei Complementar, que dispõe sobre o Estatuto da Magistratura”. E vai além: “qualquer disposição, em ato normativo infraconstitucional, que pretenda introduzir outro tipo de critério de promoção de magistrados, eliminando-se o inalienável e irredutível direito constitucional é de densa e manifesta inconstitucionalidade, pois mediante atos de hierarquia inferior, estabelecer-se-ia limitação que a Lei Suprema não admite”.

O parecer trazido pelos impetrantes insiste na impossibilidade de critérios para além do Estatuto da Magistratura e mesmo os trazidos nesse diploma normativo não poderiam impor restrições não estabelecidas pela Constituição. Defende uma “interpretação literal, estrita, como exige o princípio da estrita legalidade, previsto no artigo 5º XIII da CF”, o que implica a incompatibilidade da Resolução 525 do Conselho Nacional de Justiça com o ordenamento.

Em seguida, o professor Ives Gandra afirma a necessidade de alteração das mentalidades e de padrões de comportamento e não o aumento da participação feminina no Poder Judiciário, aduzindo que:

"As mulheres têm o direito de serem reconhecidas pela sua dedicação, desempenho e méritos próprios e o fato de dar-lhes um percentual de cotas apenas traria às mesmas ainda mais o ônus de que estariam naquele órgão não por seus méritos" e "criando um certo desconforto" ao substituir os critérios "objetivos" de competência e antiguidade pelo gênero.

Para o professor, "tal norma ainda macularia de morte o princípio da igualdade, que é a base do regime democrático de direito", pois "nos Tribunais, todos os magistrados são iguais, razão pela qual haveria fantástica violação à lei maior, se fossem tratados desigualmente, com base em critérios de igualdade de gênero". Segundo sua leitura, a Resolução 525 impõe uma restrição à participação igualitária de gênero. Ainda, afirma que o merecimento diz respeito aos princípios da Administração Pública e que o gênero estaria na zona de certeza negativa do conceito. Em sua visão, "em ambos os critérios, seja na antiguidade, seja no merecimento se promoverá qualquer gênero, seja homem ou mulher. Trata-se, como já visto, de critério justo, objetivo e democrático, por meio do qual tanto juizes quanto juízas sabem, desde quando ingressam na carreira que os critérios utilizados para sua promoção são antiguidade e merecimento, em situação da mais absoluta igualdade, não dando margem, assim, a inclusão de qualquer outro critério que não esses previstos no Texto Maior."

Depois de sustentar sua posição em uma compreensão absolutamente formal da igualdade, ainda afirma que a medida proposta poderia trazer para os tribunais pessoas menos competentes e ainda "excluir os incluídos no sistema". Vai além: "O atendimento ao critério de igualdade de gênero não pode ser maior que a dignidade que significa o serviço prestado pela sociedade pela magistratura, em âmbito nacional". Depois, volta à teoria jurídica para se debruçar sobre o princípio da proporcionalidade como teste para a regulamentação de direitos fundamentais e afirma que a Resolução 525 "é medida inadequada, desnecessária e excessiva".

Embora o pedido liminar tenha sido negado, houve empate na análise do agravo interno pelo Órgão Especial, o que acabou levando à suspensão do concurso.

Em resposta ao mandado de segurança, magistradas e o Coletivo Sakofa solicitaram um parecer das professoras Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Fabiana Cristina Severi e Melina Girardi Fachin, a partir de quatro pontos: a existência ou não de impacto

negativo na qualidade da prestação jurisdicional pela implementação das regras de paridade; existência ou não de riscos concretos à garantia constitucional e convencional de igualdade; existência ou não de discriminação de gênero nas promoções de antiguidade e merecimento no Estado de São Paulo; e a necessidade ou não de citação das juízas em litisconsórcio para manifestação.

No parecer, as professoras Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Fabiana Cristina Severi e Melina Girardi Fachin (2024) afirmam a constitucionalidade da Resolução 525 do Conselho Nacional de Justiça por seu "fundamento no princípio constitucional da igualdade e da não-discriminação", que exige uma atuação do Poder Judiciário, e a imposição de ações afirmativas "em todas as situações em que há evidências de práticas sistemáticas e históricas de discriminação que resultam na reprodução de desigualdades múltiplas e interseccionais". Trazem dados e estudos sobre a questão de gênero nos tribunais e aduzem que "não há evidências indicando que as assimetrias e desigualdades na composição e na progressão das carreiras da magistratura serão naturalmente corrigidas ao longo do tempo", indicando que o mandado de segurança e o parecer que o acompanha partem de "uma interpretação exclusivamente formal do princípio da igualdade, ou seja, na ausência de leis que discriminem explicitamente". Narram, ainda, as mudanças que aconteceram nos concursos (não identificação das duas primeiras fases e exigência de perguntas exclusivamente técnicas na prova oral) e seu impacto na aprovação de mulheres.

O parecer se refere também às barreiras e formas de discriminação que caracterizam obstáculos para a carreira das magistradas, com normas formalmente igualitárias que sofrem a incidência de práticas orientadas por valores machistas, provocando uma segregação vertical. Demonstram que o Tribunal de Justiça de São Paulo adota um modelo de progressão que exige disponibilidade para mobilidade no Estado, o que impacta negativamente nas mulheres que são responsáveis pelo cuidado de outras pessoas da família. Discorrem sobre o impacto desproporcional das regras e a discriminação indireta, indicando casos em que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu sua incidência em questões de gênero. Afirmando a diversidade como necessária para a conexão entre o sistema judicial e a realidade, aduzem que a existência de pluralidade nos tribunais é "um passo fundamental para a construção de

uma justiça verdadeiramente inclusiva e imparcial” e promove a confiança pública no sistema de aplicação do Direito, além de decisões mais atentas a realidades outras e uma interpretação jurídica mais rica.

Para as professoras, “a Resolução nº 525/2023 do CNJ, ao estabelecer critérios de promoção que consideram o gênero, é instrumento válido e de constitucionalidade formal e material para a promoção da igualdade de gênero no Poder Judiciário, alinhando-se com a missão do CNJ de aprimorar a efetividade da justiça e refletindo compromissos constitucionais fundamentais de igualdade e justiça social”.

No contraste entre os pareceres se pode observar uma diferença abissal quanto à compreensão do princípio da igualdade. Por um lado, o professor Ives Gandra interpreta a igualdade presente no texto constitucional de maneira absolutamente formal. Trata-se aqui da igualdade perante a lei e que ignora totalmente o artigo 3º da Constituição. Transparece no parecer uma interpretação retrospectiva das normas constitucionais, que não compreende que o ordenamento jurídico tem uma nova ideia de Direito e permanece lendo o ordenamento jurídico pelos valores da Constituição anterior. Além disso, usa o texto como pretexto para a manutenção da situação de desigualdade. As professoras Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Fabiana Cristina Severi e Melina Girardi Fachin, por outro lado, levam em conta o texto e o contexto e, em uma interpretação sistemática, consideram simultaneamente o princípio da igualdade e a cláusula antidiscriminatória, com o olhar firme na Constituição de 1988.

Recusando a leitura puramente formal da igualdade, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu posse à desembargadora promovida pela lista exclusivamente feminina em abril de 2024.

5 A FRESTA E O HORIZONTE

Outros Tribunais de Justiça fizeram concursos de promoção por merecimento com editais exclusivos para mulheres em 2024, pavimentando um (ainda longo) caminho para um Poder Judiciário mais plural e diverso e uma interpretação e aplicação do Direito mais condizente com o princípio da igualdade e a cláusula antidiscriminatória.

Em sessão do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em 03 de maio de 2024, dedicada ao concurso de promoção por merecimento sob a Resolução 525 do Conselho Nacional de Justiça, a Presidenta da Comissão de Igualdade de Gênero do TJ-PR, Desembargadora Maria Aparecida Blanco de Lima, fez uma fala em nome da comissão e da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar sobre o significado daquele momento para o Poder Judiciário paranaense.

A desembargadora afirmou que “a paridade de gênero em todos os níveis de tomada de decisão tornou-se uma importante meta para o desenvolvimento harmônico sustentável e justo da civilização humana”, ressaltando que ainda falta muito para alcançar a igualdade. De maneira direta, a desembargadora destaca as desvantagens decorrentes da distribuição de trabalho e responsabilidades entre homens e mulheres, e afirmou que “ninguém desconhece que para aumentar a sua competitividade nos certamente é fácil para os homens magistrados conseguir desviar parte de seu tempo de repouso e convívio familiar para incrementar seus índices de produtividade, de presteza e aperfeiçoamento técnico”, o que não está ao alcance das magistradas mulheres.²

O aumento do número de desembargadoras nos Tribunais de segundo grau do país, ainda que lentamente, deverá promover uma pluralização da interpretação do Direito e, o que é igualmente importante, irá alargar o horizonte de possibilidades de meninas e adolescentes em relação ao futuro profissional e também à concretização de seus direitos. A Resolução 525 do Conselho Nacional de Justiça não impede homens de ocuparem espaços de poder nos tribunais. Apenas não permite, em observância à Constituição, que continuem a ocupar (quase) todos os espaços.

Sobre o eventual receio de maiores dificuldades para magistrados conseguirem alcançar o cargo de desembargador, talvez isso lhes traga alguma alteridade. E para quem ainda questiona a constitucionalidade da Resolução 525 do Conselho Nacional de Justiça, trago a lembrança de uma frase na entrevista da Justice Ruth Bader Ginsburg em outubro de 2012 à CNN: “Então agora a percepção é: sim, as mulheres estão aqui para ficar. E quando às vezes me perguntam quando haverá [mulheres na Suprema Corte] suficientes? E eu digo que quando forem nove, as

²Essa sessão histórica pode ser assistida no canal do Tribunal de Justiça do Paraná, no endereço (<https://www.youtube.com/live/adqrJDdxvqU>). A

manifestação da Desembargadora Maria Aparecida Blanco de Lima ocorre a partir de 29’29”.

pessoas ficam chocadas. Foram nove homens e ninguém nunca levantou uma questão sobre isso”.³

Lá, como aqui, ainda há um longo caminho a percorrer. A sociedade brasileira está muito aquém da promessa constitucional de igualdade substancial. Alcançar a igualdade nos órgãos que interpretam e aplicam o Direito pode ser um ótimo instrumento para destravar o projeto constitucional, vencer uma interpretação retrospectiva da Constituição e construir uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

ANAFE. Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais. Comissão da Mulher da ANAFE participa de Audiência na Câmara sobre paridade entre homens e mulheres no Poder Judiciário, 2022 (<https://anafe.org.br/comissao-da-mulher-da-anafe-participa-de-audiencia-na-camara-sobre-paridade-entre-homens-e-mulheres-no-poder-judiciario/>).

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; SEVERI, Fabiana Cristina Severi; FACHIN, Melina Girardi. Parecer preliminar no Mandado de Segurança 2079924-89.2024.8.26.0000 / Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024 (<https://images.jota.info/wp-content/uploads/2024/04/parecer-caso-tjsp-paridade-genero-versao-final-assinada-compressed.pdf>).

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, 2021 (<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>).

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números, 2024 (<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>).

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro, 2023

(<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/genero/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html>).

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Parecer preliminar no Mandado de Segurança 2079924-89.2024.8.26.0000 /

³ A entrevista foi dada para a CNN, mas a citação foi retirada do artigo de opinião de Jill Filipovic sobre a desigualdade de gênero nas profissões jurídicas nos Estados Unidos,

publicado no The Guardian (<https://www.theguardian.com/commentisfree/2012/nov/30/justice-ginsburg-all-female-supreme-court>).

AS MULHERES NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A RELEVÂNCIA DO CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA PARA A REIVINDICAÇÃO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DELAS



Melina Girardi Fachin¹

A condição jurídica das mulheres na experiência constitucional brasileira variou nas sete constituições que vigoraram no país, sendo que de uma falta de compromisso da primeira carta constitucional do império até a condição de sujeito de direito contemplada pela atual constituição cidadã, a evolução pela luta de direitos e cidadania das mulheres no Brasil é marcada por avanços e retrocessos, processos nos quais sempre se verificou a presença incansável de movimentos sociais, com especial destaque para os movimentos feministas, que sempre reivindicaram pela dignidade feminina e por melhores condições de vida. Nesse sentido, este artigo destaca a potente atuação feminina no processo constituinte que culminou na promulgação da Constituição da República de 1988, participação esta que não se resumiu apenas à luta por direito das mulheres, como também por direitos dos homens, das crianças e das

¹ Estágio Pós-doutoral realizado na Universidade de Coimbra no Instituto de Direitos Humanos e Democracia (2019/2020). Doutora em Direito Constitucional, com ênfase em direitos humanos, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP.) Visiting researcher da Harvard Law School (2011). Mestre em Direitos Humanos pela (PUC/SP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Atualmente Professora Associada do Curso de Graduação em Direito e docente permanente do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Com área de atuação no Direito Constitucional e Direitos Humanos. Advogada sócia de Fachin Advogados Associados. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-6250-1295>; Lattes <http://lattes.cnpq.br/1368334568714375>.

famílias, com vistas à construção de uma sociedade mais justa e igualitária para todos. A maioria das reivindicações femininas propostas pelas mulheres por meio da Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes foi acatada, com exceção não surpreendente das relativas ao exercício de direitos sexuais e reprodutivos, que até hoje compõem uma pauta negligenciada pelo Congresso Nacional e que está sob constante ataque de setores conservadores. A Constituição da República de 1988 (CR/88), dessa forma, deve ser vista nesta perspectiva, de reconhecimento da especial condição das mulheres, que enseja não apenas proteção, como também medidas efetivas e adequadas para garantia e concretização de seus direitos e deveres. Sendo assim, a igualdade entre homens e mulheres, esculpida no inciso I do artigo 5º da CR/88, é verdadeiro norte para a aplicação do direito. Para que essa melhora do status jurídico das pessoas de gênero feminino continue, e para que conquistem melhores condições de vida, com mais dignidade, igualdade e cidadania, este artigo singelamente proporá o uso de uma nova forma de leitura da constituição: o constitucionalismo feminista, proposta que usa o conceito de gênero como chave interpretativa da Constituição, eis que advoga pela valorização da participação de intérpretes e aplicadoras mulheres no direito e da conquista que representou a constitucionalização dos seus direitos e deveres, denunciando as formas de subordinação do gênero feminino na sociedade e especialmente no direito.

Palavras-chave: constitucionalismo feminista, igualdade, gênero.



Ketline Lu²

Abstract: The legal status of women in the Brazilian constitutional experience varied in the seven constitutions that were in force in Brazil, ranging from a lack of commitment in the first constitutional charter of the Brazilian empire to the condition of legal subjects contemplated by the current constitution, the evolution through the struggle for rights and citizenship of women in Brazil is marked by advances and setbacks, processes in which there has always been the tireless presence of social movements, with special emphasis on feminist movements, which have always demanded female dignity and better living conditions. In this sense, this

² Mestranda em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharela pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Constitucional pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR) e em Direito Ambiental pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Vinculada Programa Institucional de Iniciação Científica CNPq - Edital 2014, com o projeto de pesquisa Relações Jurídico-Privadas e Princípios Constitucionais e ao Programa Institucional de Iniciação Científica Fundação Araucária - Edital 2013, no projeto de pesquisa Relações Jurídico-Privadas e Princípios Constitucionais, sob orientação do Professor Doutor Luiz Edson Fachin. Vinculada ao Programa de Iniciação à Docência - Monitoria, à disciplina de Teoria do Estado e Ciência Política do departamento de Direito Público, sob orientação da Professora Doutora Melina Girardi Fachin. ORCID <https://orcid.org/0009-0005-0948-872>; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9398634931445521>

article highlights the powerful role of women in the constituent process that culminated in the promulgation of the Constitution of the Republic of 1988, a participation that was not limited only to the fight for women's right, but also for the rights of men, children, and families, with a view to building a more fair and equal society for all. The majority of female demands proposed by women through the Brazilian Women's Charter to the Constituents were accepted, with the unsurprising exception of those relating to the exercise of sexual and reproductive rights, which to this day, make up an agenda neglected by the National Congress, and which is under constant attack from the conservative sectors of society. The Constitution of the Republic of 1988, therefore, must be seen from this perspective, recognizing the special condition of women, which must provide not only protection, but also effective and appropriate measures to guarantee and implement women's rights and duties. Therefore, equality between men and women, carved out in the 5th article of the Constitution, must be the guide for the application of the law. For the improvement in the legal status of women to continue, and for them to achieve better living conditions, with more dignity, equality and citizenship, this article will propose the use of a new way of reading the constitution: the feminist constitutionalism, that uses the concept of gender as an interpretative key to the Constitution. Aiming to denounce the forms of subordination of the female gender in society, and especially in law, the feminist constitutionalism advocates for the valorization of the participation of female interpreters and for achieving the constitutionalization of women's rights and duties in their struggle for equality.

Keywords: Feminist constitutionalism, equality, gender.

“Não há como dizer melhor. É no seio do mundo que lhe foi concedido que cabe ao homem fazer triunfar o reino da liberdade; para alcançar essa suprema vitória é, entre outras coisas, necessário que, para além de suas diferenciações naturais, homens e mulheres afirmem sem equívoco sua fraternidade”

(BEAUVOIR, 2019, p.557).

INTRODUÇÃO: AS MULHERES NA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Antes da promulgação da atual Constituição da República de 1988, constatamos que as experiências constitucionais do Brasil nem sempre foram democráticas, tanto menos sensíveis às questões de gênero. De todas as 7 constituições brasileiras¹, três foram autoritariamente impostas (a constituição do Império de 1824; a de 1947 do Estado Novo e a de 1976 imposta pela ditadura militar), e quatro foram promulgadas por assembleias constituintes (a constituição de 1891 do período da República; a de 1934 da 2ª República; a de 1946 e a constituição Cidadã de 1988).

A Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, de Dom Pedro I, não apresenta qualquer menção às mulheres, focando na estrutura de poder do imperador, detalhando os órgãos de poder do estado e dispondo sobre a família real, eis que no momento da proclamação da independência do Brasil, a preocupação residia na necessidade da construção da unidade nacional, na estruturação do poder centralizador do imperador e na diminuição dos poderes regionais existentes (Ferraresi, 2015, p. 231).

Não há nessa carta grande preocupação com direitos do cidadão, que são mencionados somente no final da carta (art. 179 e seguintes), no título 8º "Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros", do qual se destaca o inciso XIII do art. 179, que institui a proteção formal a todos os cidadãos e cujos fundamentos se repetem nas constituições posteriores (Silva, 2005, p.75). Tal disposição, no entanto, "conviveu, sem que se assinalasse perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata" (Barroso, 2013, p. 240). A ausência da participação ou do reconhecimento a direitos às mulheres, para a autora Marly Cardone, pode ser explicada porque naquele momento:

"Faltava, justamente, o substrato histórico-social para que mulheres se sentissem incluídas no

texto constitucional como cidadãos e, conseqüentemente, com aqueles direitos conferidos aos homens" (Cardone, 2011, p. 4).

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 quase não avança na proteção do gênero feminino, eis que novamente as mulheres não são contempladas expressamente, porém apresentou uma melhora na proteção geral conferida aos direitos dos cidadãos, conforme disposto no seu título IV "Dos Cidadãos Brasileiros" (art. 72 e seguintes). Pela forte inspiração norte americana (Mendes; Branco, 2014, p. 99), pouca vinculação com a realidade brasileira teve, razão pela qual não apresentou eficácia social (Silva, 2015, p. 79).

Quanto à questão feminina, acrescenta Marly Cardone que, no entanto, no que atine à possibilidade de participação das mulheres na vida pública em postos públicos que não dependiam de eleições², é de se considerar que houve algum avanço (Cardone, 2011, p. 6). Isso porque, conforme salientado por Bertha Lutz, por meio de interpretação constitucional do artigo 78 da referida carta magna - primeiro proposta por Ruy Barbosa em 1917, em defesa da possibilidade de inscrição da candidata Maria Castro Rebello Mendes no concurso para 3º Oficial da Secretaria de Estado das Relações Exteriores, e depois por Raul Penido, em 1919, quando analisou a possibilidade da candidatura de mulheres ao concurso de secretária do Museu Nacional - abriu-se caminho para o livre exercício de cargos públicos por mulheres, o que também serviu de ponto de partida para a reivindicação feminina pelo voto nos estados brasileiros, em fase anterior à revolução de 1930 (Lutz, 1937, p. 20).

Foi somente na Constituição da Segunda República de 1934 que as mulheres finalmente passaram a ser contempladas expressamente no texto maior, em quatro dispositivos constitucionais³. No art. 109, dispõe-se que o alistamento e o voto são obrigatórios para homens e mulheres (porém só gozariam do direito ao

poder marital no rol de eleitores (Karawejczyk, 2011, p. 7).

³ Segundo Bertha Lutz, era a primeira vez na história do Brasil que as mulheres foram chamadas a participar ativamente da organização da vida pública: "... (sic) representam entretanto o fructo do estudo paciente, do desejo sincero de cuidar dos interesses do Brasil e da atenção escrupulosamente voltada para opinião pública, principalmente a opinião feminina, que pela primeira vez na nossa história era chamada a se pronunciar directamente sobre a organização da vida pública nacional." (Lutz, 1937, p.15). Essa participação inédita certamente foi fundamental para a luta dos direitos das mulheres.

¹ Não consideramos a Constituição de Cádiz nesta conta, eis que embora tenha tido sua vigência decretada por D. João VI, por meio do Decreto de 21-4-1821, a constituição espanhola de 1812 vigeu por apenas um dia no Brasil, eis que D. João VI revogou o referido decreto já no dia seguinte (Mendes; Branco, 2014, p. 99), além de que não foi feita para vigor no Brasil, sendo completamente alheia à realidade brasileira.

² A historiadora Monica Karwejczyk observou que parte de três deputados que propuseram uma emenda ao projeto da constituição, que visava inserir as mulheres diplomadas, professoras e que não estivessem sob

voto se funcionárias públicas com remuneração). De qualquer modo, para autores como Lorenna Castro e Dirceu Siqueira (Castro; Siqueira, 2020, p. 970) pode ser considerado um avanço na concretização da democracia brasileira e na concretização da luta feminina pelo direito ao voto. No art. 121 conferiu-se proteção trabalhista às mulheres, eis que vedado seu trabalho em indústrias insalubres (art. 121, §1º, d,) e garantiu-se formalmente proteção com "serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas", que "serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas" (art. 121, §3º). A 3ª menção às mulheres se encontra no art. 163 que as desobriga do serviço militar. Alguns outros avanços que podem ser destacados dizem respeito à garantia de ingresso ao serviço público (art. 168) ou à acentuada proteção conferida à maternidade (embora a mulher não se resuma a sua função reprodutiva), conforme é possível verificar em vários dispositivos (artigos 121, §3º; 138, c; 141).

Nessa constituição, as mulheres são mencionadas expressamente quanto ao direito ao alistamento, sendo que só eram permitidas a alistar-se e votar sob a condição de funcionárias públicas com remuneração (ou seja, excluindo todas as outras mulheres), para alguma proteção relativa ao trabalho⁴ e como receptoras e executoras de serviços de amparo à maternidade e à infância - verifica-se, pois, a reprodução do estereótipo machista de que tais serviços de cuidados devem ser realizados por pessoas do gênero feminino. Esse pequeno avanço quanto à proteção da maternidade e à infância pode ser explicado pela forte influência da Constituição de Weimar, que provocou a inscrição do título sobre a ordem econômica e social, família, educação e cultura (Silva, 2015, p. 82).

A Constituição do Estado Novo de 1937 representou verdadeiro retrocesso na proteção dos direitos das mulheres, não apresentando qualquer dispositivo que garantisse igualdade de direitos e deveres às mulheres (Castro; Siqueira, 2020, p.372). Decretada por Getúlio Vargas, a única menção às mulheres era a do art. 137, inciso k, que proibia o trabalho em indústrias insalubres, porém posteriormente tal dispositivo foi suspenso pelo Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942, o qual havia declarado estado de guerra em todo o território nacional. Apelidada de constituição polaca, em razão da forte influência da constituição totalitária da Polônia, reduziu os direitos fundamentais que ganharam apenas "referência simbólica" (Barroso, 2013, p. 100). Esse retrocesso em relação à proteção dos

direitos fundamentais refletiu também na proteção constitucional do gênero feminino assegurada pela constituição de 1937 e é prova histórica de que quanto mais ditatorial um regime, pior o tratamento jurídico conferido às mulheres. Outro retrocesso diz respeito à omissão da Constituição quanto à proteção da mulher gestante no trabalho anteriormente conferida, o que na prática autorizava que empregadores na iniciativa privada dispensassem as mulheres trabalhadoras justamente no momento em que mais estavam frágeis e necessitadas do trabalho (Cardone, 2011, p. 8).

A constituição de 1946, nesse sentido, pouco avançou também, apesar do esforço em abandonar o autoritarismo que reavivou os direitos individuais (Mendes; Branco, 2014, p. 101). Por ter surgido após o contexto da Segunda Guerra Mundial, no entanto, não deixou de apresentar certo avanço na proteção social da mulher (Cardone, 2011, p.9). O art. 157, ao dispor sobre trabalho e previdência, veda o trabalho das mulheres em indústrias insalubres, e o art. 181, no seu §1º, as isenta do serviço militar. Ou seja, não apresenta novidades na proteção do gênero feminino, apenas retoma algum avanço inaugurado pela Constituição de 1934 quanto à proteção trabalhista conferida a elas.

A constituição da ditadura militar de 1967 apresenta quatro menções expressas às mulheres, no seu art. 93 que dispensa as mulheres do serviço militar, no seu art. 100 quando trata do prazo da aposentadoria para as mulheres, no seu art. 158, X, ao vetar o trabalho de mulheres em indústrias insalubres, e no inciso XX do referido artigo que garante o direito à aposentadoria aos 30 anos de trabalho com salário integral da mulher.

Verifica-se, pois, que pouco inova na proteção ao gênero feminino, apenas repetindo a parca proteção conferida pela constituição anterior e concedendo um único novo direito de aposentadoria, reduzindo as mulheres à condição de trabalhadoras e ignorando seu amplo espectro de interesses e necessidades, o que pode ser explicado pela tônica autoritária e centralizadora da época, cuja única preocupação residia na segurança nacional, que basicamente justificou a perseguição a grupos de esquerda, especialmente aos comunistas (Mendes; Branco, 2014, p.101), em detrimento da autonomia individual, o que permitiu também a suspensão de direitos e garantias constitucionais (Silva, 2015, p. 87).

⁴ A inédita proteção trabalhista conferida às mulheres pode ter surgido por influência internacional. Nesse sentido, a convenção nº 03 da OIT (Convenção relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do parto), convocada em 29 de outubro de 1919, foi o primeiro documento internacional a conferir algum tipo de

proteção específica às mulheres, sendo ratificada no Brasil em 04 de abril de 1934, por meio do Decreto nº 423, de 12 de novembro de 1935, assinado por Getúlio Vargas e recentemente revogado pelo Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019, assinado pelo ex-presidente Jair Messias Bolsonaro.

Assim como a constituição de 1937, essa carta nada democrática e muito autoritária pouco fez para proteger as mulheres⁵Apresentado o panorama da experiência constitucional brasileira passada, no próximo tópico discutiremos o avanço promovido pela Constituição da República de 1988, que foi fruto da transição lenta e gradual do país rumo à consolidação de um regime mais democrático (Piovesan, 2017, p. 415-416).

1 A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ: UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO EM PROL DO GÊNERO FEMININO

O Brasil, desde a chegada dos portugueses, passou por todos os ciclos possíveis de real atraso: “a escravidão, o coronelismo, o golpismo, a manipulação eleitoral, a hegemonia astuciosa de alguns Estados membros da Federação, o populismo, o anticomunismo legitimador de barbáries diversas, uma ditadura civil e outra militar” (Barroso, 2013, p. 240) – as autoras deste artigo adicionam ao rol desses horrores o patriarcalismo – cenário que começa a se alterar somente em 1985, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 26, que traduziu os anseios sociais de participação política da época e convocou a Assembleia Nacional Constituinte (Mendes; Branco, 2014, p. 102), marcando o termo final da ditadura militar.

Foi somente com a Constituição Cidadã de 1988, promulgada em Assembleia Nacional, portanto, que as mulheres passaram a efetivamente gozar de um status jurídico mais igualitário que o dos homens. Esse alargamento da proteção constitucional conferido às mulheres pode ser atribuído à ampla participação popular, que buscou elaborar verdadeiro instrumento de realização de cidadania (Silva, 2015, p. 90) e que permitiu a participação ativa e direta de mulheres no processo constituinte, e também ao princípio da dignidade da pessoa humana, que pela primeira vez aparece no constitucionalismo brasileiro (Mendes; Branco, 2014, p. 102) exigindo respeito e proteção a todas as pessoas, “constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar” (Moraes, 2013, p. 18). Para Deborah Duprat, a atual constituição brasileira, sob essa orientação

“endossa as múltiplas reivindicações identitárias das mulheres... tem-se um conjunto que assegura

normativamente à mulher autonomia para eleger, a todo tempo, os seus variados projetos de vida, e defendê-los nas mais diferentes relações que estabelece ao longo de sua existência” (Duprat, 2019, p. 206).

Nesse sentido, são 23 menções expressas às mulheres, das quais doze estão em dispositivos vigentes e 11 estão em dispositivos revogados. Repetindo das constituições anteriores a proteção trabalhista, previdenciária e a escusa ao serviço militar obrigatório, inova, contudo, quanto à novel garantia formal e expressa da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I), à reserva de 5% do fundo partidário para promoção e difusão da participação política de mulheres (art. 17, §7º), à garantia do título e concessão de uso imóvel urbano à mulher (art. 183, §1º), ao asseguramento do título de domínio e concessão de uso de imóvel rural proveniente de reforma agrária à mulher (art. 183, parágrafo único), à proteção às mulheres dentro das entidades familiares, reconhecendo a união estável (art. §3º) e instituindo o poder familiar em detrimento do tradicional poder patriarcal (§5º do art. 226).

Em outros dispositivos, embora não haja menção expressa a “mulher”/ “mulheres”, é possível encontrar disposições constitucionais que fundamentam a proteção às pessoas do gênero feminino, a saber: princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); proibição do preconceito baseado no sexo (art. 3º, IV); direito da presidiária e da criança recém nascida à amamentação nas prisões (art. 5º, L); direito ao salário-família (art. 7º, XII); licença gestante de 120 dias (art. 7º, XVIII); licença paternidade (art. 7º, XIX); incentivos específicos para proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX); assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 anos de idade em creches e pré-escolas (art. 7º, XXV); proibição de diferença de salário, funções e critérios de admissão por motivo de sexo (art. 7º, XXX); proteção à maternidade e especialmente à gestante (art. 201, II); direito à pensão por morte ao homem, à mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes (art. 201, V); proteção às mais diversas entidades familiares (§4º do art. 226); direito ao livre planejamento familiar (§7º do art. 226); direito à assistência à família (§8º do art. 226); proteção à criança e ao adolescente (art. 227).

Como se verifica, a Constituição de 1988 é um novo marco legal para as mulheres, que possibilita para

⁵ Se por um lado regimes autoritários desprezam a condição feminina, por outro é possível afirmar que quanto mais forte a democracia num país, melhores as condições das mulheres. Para a professora Heloisa Câmara, igualdade de gênero e democracia estão intimamente conectadas: “Democracia e Igualdade de

gênero são interdependentes, de forma que quanto maior a igualdade de gênero, mais impulso democrático e quanto mais consolidada uma democracia, maior a igualdade de gênero” (CÂMARA, 2021).

elas um novo status de proteção jurídica, inaugurando uma nova ordem constitucional que busca alinhamento ao aparato protetivo de direitos do plano internacional, pois muitos direitos humanos são reconhecidos pela primeira vez, além de especificar a tutela de acordo com a classe/grupo das cidadãs e cidadãos como as mulheres (Foltran; Bolzani; Francisco, 2019, p. 218).

No tópico seguinte, lembraremos a participação das brasileiras na constituinte que culminou na Constituição da República de 1988 e os avanços na questão da igualdade entre gêneros que tal documento possibilitou.

2 A RELEVANTE ATUAÇÃO FEMINISTA NA LUTA POR DIREITOS

Essas conquistas mencionadas no tópico anterior foram possíveis porque implementadas por articulações democráticas representativas e participativas⁶, materializadas pela presença das mulheres deputadas⁷ e senadoras e pelos movimentos sociais feministas que pressionaram os poderes constituídos (Silvia; Wright, 2015, p. 174), atuando por meio do lobby do batom e logrando com isso uma inédita proteção jurídica nunca antes conferida às meninas, às mulheres e às idosas no país, que passaram a ser contempladas expressamente no documento que é o coração de todo sistema jurídico brasileiro. Insta salientar ademais que apensar dos mais diversos e plurais posicionamentos políticos que compunham o lobby, todas as mulheres se uniram em prol da igualdade entre gêneros (Salmoria et al., 2023, p. 17).

Esse processo decorreu no período da redemocratização do país, momento em que o movimento feminista começou mais expressivamente a atuar institucionalmente, participando de vários debates e de órgãos de conselho, dos quais se destaca a atuação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher⁸, fruto da articulação das mulheres e que na época se tornou organismo estatal responsável pela criação e proposição de políticas voltadas ao gênero feminino (Costa, 2019, p. 7). Da sua intensa atuação, lançou-se a

campanha Mulher e Constituinte, cujo lema foi "CONSTITUINTE PRA VALER TEM QUE TER PALAVRA DE MULHER", cujo trecho do preâmbulo se destaca a seguir:

"CONSTITUINTE PRA VALER TEM QUE TER PALAVRA DE MULHER. Para nós, mulheres, o exercício pleno da cidadania significa, sim, o direito à representação, à voz, e à vez na vida pública, mas implica ao mesmo tempo, a dignidade na vida cotidiana, que a lei pode inspirar e deve assegurar; o direito à educação, à saúde, à vivência familiar sem traumas. O voto das mulheres traz consigo essa dupla exigência: um sistema político igualitário e uma vida civil não-autoritária. Nós, mulheres, estamos conscientes que esse país só será verdadeiramente democrático e seus cidadãos e cidadãs verdadeiramente livres quando, sem prejuízo de sexo, raça, cor classe, orientação sexual, credo político ou religioso, condição física ou idade, palanques, oficinas, fábricas, escritórios, assembléias e palácios." (MULHERES BRASILEIRAS, 1987).

Ouvidas duas mil mulheres, divididas em doze grupos de trabalho⁹ editou-se a Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes¹⁰ que foi entregue ao presidente da Assembleia Nacional Constituinte Ulysses Guimarães, em 26 de março de 1987 (Silva, 2012, p.158), logrando o atendimento de cerca de 80% das reivindicações ali listadas (Silvia; Wright, 2015, p. 180). Dentre as reivindicações não atendidas, não é de se espantar que as que envolvem direitos sexuais e reprodutivos das

⁶ No cenário internacional, Sibelle de Jesus Ferreira em artigo discorre sobre a participação de mulheres negras brasileiras em conferências da ONU. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/articula/view/44811/36832>.

⁷ Um recorde da participação feminina sem dúvida, mas que representou menos que 2% na Câmara Federal (Silva; Gomide, 2021).

⁸ Órgão colegiado consultivo instituído pela Lei Federal nº 7.353, de 29 de agosto de 1985, com a finalidade de em âmbito nacional promover políticas que visem a discriminação da mulher, assegurando-lhe condições de liberdade e de igualdade de direitos, bem como sua plena participação nas atividades políticas, econômicas e culturais do País.

⁹ Os grupos de trabalho foram: violência, família e direito civil, educação, questões nacionais e internacionais, discriminação racial, cultura, terceira idade, saúde, trabalho no campo, participação política, direito a creche, trabalho nos centros urbanos (Silva, 2012, p.153).

¹⁰ No site da câmara legislativa é possível ter acesso ao conteúdo integral desta carta através do link https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituin-te-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf.

mulheres foram rejeitadas¹¹, tais como a da não interferência no exercício das relações sexuais, direito da mulher de conhecer e decidir sobre o seu próprio corpo, garantia da livre opção pela maternidade, que compreende tanto assistência para manter a gestação quanto para interromper a gravidez, direito à educação voltada a enfatizar a igualdade dos sexos. Outros direitos como a aposentadorias das donas de casa e direitos trabalhistas plenos às domésticas¹² também não foram acatados à época¹³.

Em relação às reivindicações específicas feitas pelas mulheres na constituinte, destaca-se que muitas não foram voltadas exclusivamente às mulheres, pois beneficiavam também os homens, como o direito do marido ou companheiro de usufruir dos direitos previdenciários decorrentes da contribuição de suas esposas e companheiras, licença paternidade, direitos previdenciários e trabalhistas, salário-família, direito de sindicalização, criação do Sistema Único de Saúde, garantia de tratamento igualitário pela Previdência Social, direito à educação. Ou ainda reivindicações que beneficiam crianças e adolescentes, como licença maternidade e paternidade, educação, saúde, dever de cuidado de ambos pai e mãe, licença para adoção, direito

¹¹ De acordo à Salete Maria da Silva, a "dificuldade que o movimento de mulheres, mais especificamente sua vertente feminista, enfrentou com relação à temática do aborto, pois não obstante se trate de uma questão suficientemente discutida e refletida no campo do feminismo, este não tem encontrado apoio de ordem significativa, no âmbito do parlamento brasileiro, pois mesmo entre muitos deputados/as e senadores/as situados mais à esquerda o assunto, de uma maneira geral, ainda é tabu, vez que, não raro, esbarra nas inconveniências da preocupação com a opinião pública" (Silva, 2011, p. 276). Falta, portanto, apoio político às demandas femininas relativas aos direitos sexuais e reprodutivos. Sobre o assunto ainda: "Há que se enfatizar a importância que os direitos da mulher assumem no plano dos direitos reprodutivos e sexuais, sendo certo que o pleno reconhecimento e exercício de tais direitos requer a igualdade de fato e de direito entre homens e mulheres" (Piovesan, 2010, p.308). Esses direitos são fundamentais, argumenta Piovesan, pois de seu exercício (ou a falta dele) várias consequências são suportadas de forma desigual pelas mulheres, seja a própria gestação, a obrigação de criação dos filhos,

de amamentação. Isso é prova inconteste de que o feminismo e as mulheres lutam não somente para si, como para toda a sociedade que só se beneficia com sua atuação.

Tais avanços demonstram que a luta feminista pela igualdade entre gêneros é valorosa, especialmente porque conquista direitos que jamais seriam reconhecidos às mulheres não fosse o esforço e a resistência delas. No próximo tópico, após essa breve reminiscência, cujo objetivo foi resgatar a memória da participação do movimento feminista no Brasil, bem como suas conquistas e derrotas que devem balizar a luta por direitos no presente, proporemos uma nova ferramenta para fortalecer usos constitucionais em prol da igualdade entre gêneros.

3 UM OLHAR FEMINISTA SOBRE A CONSTITUIÇÃO: O CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA

O contexto jurídico latino-americano é baseado na tradição da lei e da doutrina jurídica (PIOVESAN, 2010, p. 295), o que pode ser grande entrave na melhora da condição jurídica das latino-americanas. No Brasil, uma grande dificuldade que as juristas feministas encontrarão, nesse sentido, é o fato de que, apesar das inovações trazidas pelo advento da constituição cidadã e dos inúmeros avanços a nível internacional que consagram a igualdade entre os gêneros, boa parte dos diplomas infraconstitucionais vigentes atualmente no ordenamento jurídico brasileiro foram forjados sob o prisma de uma perspectiva androcêntrica e, por conseguinte, discriminatória com relação às mulheres¹⁴, conforme leciona Flávia Piovesan:

Essa perspectiva discriminatória, constante, por exemplo, no Código Penal de

seja porque o ônus dos cuidados anticoncepcionais é suportado exclusivamente na maioria das vezes somente pelas mulheres. Tais direitos são, portanto, essenciais na busca pela igualdade entre gêneros.

¹² Somente 25 anos após a promulgação da Constituição, com a aprovação da EC 72/2013, as domésticas puderam gozar de direitos trabalhistas, tais quais jornada diária de 8 horas, direito ao pagamento de horas extra, direito a férias remuneradas.

¹³ Isso demonstra a força do conservadorismo no Brasil, que representou (e representa até hoje) grande obstáculo ao exercício de direitos pelas mulheres e à efetivação da igualdade entre gêneros.

¹⁴ Propõe-se, para o avanço ainda mais amplo da proteção jurídica às mulheres, a revogação de todas as normas incompatíveis com a ordem constitucional vigente (ou seja, que sejam machistas ou misóginas e que coloquem as mulheres em situação de desvantagem, ainda que indiretamente), com a adoção da perspectiva internacional de proteção dos direitos humanos das mulheres, pois assim se consagra "uma ótica democrática e igualitária em relação aos gêneros (Piovesan, 2010, p.298).

1940 e no então Código Civil de 1916, estabelece nítida relação hierárquica entre homens e mulheres, retirando destas direitos fundamentais, atribuindo-lhes um papel social predefinido e adjetivando o seu comportamento social, com base em uma dupla moral, que passa a condicionar a aquisição ou perda de seus direitos (Piovesan, 2010, p.297).

A mencionada perspectiva discriminatória que se reproduz nas normas infraconstitucionais, no ensino e na dogmática jurídica apoia-se na suposta neutralidade e objetividade do direito, que na realidade reproduz a visão socialmente hegemônica do mundo, apresentando uma função política essencial de legitimação e imposição do poder do patriarcado:

Aunque históricamente la religión y la filosofía han servido como instrumentos fundamentales (aunque no únicos) de justificación y legitimación del poder, la forma más efectiva que éste há tenido y tiene de imponerse es el Derecho... las normas jurídicas presentan, frente a las demás, una diferencia fundamental: otorgan a ciertos individuos o grupos la capacidad de afectar a los intereses de otros individuos y grupos. Por tanto, son configuradoras de relaciones de poder y de estructuras de poder ... y el patriarcado es un poder que há estado y está presente em todas las estructuras sociales. Por tanto, también, y de una forma muy especial, ha estado y está presente em el Derecho (Esquembre, 2014, p. 233-234).

Para professora de direito constitucional Jasone Astola Madariaga, da Universidade do País Basco, assim sendo, entende que o conceito moderno de sujeito de direito fora erigido sob a ideia fundante de que as

¹⁵ Conforme leciona Campos, "A desigualdade entre os sexos favorece a criação, aumento e manutenção de fatores de risco que comprometem, por exemplo, a saúde da mulher. A desigualdade é responsável pela marginalização, exclusão das vantagens da vida econômica e social, resultando na restrição do direito à autodeterminação, à educação e ao trabalho, por

mulheres não teriam capacidade racional como os homens e a dogmática jurídica e filosofia tradicional não contestaram nem revisaram essa suposta incapacidade, perpetuando-se com isso uma categorização inferior das mulheres no direito:

no decimos que esa idea [de sujeto de derecho] nace exactamente sobre la negación «racional» de la capacidad de las mujeres para serlo, ninguna de las afirmaciones que se hicieron en la dogmática jurídica, o en la filosofía arguyendo esta incapacidad han sido contestadas ni revisadas hasta el momento -seguimos enseñando a Rousseau, a Kant, a Hegel, a tantos otros, sin detenernos a cuestionar un pensamiento basado en esa negación-. Nuestros manuales de Derecho Constitucional nada dicen de esta construcción, no la desvelamos en nuestras aulas, y al ocultarla perpetuamos, aceptando en la inacción, aquella primera categorización (Astola, 2014, p. 109)

Nesse sentido, a aplicação e a criação do direito são evadas de diversos estereótipos e discriminações misóginas (Pereira, 2021, p.44), sendo os próprios aplicadores de direito atravessados por aspectos estruturais e simbólico-culturais (Severi, 2016, p.82) que os impedem de reconhecer a assimétrica relação entre gêneros¹⁵ no direito. Ao reconhecer a pretensa neutralidade do direito, tais juristas aplicam a norma jurídica de modo a favorecer o gênero modelo (neste caso o masculino) em detrimento do gênero considerado somente em relação àquele (o gênero feminino), reproduzindo um arquétipo viril do protagonismo da história que despreza a contribuição das mulheres (Silva; Wright, 2015, p. 186).

Esse desprezo pela contribuição das mulheres é outro ponto bastante criticado pelas constitucionalistas feministas e que contribui negativamente à implementação de uma perspectiva de gênero. No ensino jurídico tradicional e especialmente nas aulas de direito constitucional não há menções

exemplo" (Campos, 2015, p. 225). A desigualdade entre gêneros consequentemente é o que fundamenta a desvantagem jurídica em que as mulheres se encontram em relação aos homens no sistema jurídico brasileiro.

sobre mulheres que participaram dos processos constituintes e das conquistas de direitos, que geralmente são desvinculados dos movimentos sociais que lhe deram causa. Mar Esquembre, professora de direito constitucional da Universidade de Alicante, cita como exemplos dessa exclusão de memória a abolição da escravatura e o sufrágio universal (Esquembre, 2014, p. 232), que apesar da participação ativa de mulheres, pouco se lembra disso. Para Esquembre isso tem efeitos nocivos, inclusive políticos, porque retira legitimidade e eficácia do movimento feminista, subtraindo das mulheres a memória histórica como grupo oprimido e roubando-lhes seu protagonismo nas suas lutas políticas.

A ideia de que o direito é neutro e objetivo, portanto, na realidade esconde o fato de que pode ser verdadeiro instrumento de dominação e estruturação do poder patriarcal¹⁶, que reserva às mulheres um lócus jurídico inferior ao dos homens. Isso, repetimos, é um fator relevante que deve ser considerado pelas juristas que se propuserem a adotar uma perspectiva de gênero no direito. Nesse sentido, autoras feministas vêm propondo o que se denominou epistemologia feminista, cuja principal finalidade é participar:

... ativamente do processo de reelaboração dos métodos das ciências humanas, pois parece indiscutível a necessidade de determinar novos métodos mais condizentes com a política das mulheres. Criticar totalidades e estereótipos universais é, portanto, a principal opção teórica das estudiosas feministas. Necessariamente condicionada por conjunturas sociais, históricas e culturais, a consciência feminista adere ao historicismo das proporções relativas que assume (Dias, 2022, p.358).

Conforme as autoras Daniela Urtado e Danielle Anne Pamplona muito bem sublinham, ao propor uma epistemologia feminista, é necessário lembrar que o próprio constitucionalismo nasceu como movimento de insurgência e oposição a privilégios decorrentes de determinado status social característicos da ordem feudal (Urtado; Pamplona, 2021), portanto, não só a

¹⁶ Nesse sentido, Laura Mostaro Pimentel afirma "O campo jurídico se narra como imparcial às disputas de poder e às teias relacionais da sociedade, e assim se justifica como apto a decidir as questões que lhe são apresentadas. Contudo, a interpretação autorizada dos

epistemologia feminista tem espaço, como poderá provocar profundas mudanças sociais, tais quais ocorrerão durante a Revolução Francesa nos primórdios do constitucionalismo, por exemplo.

Com isso quer se dizer que o conhecimento ocidental moderno separou a razão da emoção, a objetividade da subjetividade, a mente do corpo, o abstrato do concreto, o público do privado, porém a teoria feminista ataca de forma contundente este dualismo artificial (Arruda, 2022, p.340), negando o pensamento produzido pelo sujeito cartesiano. Sendo assim, a questão das mulheres, inclusive no Direito, deverá ser estudada evitando a adoção de premissas universais:

A crítica feminista torna-se, portanto, contextual, histórica e conjuntural, atrelada ao tempo, o que implica, de início, uma atitude crítica iconoclasta que não aceita totalidades universais ou balizas fixas. Trata-se de historicizar os próprios conceitos com os quais se trabalha, tais como reprodução, família, público/privado, cidadania e sociabilidades, a fim de transcender definições estáticas e valores culturais herdados como inerentes à natureza feminina (Dias, 2022, p. 359).

Na prática, isso implica compreender que o sujeito de direito constituído pelo ordenamento jurídico vigente, em vez de representar uma realidade objetiva e universal – ou seja, que abarca a todas as pessoas, em todas as suas necessidades e especificidades – na realidade, encoberto sobre o manto da neutralidade epistemológica e axiológica, esconde que representa e prioriza o homem branco, cristão, heterossexual e proprietário dos países desenvolvidos que exercem a hegemonia no Ocidente. Ou seja, prioriza e privilegia o modelo elegido em detrimento às mulheres, aos não proprietários etc. Se as mulheres buscam mudar sua realidade, devem desta forma abandonar a perspectiva moderna atualmente dominante no Direito.

Logo, é pressuposto para o constitucionalismo feminista que o direito na realidade reproduz normas que reafirmam o modelo social vigente, que hierarquiza os gêneros e opera em prol da subordinação e da exploração do gênero feminino (Bartolomeu; Romfeld,

textos homologa valores, ou seja, por ser ela dotada do poder de nomeação, com o poder de dizer direito, exprime uma visão de mundo vigente na sociedade, legitimando-a não como uma manifestação de cultura, mas de justiça" (Pimentel, 2019, p. 346).

2021, p. 150). Antecipando isso, conforme anteriormente mencionado neste artigo, as mulheres durante o processo constituinte no Brasil exigiram expressamente que no texto constitucional a igualdade entre gêneros fosse garantida, o que não é algo fútil, senão que

Ao prescrever a isonomia, o comando constitucional pressupõe a desigualdade dos sexos no mundo fenomênico. O legislador racional, afinal de contas, é operativo: não há normas nem palavras inúteis. É por isso que a Lei Maior não traz enunciados do gênero "o céu é azul" ou a "a grama é verde" (Turri, 2021, p. 22).

Não sendo suficiente esse reconhecimento formal, Cristina Telles entende importante ressaltar que do ponto de vista político-filosófico, a igualdade formal esculpida na constituição deve ressignificar a dimensão formal da igualdade entre gêneros, de modo que deve ser compreendida como garantia de tratamento igualitário a partir da constituição, permitindo-se com isso não só o exercício dos mesmos direitos que os homens, mas também problematizando o conteúdo das leis, a fim de se combater a perpetuação da discriminação contra as mulheres (Telles, 2019, p. 177-178). Sobre uma adoção de uma perspectiva de gêneros, consideramos também a sugestão da professora Flávia Piovesan que, nesse processo de ressignificação do direito, como pressuposto devem ser consideradas a discriminação e as experiências de exclusão e de violência que as mulheres sofrem historicamente; como objetivo central que se busque a transformação dessa realidade e como meio a adoção de valores internacionais de proteção dos direitos e dos interesses das mulheres, bem como dos parâmetros estabelecidos pelas constituições promulgadas democraticamente (Piovesan, 2010, p.300).

Em outras palavras, a fim de garantir uma melhora na condição jurídica das mulheres, sob uma perspectiva constitucional feminista, é necessário partir do pressuposto de que o direito não é neutro e que o conceito de sujeito de direitos¹⁷, até então, não engloba as mulheres e suas necessidades e interesses satisfatoriamente, pelo contrário, pode excluí-las deliberadamente ou não. Pensar na igualdade entre gêneros, portanto, não pode se resumir à pretensão de garantir o exercício dos mesmos direitos que os homens, posto que tais direitos podem não contemplar os interesses das mulheres. É preciso, pois, reforçar a visão de que a constituição é norma material voltada à proteção das mulheres.

Sob esse viés, o constitucionalismo feminista, em fase de desenvolvimento atualmente no Brasil, é instrumento crítico, acadêmico, político e cultural que busca justamente mostrar que a constituição também

foi feita por e para mulheres (Silva, 2021, p.167). Sobre esse movimento, assinala Sandra Flügel Assad:

"Trata-se de um movimento que discute a representatividade das mulheres nos espaços de poder em que as Constituições se constroem, além disso, propõe uma leitura inovadora e contemporânea dos conceitos que tradicionalmente fundamentaram o direito constitucional, além de uma hermenêutica que seja guiada pela igualdade" (Assad, 2024, p.11)

Essa nova forma hermenêutica busca efetivar a proteção constitucional conferida ao gênero feminino, ao questionar a atividade do intérprete do direito, ao afirmar a existência de permeabilidade entre as relações sociais e o direito (Dias; Yoshida, 2022, p.12) e ao propor equilibrar as disposições constitucionais protetivas às normas e às decisões judiciais que envolvam a defesa dos direitos e dos interesses das mulheres:

"What is feminist constitutionalism? Basically, it is the project of rethinking constitutional law in a manner that addresses and reflects feminist thought and experience (...) because we aspire to explore the relationship between constitutional law and feminism by examining, challenging and redefining the very idea of constitutionalism from a feminist perspective. (...) We acknowledge the importance of constitutional law for feminist analysis. Constitutional law is foundation to most of the world's legal systems. It shapes fundamental assumptions regarding citizenship, rights, and responsibilities. Feminists who critique law must understand that legal systems cannot really be transformed without addressing their

¹⁷ Para autoras como Fabiana Cristina Severi, são as estruturas modernas do direito perpetuam racismo, colonialismo e machismo, devendo, portanto, ser combatidas, pois advogam por uma suposta

neutralidade que na realidade favorece um ethos masculino em detrimento do feminino (Severi, 2016, p.104).

constitutional foundations"¹⁸
(Baines; Barak-Erez; Kahana,
2012, p.1).

O uso de uma perspectiva constitucional feminista, portanto, tem como proposta incluir a perspectiva de gênero no direito constitucional (Barboza; Demétrio, 2019, p.2), compreendo aportes instrumentais da doutrina, do texto constitucional e da jurisprudência especializada, com fito de concretizar a igualdade de gêneros, interpelando operadores do direito e agentes públicos a atuar com uma visão mais plural e aberta (Silva, 2021, p.182) e promovendo mudanças estruturais e não meramente conjunturais (Álvarez, 2019, p.29). É importante também defender que a interpretação constitucional deve necessariamente considerar o impacto sobre as pessoas do gênero feminino, para que seja capaz de proporcionar:

"... melhores resultados sociais, promovendo a exclusão do tratamento desigual na maternidade, no mercado de trabalho, na gravidez, entre outros aspectos da vida da mulher, os quais têm se apresentado como verdadeiros obstáculos a sua plena realização" (Araújo et al., 2023)

Sendo a constituição o cerne do ordenamento jurídico, desenhando as possibilidades de exercício da cidadania e dos direitos e deveres¹⁹, um olhar com perspectiva de gênero é fundamental para melhora da condição jurídica feminina.

CONCLUSÃO: A LUTA FEMINISTA DEVE CONTINUAR

Silenciadas, as mulheres foram excluídas da vida pública e confinadas no espaço privado de seus lares. A sociedade brasileira, a vista disso, se sustenta sob fundações colonialistas, patriarcais e racistas, o que reflete diretamente no direito e na forma como é

interpretado e aplicado diuturnamente, pois é reflexo dessas dinâmicas sociais e de poder. A experiência constitucional brasileira é prova histórica da tradicional exclusão das mulheres no mundo jurídico, o que se reflete inegavelmente na formulação, na educação e na aplicação do direito até os dias de hoje, ainda que com a Constituição da República de 1988 esse cenário tenha começado a se alterar. Percebeu-se também que quanto mais ditatorial o regime de governo, piores são as condições para as mulheres, no que se refere à proteção de seus direitos fundamentais e no seu reconhecimento como sujeitas de direitos e destinatárias das prescrições constitucionais.

Apesar dessa exclusão histórica, muitas mulheres participaram ativamente no processo constituinte que culminou na promulgação da Constituição Cidadã, conforme ilustrado no tópico pertinente à participação das brasileiras na constituinte por meio do Lobby do Batom, que culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988, inaugurando uma inédita melhora na condição jurídica e no reconhecimento das mulheres como cidadãs e sujeitas de direito. Esse resgate de memória, que relembra a importante e efetiva participação das mulheres nos processos sociais, é essencial para imprimir legitimidade e eficácia aos movimentos sociais feministas.

O constitucionalismo feminista assim sendo se apresenta para resgatar a participação feminina e para reforçar a proteção conferida a nível constitucional e internacional a meninas, mulheres e idosas, na medida que se propõe a questionar a ordem jurídica posta, denunciando que sua neutralidade e objetividade na realidade são instrumentos de dominação de poder patriarcal, na medida que reserva as mulheres um lócus inferior ao dos homens, condicionando o exercício de seus direitos de forma injusta.

Concluindo, apenas a título exemplificativo, menciona-se alguns avanços na questão de gênero na América Latina, como a constituinte chilena, que reservou metade das suas vagas do Conselho Constituinte para mulheres e a recente decisão de 2022

realmente ser transformados sem abordar seus fundamentos constitucionais (tradução da autora).

¹⁹ Nilda Garay Montañez discorre que: "El Derecho puede servir como instrumento de perpetuación de prejuicios que favorecen la desigualdad o puede ser un instrumento de cambio social orientado a alcanzar la igualdad real. Ello significa que habría que poner atención en la investigación y enseñanza del Derecho y si necesitan de innovaciones, de modo que refleje las necesidades de una gran parte de la ciudadanía que es excluida. En el caso del derecho constitucional, esa necesidad es importante dado que es el espacio donde las personas van a constatar si los derechos fundamentales son eficaces tanto para las mujeres como para los hombres" (Garay, 2015, p. 3).

da Corte Constitucional da Colômbia que descriminalizou a interrupção voluntária da gravidez praticada até a 24ª semana de gestação. Em terras tupiniquins, um exemplo recente e inovador na busca pela proteção do gênero feminino é a decisão unânime do Supremo Tribunal Federal exarada no âmbito da ADPF 77920 que entendeu inconstitucional a tese da legítima defesa da honra em crimes de feminicídio ou de agressão contra mulheres, pois contrário aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre gêneros e da proteção à vida.

Tais avanços, contudo, ao mesmo tempo que se apresentam como motivo para celebração não devem ocultar o fato de que ainda há muito a ser feito em prol da defesa dos direitos e interesses das mulheres e da igualdade entre gêneros, especialmente no tocante aos direitos sexuais e reprodutivos ou dos direitos trabalhistas das mulheres mais vulneráveis. Insta destacar inclusive a necessidade de permanente vigilância, pois as forças conservadoras no país sempre agiram e agirão de forma a atacar os avanços sociais. Um exemplo disso é gestão anterior do país, que atacou sistematicamente vários instrumentos de defesa dos direitos das mulheres, ao promover uma política de austeridade fiscal, que na prática resultou no enfraquecimento das políticas públicas e da estrutura de estado necessária para mantê-las, vulnerando ainda mais as mulheres e especialmente as negras, as indígenas e as trabalhadoras.

As pautas de gênero são, portanto, ao mesmo tempo políticas e constitucionais no momento em que se referem à discriminação, isto é, à desigualdade suportada injustamente pelas mulheres e somente com a luta e a reivindicação permanente e vigilante delas é que avanços serão alcançados e retrocessos evitados. O atual modelo que estrutura hierarquicamente os gêneros, colocando as mulheres numa condição de submissão aos homens e aos interesses da classe dominante é incompatível com a ordem constitucional vigente e com os valores democráticos nela espelhados.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Ignacio Rodrigues. *Feminismos, Feminismos Jurídicos, Constitucionalismo feminista*. In: *Feminismos, Feminismos Jurídicos, Constitucionalismo feminista*. Madrid, 2019. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.14352/17508>. Acesso em: 31 de julho de 2023.

ARAÚJO, Viviane Teles de Magalhães; LOVO, Letícia Machel; STEFANINI, Marília Rulli; NOMIZO, Sílvia Leiko. A mulher como sujeito de suas escolhas nos espaços

públicos e privados: uma análise retórica e jurídica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, [s. l.], v. 140, p. 101-123, 2023. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/182393>. Acesso em: 7 maio 2024.

ASSAD, Sandra Flügel. A produção acadêmica como propulsora da teoria crítica feminista do direito. In: ALESSI, Daiana; SALMORIA, Camila; BAZZO, Mariana (coord.). *Ressignificando o sistema: Feminismo, lacunas e resistência*. Curitiba: GB, 2024. Em fase de pré-publicação.

ASTOLA, Jasone Madariaga. EL SUJETO DE DERECHO Y LAS SUJETAS A D: La lengua del Derecho y sus consecuencias. In: *Igualdad y Democracia: el género como categoría de análisis jurídico*. Valência: Corts Valencianes, 2014. p. 105-116. ISBN 978-84-89684-46-1. Disponível em: https://feministasconstitucional.org/wp-content/uploads/2016/07/00_Igualdad_y_democracia_l_libre_homenatge_JS-1.pdf. Acesso em 31 de julho de 2023.

CARDONE, Marly A. A Mulher nas Constituições Brasileiras. In: PIOVESAN, Flavia; GARCIA, Maria (org.). *Doutrinas Essenciais Direitos Humanos. Vol. IV. Grupos Vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 449-480.

CASTRO, Lorenna Roberta Barbosa; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Minoria feminina e constituições republicanas brasileiras: análise de 1891 a 1988 pela inclusão das mulheres*. *Argumenta Law Journal*, Jacarezinho, ed. 33, p. 361-382, 2020. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/347>. Acesso em: 7 maio 2024.

DUPRAT, Deborah. Igualdade de gênero, cidadania e direitos humanos. In: CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; OMOTO, João Akira; SILVA, Marisa Viegas e; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (org.). *Perspectivas de gênero e o sistema de justiça brasileiro*. Brasília: ESMPU, 2019. p. 199-214.

ESQUEMBRE, Mar. DERECHO CONSTITUCIONAL Y GÉNERO: Una propuesta epistémica metodológica. In: *Igualdad y Democracia: el género como categoría de análisis jurídico*. Valência: Corts Valencianes, 2014. p.229-239. ISBN 978-84-89684-46-1. Disponível em:

²⁰ O acesso integral aos autos pode ser realizado através deste link:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6081690>.

https://feministasconstitucional.org/wp-content/uploads/2016/07/00_Igualdad_y_democracia_libre_homenatge_JS-1.pdf. Acesso em: 31 jul. 2023.

BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. *Feminist constitutionalism: global perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 511 p. ISBN 9788502199958.

BARTOLOMEU, Priscilla Conti; ROMFELD, Victor Sugamoto. *Constitucionalismo Feminista: a busca por um Estado comprometido com a Igualdade de Gênero*. *Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas – RBPJ*, Avaré, v.2, n.3, p. 133-158, set./dez.2021. DOI: <https://doi.org/10.51284/bpj.02.pcb>

CÂMARA, Heloisa Fernandes. *Queda democrática/ declínio democrático e gênero*. In: NOWAK, Bruna (org.). *Constitucionalismo feminista: Expressão das Políticas Públicas Voltadas à Igualdade de Gênero*. [S. l.: s. n.], 2021. ISBN 9798534759051. E-book.

COSTA, Ana Alice Alcantara. *O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política*. *Gênero*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1-20, 10 jul. 2023. DOI <https://doi.org/10.22409/rg.v5i2.380>. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/31137/18227>. Acesso em: 10 jul. 2023.

DIAS, Luciana Gonçalves; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *A construção da cidadania da mulher no futuro do presente: Uma necessária mudança de paradigma*. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Rio Grande do Sul, ano 2022, v. 10, n. 19, p. 1-15, 28 set. 2022. DOI <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2022.19.12339>. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/12339>. Acesso em: 27 maio 2023.

DIAS, Maria Odila Leite da Silva. *Novas subjetividades na pesquisa histórica feminista: uma hermenêutica das diferenças*. In: Hollanda, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, p. 357-369.

GARAY, Nilda Montañez. *Investigación y docencia en derecho constitucional: Apuntes y materiales para la comprensión de un constitucionalismo inclusivo*. *REVISTA DE EDUCACIÓN Y DERECHO: EDUCATION AND LAW REVIEW*, Alicante, 2015. DOI <https://doi.org/10.1344/re&d.v0i11.11989>. Disponível em:

<https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/11989>. Acesso em: 30 jul. 2023.

FOLTRAN, Francisco; BOLZANI, Giulia Fontana; FRANCISCO, Guilherme Ozório Santander. *Os direitos humanos na Constituição da República de 1988: primeiras incursões*. In: FACHIN, Melina Girardi (org.). *Guia de proteção dos Direitos Humanos: Sistemas internacionais e sistema constitucional*. Curitiba: Intersaberes, 2019. cap. *Sistema Constitucional Brasileiro de proteção de direitos humanos*, p. 218-244.

GOMES, Camilha de Magalhães. *História: Debates e Tendências – v. 18, n. 3, set./dez. 2018, p. 343-365*. *Constituição e feminismo entre gênero, raça e direito: das possibilidades de uma hermenêutica constitucional antiessencialista e decolonial*. *História: Debates e Tendências*, [s. l.], ano 2018, v. 18, n. 3, p. 343-356, 2018. DOI <http://dx.doi.org/10.5335/hdtv>. Disponível em: <https://seer.upf.br/index.php/rhdt/article/view/8593/11414254>. Acesso em: 31 jul. 2023.

KARAWEJCZYK, Mônica. *O voto feminino no Congresso Constituinte de 1891: primeiros trâmites legais*. *Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH • São Paulo*, julho 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/3998>. Acesso em: 07 maio 2024.

LUTZ, B. *O trabalho feminino: a mulher e a ordem econômica e social*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. p. 88-89.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1446 p. ISBN 9788502218741.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 940 p. ISBN 9788522476527.

MULHERES BRASILEIRAS. *Carta das Mulheres aos Constituintes de 1987*. In: *SURGÊNCIA: revista de direitos e movimentos sociais*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 312-322, 2021. DOI: 10.26512/insurgencia.v8i2.39119. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/39119>. Acesso em: 1 agosto 2023.

PEREIRA, Ana Clara Toscano Aranha. *Gênero e direito*. In: GOTTI, Alessandra; SOARES, Inês Virgínia P.; CUREAU, Sandra (coord.). *Mulheres e Justiça: os direitos fundamentais escritos por elas*. 1. ed. Salvador: Jus podium, 2021. cap. *A construção do conceito de gênero e os direitos fundamentais das mulheres*, p. 35-58. ISBN 9786556802787.

PIMENTEL, Laura Mostaro. O gênero e sua construção no Judiciário brasileiro: uma breve revisão de dados quantitativos e qualitativos sobre o Poder Judiciário. In: CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; OMOTO, João Akira;

SILVA, Marisa Viegas e; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (org.). Perspectivas de gênero e o sistema de justiça brasileiro. Brasília: ESMPU, 2019. p. 243-260.
PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALMORIA, Camila Henning; BIANCHINI, Ana Rafaela; MANCHINI, Eveline Cristina Ramadan; WEIHARDT, Letícia Romanel; OLIVEIRA, Milena Antunes de; MAAS, Sarah Regina dos Santos. Protagonismo invisibilizado: A bancada feminista na Assembleia Constituinte de 1988 e sua luta em prol das mulheres. Fortaleza: Gabriela Barreto Editora, 2023.

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. 13, p. 80-115, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/16716/15882>. Acesso em: 10 jul. 2023.

RAGO, Margareth. Epistemologia feminista, gênero e história. In: Hollanda, Heloisa Buarque de (org.). Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, p. 371-387.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Por uma dogmática constitucional feminista. Suprema: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 2, p.151-189, jul./dez. 2021. Disponível em <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/67>. Acesso em: 14 jul. 2023.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 924 p. ISBN 85740206326.

SILVA, Christine de Oliveira Peter da; GOMIDE, Carolina Freitas. Constitucionalistas constituintes: uma agenda para o Brasil. In: NOWAK, Bruna (org.). Constitucionalismo feminista: Expressão das Políticas Públicas Voltadas à Igualdade de Gênero. [S. l.: s. n.], 2021. ISBN 9798534759051. E-book.

SILVA, Salete Maria da. A CARTA QUE ELAS ESCREVERAM: A PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Orientador: Ana Alice Alcântara Costa. 2011. 321 p. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em:

<http://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/7298>. Acesso em: 10 jul. 2023.

SILVA, Salete Maria da; WRIGHT, Sônia Jay. As mulheres e o novo constitucionalismo: Uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. Revista Brasileira de História do Direito, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 170-190, 2015. Disponível em <https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/666>. Acesso em: 18 jul. 2023.

TELLES, Cristina. Direito à Igualdade de Gênero: Uma proposta de densificação do Art. 5º, I, da Constituição de 1988. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 169-204, 2019. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_169.pdf. Acesso em: 19 jul. 2023.

TURRI, Márcia Hoffmann do Amaral e Silva. Qual igualdade? In: GOTTI, Alessandra; SOARES, Inês Virgínia P.; CUREAU, Sandra (coord.). Mulheres e Justiça: os direitos fundamentais escritos por elas. 1. ed. Salvador: Jus podium, 2021, p. 19-34. ISBN 9786556802787.

URTADO, Daniela; PAMPLONA, Danielle Anne. A última constituinte brasileira, as mulheres e suas conquistas.

In: NOWAK, Bruna (org.). Constitucionalismo feminista. 2. ed. [S. l.: s. n.], 2021. v. 1, ISBN 9798534759822. E-book.

GESTÃO DA UNIÃO EUROPEIA NA CRISE DOS REFUGIADOS UCRANIANOS – DIRETIVA TEMPORÁRIA 2001/55/CE



Angela Khury¹

O objetivo deste artigo é refletir sobre a crise migratória causada pela agressão militar da Rússia à Ucrânia, iniciada em fevereiro de 2022 e que ainda continua sendo a causa do afluxo maciço de pessoas deslocadas e da consequente ativação da Diretiva 2001/55/CE sobre proteção temporária pela primeira vez desde sua criação. É um tema atual e de grande interesse pelas suas consequências à União Europeia (UE) e Estados-membros (EM) diante do mecanismo extraordinário de atendimento aos refugiados, proporcionando uma resposta rápida, eficaz e solidária, ainda que não permanente. A situação dos refugiados ucranianos traz desafios para sua implementação diante da magnitude do deslocamento e das estratégias para inclusão dessas pessoas nas sociedades europeias.

Palavras-Chave: refugiados ucranianos; pessoas deslocadas; solidariedade; proteção temporária; crise; asilo.

¹ Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

The objective of this article is to reflect on the migration crisis caused by Russia's military aggression against Ukraine, which began in February 2022 and which still continues, being the cause of the massive influx of displaced people and the consequent activation of Directive 2001/55/EC on temporary protection for the first time since its creation. It is a current topic and of great interest due to its consequences for the European Union and Member States in view of the extraordinary mechanism for assisting refugees, providing a quick, effective and supportive response, although not permanent. The situation of Ukrainian refugees brings challenges to its implementation given the magnitude of displacement and strategies for the inclusion of these people in European societies.

Keywords: Ukrainian refugees; displaced people; solidarity; temporary protection; crisis; asylum.

INTRODUÇÃO

O fenômeno da imigração é comum a várias épocas e locais. Há imigração porque o ser humano sempre se moveu de um local para outro, procurando as condições de vida que se oferecem mais adequadas para as suas necessidades¹. Os refugiados estão inseridos neste contexto porém, estão entre as pessoas mais vulneráveis. A guerra, a violência política, étnica e religiosa são as principais razões pelas quais as pessoas fogem de seus países². De acordo com a Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH) o crescimento do número de refugiados não é um problema temporal nem um produto de acontecimentos casuais, mas sim o resultado de decisões tomadas por indivíduos que exercem poder sobre as vidas humanas

A Rússia invadiu a Ucrânia em 24 de fevereiro de 2022 a partir de uma escalada de tensões que tinham tido início alguns meses antes. Algumas das motivações que conduziram a este cenário, como a maior aproximação da Ucrânia com organizações como Otan e União Europeia, são compreendidas mediante a análise das relações históricas entre os países, remetendo à incorporação da Ucrânia à União Soviética, ao contexto da Guerra Fria e ao domínio sobre a península da Crimeia. Centenas de mortos e feridos, sanções econômicas contra a Rússia e um fluxo maciço sem precedentes de pessoas necessitadas de proteção internacional na Europa foram algumas das consequências desse conflito. Até novembro de 2023 cerca de 4,7 milhões entraram na União Europeia, sendo o ingresso, na sua grande maioria, de mulheres, crianças, idosos e estrangeiros que residiam na Ucrânia³. Esses estrangeiros que abandonaram o território ucraniano eram nacionais de vários países. Além disso, viviam na Ucrânia cerca de cinco mil refugiados da Síria e do Afeganistão, que tiveram que fugir mais uma vez a procura de um lugar seguro para viver. Foi, então, que a União Europeia, com fronteiras externas diretas com a Ucrânia, teve que enfrentar mais essa "crise", uma onda de refugiados nunca antes vista.

Esse trabalho tem, portanto, o objetivo de analisar a situação de crise causada pela guerra Rússia/Ucrânia, que trouxe à Europa um afluxo maciço de pessoas. A União Europeia, visando regular a migração e asilo em geral, elaborou e vem elaborando diversas normas que tem exigido sucessivas reformas. A solução desemboca num sistema harmônico e uniforme para todos os Estados-Membros que, por cooperação mútua, unam forças no enfrentamento de um desafio que é de todos. O art. 3º do Tratado de União Europeia⁴ estabelece que um dos objetivos do bloco é converter-se em um "espaço de liberdade, segurança e justiça", eliminando toda a fronteira de seu interior, permitindo a livre circulação de pessoas e adotando mecanismos de controle das fronteiras externas, do asilo, da imigração e da delinquência. Assim, há que se trabalhar neste sentido, de forma que as diferenças culturais e políticas entre os seus componentes não dificultem a formação de consenso que permita avançar nesta área. Esse trabalho abordará o regime comum de proteção internacional, para em seguida comparar com o regime extraordinário de proteção temporária adotado para responder ao afluxo de pessoas fugidas da Ucrânia, aprofundando a reflexão sobre a Diretiva de proteção temporária como instrumento jurídico e as vantagens de sua utilização diante da situação apresentada.

1 GUERRA NA UCRÂNIA: PANORAMA HISTÓRICO

O penúltimo conflito bélico em território europeu que deu origem à chegada de um grande número de requerentes de asilo na União Europeia recém criada, que contava com 12 Estados-membros, foi em 1992, com a guerra no território da ex Iugoslávia. Naquela ano alcançou-se o número de 672.000 solicitantes, segundo o Conselho Europeu⁵. Até 2001, o número de solicitantes se manteve controlado. A partir de 2013 o ritmo de solicitações voltou a subir por conta dos conflitos gerados com o movimento da "Primavera Árabe" e pelo conflito na Síria, alcançando 431.100 requerentes. Esse número aumentou drasticamente até chegar a 1.260.920 solicitantes de asilo.

¹ GIL, Ana Rita. Imigração e Direitos humanos. 2. Lisboa, Portugal: Petrony Editora, 2021.

² CUEVAS-MONTES, Franklin, PERCY-ESTRADA, Cesar, PORRAS-SARMIENTO, Sintya and LEIVA-ÑAÑA, Carlos Enrique. El Derecho a la Protección Internacional: La Figura del Refugio. Polo del Conocimiento: Revista científico - profesional. Julho 2023. v. 8, no. 7, p. 1090-1104.

³ CONSILIIUM EUROPA. Refugees from Ukraine in the EU. Consilium Europa [online]. Acesso em: 22 jan. 2024. Disponível em:

<https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/ukraine-refugees-eu/>. Acesso em: 29 jan. 2024

⁴ Tratado da União Europeia (Versão Consolidada). EUR-lex [online]. 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF

⁵ CONSILIIUM EUROPA. Asylum applications in the EU. Consilium Europa [online]. Junho 2023. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/asylum-applications-eu/>

Em 2019, portanto, nos anos anteriores à guerra da Ucrânia, o número baixou para a cifra de 744.810 novos solicitantes. Em 2020 reduziu ainda mais para 472.660 solicitantes devido às numerosas restrições e fechamento de fronteiras para frear a pandemia da COVID-19, voltando a subir em 2021 para 630.890 pessoas. Levando em conta estes antecedentes, mas sem imaginar os acontecimentos seguintes, a Comissão Europeia em 23 de setembro de 2020 aprovou a proposta relativa ao Novo Pacto sobre Migração e Asilo⁶. A guerra da Ucrânia, deflagrada em 24 de fevereiro de 2022, passou a ser uma prioridade. A União Europeia adotou acordos de emergência para responder a um fluxo de pessoas nunca antes visto, sem precedentes, que a ACNUR estimou em mais de 4 milhões de pessoas, em sua maioria mulheres, crianças e idosos (os homens estão sujeitos à lei marcial e proibidos de abandonar o território ucraniano).

2 CONCEITOS PRÉVIOS

Segundo Fátima Pacheco⁷, não há um direito à imigração, ainda que o artigo 13º, nº 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DHDH) reconheça a existência de um direito à emigração, o que vale dizer que há um direito de sair (emigrar) do território de que se é nacional, mas não há o direito de entrar (imigrar) noutro território. Essa constatação traz consequências para o regime jurídico das Migrações, ao mesmo tempo em que revela que a proteção derivada da DHDH é insuficiente.

Portanto, os imigrantes são pessoas que procuram melhores condições de vida em outro país, de forma voluntária e por motivos econômicos. Há outros que são forçados a abandonar o seu país por terem sofrido perseguição ou por correrem o risco de sofrer. Estes, sim, seriam os refugiados. O direito de asilo, portanto, é a resposta para aqueles que estão sujeitos à perseguição em seu próprio país com a possibilidade de serem acolhidos em outro Estado que não o seu, usufruindo de algumas prerrogativas, notadamente, a de não ser devolvido para onde sua vida ou sua liberdade

sejam ameaçadas. O direito de procurar asilo está consubstanciado no artigo 14º, nº1, da DHDH, sem caráter vinculativo, já que não há um direito subjetivo de obter refúgio, pois cabe ao Estado requerido a faculdade soberana de conceder o asilo.

O asilo, por sua vez, no âmbito de sua aplicação, é mais amplo que a proteção concedida a um refugiado pois, o asilo deriva de normativas de ordem internacional, europeia e constitucional, enquanto a proteção aos refugiados tem origem em normativa internacional. É bom dizer que para alguém pedir asilo é preciso estar presente no território do Estado onde se pede. Com efeito, a realidade tem demonstrado que o tráfico de seres humanos e imigração ilegal são consequências do não reconhecimento internacional de um direito de entrada noutros Estados, que não o país de origem. Ainda, o direito de asilo não pode ser invocado em caso de processo existente por crime comum ou por atividades contrárias aos objetivos das Nações Unidas. É bom lembrar que a Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Protocolo de Nova Iorque de 1967⁸ são as peças nucleares do Direito Internacional dos Refugiados e estabelecem o que se entende por refugiados. O artigo 1º, nº 2 da Convenção estabelece:

(...) Qualquer pessoa que, (...) temendo ser perseguida, por motivos de religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual, em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

⁶ EUROPEAN COMMISSION. MIGRATION: New Pact on Migration and Asylum. European Commission [online]. 2020. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em: https://commission.europa.eu/system/files/2020-09/new-pact-on-migration-and-asylum-package_1.pdf

⁷ PACHECO, Fátima. Os Passageiros da Esperança: algumas considerações sobre o estatuto de refugiado e outras respostas

para os indivíduos que buscam asilo. E-Revista de Estudos Interculturais do CEI-ISCAP. Maio 2023. No. 11.

⁸ Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados. ACNUR [online]. 1967. [Acesso em: 29 janeiro 2024]. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_R_efugiados.pdf

Conclui-se, pois, que deve existir um nexo de causalidade entre os motivos de perseguição indicados e os atos de perseguição. Normalmente é o Estado que concretiza a perseguição, mas pode ser um sujeito não estadual. As supostas violações tem de ser discriminatórias (pessoa ou conjunto de pessoas específicas), não englobando as situações de guerra ou as de violações graves de direitos humanos ou as vítimas de violência indiscriminada. Quanto ao "fundado temor", não pode ser um mero receio, mas precisa ser fundado. Ainda, a tal perseguição deve ser fundada num dos motivos taxativamente descritos no texto.

3 A UNIÃO EUROPEIA E O DIREITO DERIVADO (REGIME EUROPEU "ORDINÁRIO")

O Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA)⁹ tem como objetivos criar um único procedimento em matéria de concessão e de retirada do estatuto de asilo ou proteção subsidiária, ou temporária, fixar os critérios e mecanismos de determinação do EM responsável pela análise de um pedido, fixar um procedimento comum, garantir o direito de *non-refoulement*, estabelecer condições mínimas de acolhimento de modo equitativo entre os EM e incentivar parcerias e cooperação com países terceiros.

A. DIRETIVA QUALIFICAÇÃO

A Diretiva 2011/95/UE, em vigor desde 2012, estabelece, taxativamente, as pessoas elegíveis (nacionais de terceiros países ou apátridas) para obterem o estatuto de refugiado e também aquelas que poderão obter o estatuto de proteção subsidiária. Este estatuto é subsidiário ou complementar do estatuto do refugiado, sendo atribuído a indivíduos que fogem devido a serem nacionais de país em guerra, ou em situação de violência generalizada e sistemática de direitos humanos ou, ainda, àqueles que possam ficar sujeitos a pena de morte ou de execução, tortura ou tratamento desumano ou degradante, caso regressem ao seu país de origem ou residência. Considera, nos seus termos:

"São ofensas graves: a) a pena de morte ou

execução, ou b) a tortura ou a pena ou tratamento desumano ou degradante do requerente no seu país de origem, ou c) a ameaça grave e individual contra a vida ou integridade física de um civil, resultante de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno"

Seu objetivo principal é assegurar que os Estados-Membros apliquem critérios comuns de identificação de pessoas que tenham efetivamente necessidade de proteção internacional e que exista em todo o EM um nível mínimo de benefícios à disposição dessas pessoas.

B. DIRETIVA DE PROTEÇÃO TEMPORÁRIA

A Diretiva 2001/55/CE estabelece condições de proteção temporária em caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas e as medidas que assegurem uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos EM. Visa a dar proteção aos estrangeiros que não possam voltar ao seus países por situações de guerra, violência ou violações de direitos humanos. Os Estados-membros ficam vinculados a conceder uma autorização de permanência em seu território. O Estado-membro que o acolhe é o responsável pela sua análise.

C. DIRETIVA PROCEDIMENTOS

A Diretiva 2013/32/UE estabelece regras processuais destinadas a garantir uma apreciação individual, segura e justa de um pedido de proteção internacional, com vista à implementação de um procedimento de asilo comum na União. Garante a presença do requerente no território do Estado requerido desde a entrevista pessoal até a decisão final (exceção para as situações de proteção temporária). Estabelece o direito à informação numa língua que o requerente entenda, serviços de tradução, garantias

⁹ MATOS, Fausto and NUNES, Sandra. Política de Asilo - Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA). Nossa Europa[online]. [Acesso

em: 29 janeiro 2024]. Disponível em: <https://nossaeuropa.eu/definitions/view/1177/723>

para menores, exames médicos, apoio jurídico, direito a recurso, entre outros.

D. DIRETIVA ACOLHIMENTO

A Diretiva 2013/33/EU, de 26 de junho de 2013, estabelece normas de acolhimento dos requerentes de proteção internacional. É aplicável em qualquer fase do processo enquanto os requerentes estejam autorizados a permanecer no território dos Estados requeridos, levando em conta os interesses do menor e as suas circunstâncias familiares. O seu conteúdo não é aplicável às matérias previstas na Diretiva Temporária. A Diretiva prevê, taxativamente, os fundamentos e as condições da detenção dos requerentes, suas garantias judiciais. Determina, também, regras de detenção de pessoas vulneráveis e dos requerentes com necessidades especiais.

E. REGULAMENTO DUBLIN III

Estabelece os mecanismos e critérios de determinação do Estado-membro responsável pela análise e procedimento de um pedido de proteção internacional, fixando o primeiro país de entrada, com a finalidade de garantir o acesso efetivo e célere aos procedimentos de concessão de proteção internacional¹⁰. O pedido de asilo apresentado é transmitido à base de dados EURODAC, que é um sistema de comparação e conservação de impressões digitais para efeitos de aplicação do regulamento pertinente. O recolhimento de dados datiloscópicos deve ser feita de forma rápida e a ideia é evitar que o requerente faça pedidos simultâneos em mais de um Estado, o que poderia levar a uma sobrecarga dos países mais prósperos. Assim, somente um EM pode analisar o pedido de proteção, e para determinar o Estado-membro responsável seguem-se os seguintes critérios: escolhe-se, primeiramente, o Estado onde está a família do requerente ou no interesse de menor. Não sendo possível, o Estado-membro responsável será aquele que mais esteve envolvido na chegada do requerente. Se não for o caso, será o Estado por onde a

entrada ocorreu de forma irregular ou onde foi feito primeiro pedido de asilo.

4 ORIGEM E CONTEXTO DA PROTEÇÃO TEMPORÁRIA NA UNIÃO EUROPEIA

Sendo a imigração matéria de competência partilhada entre a União Europeia e os Estados-membros, segundo Ana Rita Gil¹¹, os EM só podem legislar na matéria enquanto a UE ainda não tiver adotado medidas sobre a mesma. Por outro lado, as leis de asilo nacionais são mera transposições do direito da UE. Considerando, pois, essa distribuição de competência, a delegação de poderes pelos EM em matéria de migração foi uma decisão estratégica motivada pela redução de conflitos, na medida em que a coordenação dos fluxos migratórios e do controle de fronteiras seria unificada pela UE, já que as fronteiras "internas" estariam suprimidas. Além disso, o processo de decisão da UE seria mais eficaz e responderia mais rápido aos conflitos, e a UE poderia enfrentar melhor a pressão desigual ocasionada pela migração, utilizando a solidariedade e distribuindo responsabilidade de forma mais equitativa, sem contar que a identidade europeia sairia fortalecida. Neste contexto, foi necessário adotar medidas comuns em matéria de transposição de fronteira, admissão e permanência das pessoas refugiadas para conseguir uniformizar o controle.

A Diretiva 2001/55/EC relativa as normas para concessão de proteção temporária em caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas é uma norma de direito derivado, adotada ao amparo do artigo 63.2 do antigo Tratado da Comunidade Europeia, (atual art.78.1) que estabelece:

"A União desenvolverá uma política comum em matéria de asilo, proteção subsidiária e proteção temporária destinada a oferecer um estatuto apropriado a todo nacional de um terceiro país que

¹⁰ NUNES PARAÍSO, Ariana. O Regulamento Dublin III – os critérios de determinação de responsabilidade: Breves Notas. NOVA Refugee and Migration Clinic [online]. Maio 2021. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em: https://novarefugeelegalclinic.novalaw.unl.pt/?blog_post=o-regulamento-dubliniii-os-criterios-de-determinacao-de-responsabilidade-breves-notas

¹¹ GIL, Ana Rita. Proteção Internacional Revisitada: as soluções da União Europeia para a "crise de refugiados" da Guerra da Ucrânia. Revista Euro latinoamericana de Análisis Social y Político (RELASP). 2023. v. 4, no. 7, p. 76–103. DOI 10.35305/rr.v4i7.109.

necessite proteção internacional e a garantir o respeito do princípio da não devolução. Esta política deverá ajustar-se à Convenção de Genebra de 28 de julho de 1951 e ao Protocolo de 31 de janeiro de 1967 sobre o estatuto dos Refugiados, assim como aos demais tratados pertinentes”

Este artigo dispõe que o Conselho e o Parlamento Europeus devem adotar medidas relativas ao estabelecimento de um sistema comum de asilo, encontrando-se aí um sistema comum para proteção temporária de pessoas deslocadas em caso de afluxo maciço.

A Diretiva foi uma resposta ao conflito da antiga Iugoslávia, que provocou na Europa um deslocamento maciço de pessoas, adotando-se uma série de procedimentos que constituem seus antecedentes. O conflito de Kosovo durante a primeira metade de 1999 impulsionou a criação da diretiva. Sua origem também se viu influenciada pelo Conselho de Tampere, celebrado em outubro de 1999, e onde se estabeleceram as bases do Sistema Europeu Comum de Asilo¹². Este Conselho europeu, especificamente, tratou de promover a criação de um “Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça”, que foi logo incorporado pelo Tratado de Amsterdã, com a ideia de fazer uma União segura, aberta e comprometida com as obrigações derivadas dos direitos humanos e do direito humanitário¹³.

Em 1997 a Comissão Europeia apresentou uma proposta de “Ação Comum ao Conselho” com o propósito de aperfeiçoar a proteção temporária. A proposta foi avaliada tanto pelo Parlamento quanto pelo Alto Comissariado, porém, foi bloqueada pelos Estados e abandonada em 1999. Posteriormente, em

maio de 2000, a Comissão fez outra proposta. Originalmente, a Diretiva foi impulsionada pela Alemanha, Países Baixos e Áustria, sendo debatida por oito anos¹⁴. Seu objetivo era promover um esforço equitativo e adquirir a capacidade de gestionar os deslocamentos de forma rápida a evitar que o sistema de asilo entrasse em colapso. De forma que, o caráter da Diretiva não poderia ser alternativo, mas sim complementar ao sistema de asilo, tendo como base o atraso de sua aplicação, com o fim de permitir ao coletivo afetado receber proteção imediata.

Em 2001, depois de examinar as consequências da crise de Kosovo, a Comissão concluiu pela necessidade do estabelecimento das medidas que, de maneira preventiva, equilibrariam o esforço dos Estados-membros para enfrentar a situação, criando uma plataforma de solidariedade entre eles¹⁵. Pretendia-se avançar em termos de mentalidade e deixar para trás a concepção de medida interina para torná-la norma de caráter sistemático, regional, orientada para dividir a responsabilidade financeira entre os Estados de acolhida.

E apesar da idoneidade da Diretiva como instrumento de gerenciamento de crises, ela não foi ativada, em parte pelo temor do “efeito chamada”, vale dizer, a facilitação dos meios para conseguir a regularização da sua situação poderia atrair mais imigrantes, o que não era desejado. Para alguns autores a sua não aplicação em casos prévios de afluxo repentino e maciço revelou a lamentável falta de solidariedade por determinados Estado-Membros, que a obstaculizaram.

A Diretiva de proteção temporária pode ser qualificada como “uma norma histórica enquanto primeiro instrumento jurídico que estabelece a obrigação vinculante de acolhida temporal para um conjunto de Estados, através de uma norma abstrata, geral e voltada à permanência¹⁶”. Essa inclinação para a permanência propiciou sua aplicação em uma situação

¹² MATOS, Fausto and NUNES, Sandra. Política de Asilo - Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA). Nossa Europa[online]. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em: <https://nossaeuropa.eu/definitions/view/11771723>

¹³ 11997D/TXT. EUR-lex [online]. [Acesso em: 29 janeiro 2024]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A11997D%2FTXT>

¹⁴ GONZÁLES DE LA MANO, Laura. La Protección Temporal Frente a la Crisis de Ucrania: La Activación de la Directiva 2001/55/CE. Dissertação de Mestrado em Direito. 2022.

¹⁵ GONZÁLES DE LA MANO, Laura. La Protección Temporal Frente a la Crisis de Ucrania: La Activación de la Directiva 2001/55/CE. Dissertação de Mestrado em Direito. 2022.

¹⁶ DURÁN RUIZ, Francisco Javier. La Regulación de la Protección temporal de los desplazados por la Guerra de Ucrania y su compatibilidad con otras formas de Protección Internacional en el contexto de una nueva política migratoria de la UE. Revista de Derecho Comunitario Europeo. 2022. No. 73, p. 951–993. DOI 10.18042/cepc/rdce.73.07.

similar a da Iugoslávia, mas diferente, depois de vinte anos de sua aprovação.

Enquanto fundamento jurídico da figura da proteção temporária, o artigo 2º, a, da Diretiva 2001/55/CE¹⁷ a define como um procedimento excepcional que permite a proteção imediata e temporária em casos de afluxo maciço de pessoas deslocadas de terceiro países que se vêem impossibilitadas de voltar ao seu país de origem.

5 A DECISÃO DA APLICAÇÃO DA DIRETIVA DE PROTEÇÃO TEMPORÁRIA NO CASO DA UCRÂNIA

Uma das questões mais complicadas é traçar os motivos pelos quais a Diretiva de Proteção Temporária nunca tenha sido ativada desde sua criação em 2001, considerando as oportunidades anteriores, quando dos fluxos migratórios advindos da “Primavera Árabe”, na Líbia, e de forma mais evidente a crise migratória de 2015, quando mais de um milhão de pessoas atravessaram o Mediterrâneo no primeiro ano, e os requisitos para sua aplicação estavam presentes. Algumas explicações para a incidência da Diretiva na situação da Ucrânia e não em outras similares prévias apontam para causas diversas. Uma delas é que os deslocados ucranianos seriam bem vindos pela sua proximidade cultural (europeus, cristãos, classe média)¹⁸. Outra explicação seria a rápida escalada do número de pessoas que abandonaram a Ucrânia desde o início, cerca de um milhão de pessoas em pouco tempo. Essa velocidade foi significativa e maior que a de 2015, em que se viu um milhão e pouco de refugiados o ano inteiro, ainda que se explique a chegada paulatina com a distância geográfica (Oriente Médio). Ainda, justificou-se que a Ucrânia poderia proporcionar trabalhadores essenciais para a União Europeia e que os ucranianos levariam anos movimentando-se pelo território da UE e contariam com a acolhida de familiares e amigos. Invocou-se, ainda, o fato de que os refugiados ucranianos não precisam de visto para cruzar as fronteiras da UE, diferentemente dos migrantes de 2015, que necessitavam recorrer às redes

de auxílio à imigração ilegal para entrar na União Europeia, temendo-se o efeito “chamada” de mais imigração ilegal, explicado alhures. Neste ponto é bom chamar atenção ao fato de que em 2015 os fluxos de refugiados eram mistos, num contexto mais heterogêneo em que se combinavam pessoas necessitadas de proteção internacional e imigrantes voluntários, pelo que aplicar o regime de proteção temporária não seria adequado, o que não convence por completo porque a Diretiva poderia ser aplicada por categoria de pessoas.

Há críticas e discussões, ainda, quanto ao conceito de “afluxo maciço”¹⁹. Pelo artigo 2º da Diretiva fluxo maciço de pessoas seria “a chegada à Comunidade de um número importante de pessoas deslocadas, procedentes de um país ou de uma zona geográfica determinada, independentemente de que sua chegada tenha sido de forma espontânea ou com ajuda”, o que torna o conceito vago e de difícil aplicação em situações concretas. Diante desta dificuldade, opta-se por uma interpretação restrita do conceito a justificar a inaplicabilidade da Diretiva. Considera-se que o conceito de deslocamento temporário traz elementos do asilo (como a impossibilidade de volta ao seu país de origem), mas admite a impossibilidade do sistema de asilo de responder com a celeridade necessária às pessoas afetadas. Daí a opção de aplicar a proteção temporária, cujos requisitos seriam mais fáceis de provar.

Mais convincente seria o argumento de interesse direto da União Europeia neste conflito e uma simpatia especial para com as vítimas desta agressão. A crise é vista como uma ameaça à estabilidade da Europa, já que um dos motivos que levou a Rússia a invadir a Ucrânia seria sua possível entrada para a Comunidade e para a Aliança Militar Defensiva da Ocidente, a OTAN, o que foi abertamente declarado e reconhecido pelo Conselho que ativou a Diretiva.

Quanto às imigrações ilegais, a maior preocupação da União Europeia seria de caráter securitário que ligava os fluxos migratórios ao terrorismo, preocupação que não teve com os

¹⁷ Lei n.º 67/2003 Versão Consolidada. Diariodarepublica.pt [online]. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2003-213937080>

¹⁸ DELFINO, Micaela. Respuesta Europea al éxodo ucraniano: ¿Distinción entre refugiados? Boletín Informativo del Grupo de Jóvenes Investigadores [online]. Janeiro 2022. Acesso em:

29 janeiro 2024. Disponível em: <https://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/137264>

¹⁹ DURÁN RUIZ, Francisco Javier. La Regulación de la Protección temporal de los desplazados por la Guerra de Ucrania y su compatibilidad con otras formas de Protección Internacional en el contexto de una nueva política migratoria de la UE. Revista de Derecho Comunitario Europeo. 2022. No. 73, p. 951-993. DOI 10.18042/cepc/rdce.73.07.

deslocados da Ucrânia. Seja como for, só muito tardiamente resolveu a União Europeia tomar conta da situação em 2015, o que acarretou a morte de mais de 4.000 pessoas no Mediterrâneo ao tentarem entrar na UE.

Alguns fatores descritos fazem sentido para explicar as diferenças entre as duas situações. O fato é que os migrantes da crise de 2015 receberam um dos estatutos mais estáveis previstos pelo Direito da UE: o estatuto dos refugiados ou de proteção subsidiária, o que não aconteceu com os ucranianos, que dispõem de um título muito mais precário, ainda que possam requerer um título mais estável de proteção internacional oferecida pela Diretiva "Qualificação", o de refugiado ou o de proteção subsidiária.

A. RESPONSABILIDADE DOS ESTADOS-MEMBROS

Um dos motivos ditos preponderantes da ativação da Diretiva de Proteção Temporária foi o risco do colapso dos sistemas nacionais de asilo. Espera-se, portanto, que os Estados-membros recebam menos pedidos de asilo, já que a Diretiva dispensa este pedido, reduzindo, ao mínimo, as formalidades necessárias para o recebimento de proteção e acolhida. O perigo do colapso dos sistemas é real, pois há um número sem precedentes de potenciais solicitantes e alguns poucos Estados concentram a maioria dos requerimentos, causando um atraso significativo na resolução dos casos.

Outro motivo da adoção da Diretiva foi o fato de que ela estabelece um equilíbrio entre os esforços pelos distintos EM. Porém, como não há uma exigência de distribuição dos solicitantes de asilo de forma igualitária entre os membros, e ainda que a UE cubra os custos da acolhida, esta política de atendimento pode fracassar. Não é difícil perceber que o fato de inúmeros deslocados provenientes da Ucrânia procurarem ajuda mais especificamente em 3 países, quais sejam, Alemanha, Polónia e Chéquia, vem causando tensões na União Europeia por conta desta sobrecarga. Na

tentativa de evitar este problema, a Diretiva conta com mecanismos de coordenação da capacidade de acolhida. Os EM devem trocar informações, através de uma plataforma de solidariedade, o que mostra a intenção de prestar sólido apoio à futura reconstrução da Ucrânia²⁰, que as compilará, analisando as necessidades sobre as suas capacidades de acolhida e o número de pessoas. A União Europeia conta com a Rede de Preparação e Gestão de Crises Migratórias²¹, conforme exige a Diretiva sendo a mais adequada para a cooperação administrativa entre eles.

Não se pode esquecer que o financiamento para as medidas derivadas da Diretiva é fundamental para o seu êxito. Esse financiamento advém do Fundo de Asilo, Migração e Integração, criado pelo Regulamento (UE) 2021/1147 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 07 de julho de 2021, conforme prevê o artigo 24 da Diretiva. Os recursos devem ser distribuídos da seguinte maneira²², conforme o anexo I do regulamento: 8 milhões de euros para cada um dos EM, exceto Chipre, Malta e Grécia que recebem 28 milhões; os recursos restantes se dividem em 35% para asilo, 30% para migração legal e integração e 35% para luta contra a imigração irregular, incluindo retornos; dos 35% destinada a asilo, 60% vão aos solicitantes de proteção internacional e somente 30% se destina a refugiados, apátridas ou beneficiários de proteção subsidiária e a beneficiários de proteção temporária, todos com status já reconhecidos.

Quanto ao conteúdo obrigacional da Diretiva, os EM tem obrigações variadas (arts.8 a 18)²³ que vão desde outorgar permissões de residência em idioma que o beneficiário entenda e o registro de seus dados pessoais até autorização para exercer atividades laborais, trabalhando por conta própria ou alheia, desde que deixe margem para priorizar os nacionais da UE. Ainda, os EM devem atender o refugiado no âmbito que lhes afeta, como saúde, alojamento adequado, alimentação e ajuda social. Ainda, devem garantir o acesso à educação para menores de 18 anos nas mesmas condições que a um nacional, podendo estender o benefício para os adultos. Uma das

²⁰ CONSILIUM EUROPA. EU solidarity with Ukraine. Consilium Europa [online]. 18 janeiro 2024. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-response-ukraine-invasion/eu-solidarity-ukraine/>

²¹ EUROCID. Instituições responsáveis Pela Gestão Migratória. Eurocid [online]. 13 dezembro 2023. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em: <https://eurocid.mne.govpt/instituicoes-responsaveis-pela-gestao-migratoria>

²² Regulamento - 2021/1147. EUR-lex [online]. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32021R1147>

²³ Lei n.º 67/2003 Versão Consolidada. Diariodarepublica.pt [online]. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2003-213937080>

obrigações mais importantes é assegurar o agrupamento às famílias que foram forçadas a se separarem, fornecendo uma permissão de residência no país em que finalmente se agrupem.

Outra parte importante do conteúdo obrigacional dos EM pela Diretiva é o regime de solidariedade interestadual. A aplicação deste regime exige que os Estados cooperem entre si para mudar a residência das pessoas acolhidas de um Estado-membro a outro, requerendo o consentimento do indivíduo para tal, desaparecendo esta responsabilidade quando o refugiado abandona o Estado de acolhida para deslocar a outro, pondo fim a sua autorização de residência.

6 OS BENEFICIÁRIOS DA PROTEÇÃO TEMPORÁRIA

Os beneficiários óbvios são, por certo, os nacionais ucranianos e suas famílias que fugiram do país por conta da guerra²⁴. O Conselho europeu ampliou a proteção, adicionando as pessoas não nacionais, mas residentes na Ucrânia. Aplicar-se-á, a Diretiva, portanto, aos nacionais ucranianos que residirem na Ucrânia antes de 24 de fevereiro de 2022, aos apátridas e nacionais de terceiros países distintos da Ucrânia que gozaram de proteção ou de proteção nacional equivalente na Ucrânia antes de 24 de fevereiro e aos membros das famílias das pessoas das duas categorias. Ainda, os nacionais de países terceiros ou apátridas com estatuto de residência permanente na Ucrânia anterior a 24 de fevereiro de 2022, desde que demonstrem que não conseguem voltar ao seu país de origem por questão de segurança. Já em relação àqueles com autorização temporária na Ucrânia, a decisão de aplicar a Diretiva seria discricionária.

Aos nacionais ucranianos é permitido escolher o Estado-membro em que querem ser acolhidos, facilitando, eventualmente, seu reencontro com a família. E complementando o que foi dito anteriormente, estabeleceu-se uma discricionariedade ao EM ao decidir sobre a extensão da proteção aos apátridas e nacionais de terceiros países residentes na Ucrânia que não tenham visto permanente como, por exemplo, estudantes de terceiros países. Apesar

desta possível exclusão, a UE deve garantir sua admissão por razões humanitárias e, conseqüentemente, uma forma segura para voltar ao seu país de origem, sem visto, meios de subsistência ou documentos de viagem. Esse posicionamento tem gerado controvérsias, pois essa liberdade de decisão poderia causar insegurança jurídica ao dar enfoques inconsistentes e discriminatórios.

Em uma situação diferenciada se encontram os apátridas (aquele que não é nacional de nenhum país conforme sua legislação²⁵), já que enfrentam problemas adicionais ao cruzar as fronteiras. A gestão destas pessoas não permite garantir proteção temporal em qualquer caso. O apátrida que possa provar que reside permanentemente na Ucrânia e que não pode regressar ao seu país de origem, goza do direito da proteção temporária, podendo os EM incluí-lo ou usar o seu sistema específico. Por outro lado, se não puder comprovar sua residência permanente ou sua proteção internacional na Ucrânia, deverá solicitar asilo ou outra forma de proteção de acordo com a lei de seu país de acolhida.

7 PLANO DE 10 PONTOS PARA UMA MELHOR COORDENAÇÃO EUROPEIA NO ACOLHIMENTO DE REFUGIADOS

Com a invasão da Rússia na Ucrânia, a UE, por sua Comissão, além de aplicar a Diretiva de proteção temporária, apresentou um plano de 10 pontos para acolher os refugiados, entre eles, o que se refere à proteção ao tráfico humano. Como a maior parte dos refugiados ucranianos são mulheres e crianças, suscetíveis de violência, abuso e adoções ilegais, traçou diretrizes para que fossem acolhidos com segurança nas suas fronteiras. A iniciativa abrange hospedagem ao nível local, regional e nacional em coordenação com o setor privado. Uma rede de coordenadores anti-tráfico foi criada para acolher os refugiados com maior rapidez e eficiência, dando-se particular atenção às crianças com alguma incapacidade, desacompanhadas ou separadas dos pais, pois mais de 1,8 milhões de crianças fugiram da Ucrânia para os países da UE²⁶.

²⁴ GIL, Ana Rita. Proteção Internacional Revisitada: as soluções da União Europeia para a "crise de refugiados" da Guerra da Ucrânia. Revista Euro latinoamericana de Análisis Social y Político (RELASP). 2023. v. 4, no. 7, p. 76–103. DOI 10.35305/rr.v4i7.109.

²⁵ Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. ACNUR - a Agência da ONU para os Refugiados [online]. Setembro 1954. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em:

https://www.acnur.org/fileadmin:/Documentos/portugues/BDL/Convencao_sobre_o_Estatuto_dos_Apatridas_de_1954.pdf

²⁶ BARANOWSKA, Grażyna. Missing Migrants: Lessons from the EU's response to Ukrainian Refugees. Policy Brief. Berlin, Germany: Hertie School - Jacques Delors Centre, 2022.

Para atender essas crianças, as linhas de ação traçadas pela Comissão, de acordo com o plano de 10 pontos, foram as seguintes: a) criação de uma plataforma da União Europeia para registro; b) coordenação de um centro de informação e transporte; c) mapeamento da capacidade de recepção e acomodação; d) desenvolvimento de planos de contingência nacionais; e) orientação uniforme para acolhimento e apoio às crianças; f) implementação de um plano comum anti-tráfico; g) reforço da solidariedade com a Moldávia; h) reforço da estrutura de cooperação internacional e de destino seguros; i) abordar as implicações da guerra para a segurança interna; j) garantir recursos e financiamentos adequados²⁷.

CONCLUSÃO

A crise de refugiados na Ucrânia é um desafio humanitário complexo que demanda respostas eficazes e solidárias por parte da União Europeia. A Diretiva de Proteção Temporária foi um passo importante nesta direção. Sofreu muitas críticas por conta de sua aplicação tardia, uma vez que foi criada em 2001 e somente em 2022 foi ativada, deixando um vazio, uma lacuna quando outros movimentos em massa procuraram socorro no território europeu. Se a Diretiva traz a vantagem de dar uma resposta imediata às necessidades dos refugiados, não se sabe ao certo quão eficaz será no futuro, considerando que a guerra ao que tudo indica, está longe do fim. Porém, se há algo que valida o acerto da Comissão em aplicá-la, sem dúvida, foi sua preocupação com o tráfico humano, com o abuso e a violência, que tem nas crianças e mulheres o seu alvo.

REFERÊNCIAS

11997D/TXT. EUR-lex [online]. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A11997D%2FTXT>

BARANOWSKA, Grażyna. Missing Migrants: Lessons from the EU's response to Ukrainian Refugees. Policy

Brief. Berlin, Germany: Hertie School – Jacques Delors Centre, 2022.

CASTRO MOREIRA, Fátima. The protection of Ukrainian Migrants in Portugal: from the international and European regimes to Portuguese Law. p. 1–15.

CONSILIUM EUROPA. Refugees from Ukraine in the EU. Consilium Europa [online]. 22 janeiro 2024. [Acesso em: 29 janeiro 2024]. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/ukraine-refugees-eu/>

CONSILIUM EUROPA. EU solidarity with Ukraine. Consilium Europa [online]. 18 janeiro 2024. [Acesso em: 29 janeiro 2024]. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-response-ukraine-invasion/eu-solidarity-ukraine/>

CONSILIUM EUROPA. Asylum applications in the EU. Consilium Europa [online]. Junho 2023. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/asylum-applications-eu/>

Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. ACNUR – a Agência da ONU para os Refugiados [online]. Setembro 1954. [Acesso em: 29 janeiro 2024]. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BDL/Convencao_sobre_o_Estatuto_dos_Apatridas_de_1954.pdf

CUEVAS-MONTES, Franklin, PERCY-ESTRADA, Cesar, PORRAS-SARMIENTO, Sintya and LEIVA-ÑAÑA, Carlos Enrique. El Derecho a la Protección Internacional: La Figura del Refugio. Polo del Conocimiento: Revista científica – profesional. Julho 2023. v 8, no. 7, p. 1090–1104.

DELFINO, Micaela. Respuesta Europea al éxodo ucraniano: ¿Distinción entre refugiados? Boletín Informativo del Grupo de Jóvenes Investigadores [online]. Janeiro 2022. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em: <https://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/137264>

²⁷ CASTRO MOREIRA, Fátima. The protection of Ukrainian Migrants in: Portugal: from the international and European regimes to Portuguese Law. p. 1–15.

DURÁN RUIZ, Francisco Javier. La Regulación de la Protección temporal de los desplazados por la Guerra de Ucrania y su compatibilidad con otras formas de Protección Internacional en el contexto de una nueva política migratoria de la UE. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 2022. No. 73, p. 951–993. DOI 10.18042/cepc/rdce.73.07.

EUROCID. Instituições responsáveis Pela Gestão Migratória. *Eurocid* [online]. 13 dezembro 2023. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em: <https://eurocid.mne.govpt/instituicoes-responsaveis-pela-gestao-migratoria>.

EUROPEAN COMMISSION. MIGRATION: New Pact on Migration and Asylum. European Commission [online]. 2020. [Acesso em: 29 janeiro 2024]. Disponível em: https://commission.europa.eu/system/files/2020-09/new-pact-on-migration-and-asylum-package_1.pdf

GIL, Ana Rita. *Imigração e Direitos humanos*. 2. Lisboa, Portugal : Petrony Editora, 2021.

GIL, Ana Rita. Proteção Internacional Revisitada: as soluções da União Europeia para a "crise de refugiados" da Guerra da Ucrânia. *Revista Euro latinoamericana de Análisis Social y Político (RELASP)*. 2023. v 4, no. 7, p. 76–103. DOI 10.35305/rr.v4i7.109.

GONZÁLES DE LA MANO, Laura. La Protección Temporal Frente a la Crisis de Ucrania: La Activación de la Directiva 2001/55/CE. *Dissertação de Mestrado em Direito*. 2022.

Lei n.º 67/2003 Versão Consolidada. *Diariodarepublica.pt* [online]. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2003-213937080>

MATOS, Fausto and NUNES, Sandra. Política de Asilo - Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA). *Nossa Europa*[online]. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em: <https://nossaeuropa.eu/definitions/view/1177/723>

NUNES PARAÍSO, Ariana. O Regulamento Dublin III – os critérios de determinação de responsabilidade: Breves Notas. *NOVA Refugee and Migration Clinic* [online]. Maio

2021. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em: https://novarefugeelegalclinic.novalaw.unl.pt/?blog_post=o-regulamento-dublin-iii-os-criterios-de-determinacao-de-responsabilidade-breves-notas

PACHECO, Fátima. Os Passageiros da Esperança: algumas considerações sobre o estatuto de refugiado e outras respostas para os indivíduos que buscam asilo. *E-Revista de Estudos Interculturais do CEI-ISCAP*. Maio 2023. No. 11.

Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados. ACNUR [online]. 1967. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf

Regulamento - 2021/1147. *EUR-lex* [online]. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32021R1147>

Tratado da União Europeia (Versão Consolidada). *EUR-lex* [online]. 2016. Acesso em: 29 janeiro 2024. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF

OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E A TEORIA DE ROBERT ALEXY



Melanie Merlin de Andrade¹

No presente artigo, apresenta-se, sucintamente a teoria dos princípios e regras de Robert Alexy, distinguindo princípios e regras, para, então, abordar as bases da administração pública brasileira, as quais se traduzem nos princípios da Administração Pública. Ao final conclui-se que, partindo-se da referida teoria, nem todos os princípios da administração pública, enumerados pela Constituição Federal de 1988, são, de fato, princípios. Afinal, para o referido autor regras são normas que prescrevem uma consequência jurídica definitiva na hipótese de satisfação de determinado pressuposto, são o que ele chama de "mandamentos definitivos", aplicados por meio da subsunção, ao passo que os princípios são mandamentos de otimização, podendo ser realizados de diversos graus, dependendo de possibilidades reais e jurídicas.

Palavras-chave: princípios; administração pública; Alexy.

¹ Mestra e Doutora em Direito – UFPR (Curitiba - Brasil), Pós-doutorada pelo Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory (Frankfurt am Main - Alemanha), Analista Judiciária no Tribunal de Justiça do Paraná - TJPR – Brasil Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0709220406376378>, ORCID: 0009-0009-0051-6756 E-mail: melaniemerlin@gmail.com.

This paper provides a concise overview of Robert Alexy's theory on principles and rules, delineating the distinctions between the two. It subsequently delves into the foundational aspects of Brazilian public administration, elucidating how these foundations manifest in the principles of Public Administration. The analysis culminates in the argument that not all principles outlined in the Federal Constitution of 1988 truly adhere to the conceptual framework of principles, as posited by Alexy. The author contends that while rules entail norms prescribing specific legal consequences upon the fulfillment of predetermined conditions, constituting what Alexy terms "definitive commandments" enforced via subsumption, principles are characterized as optimization directives, adaptable to varying extents contingent upon real-world and legal constraints.

Keywords: principles; Public Administration; Alexy.

INTRODUÇÃO

No presente artigo, apresenta-se, sucintamente a teoria dos princípios e regras de Robert Alexy, distinguindo princípios e regras, para, então, abordar as bases da administração pública brasileira, as quais se traduzem nos princípios da Administração Pública. E, ao final esclarecer se os chamados princípios inseridos no art. 37 da Constituição Federal de 1988 seriam, na concepção do referido autor, de fato princípios, ou se, em verdade, tratam-se de regras.

1 TEORIA DOS PRINCÍPIOS E DAS REGRAS

Como mencionado acima, trataremos, no presente trabalho, da normatividade dos princípios, iniciando-se pela distinção entre os princípios e as regras, sob a ótica de Robert Alexy¹, numa perspectiva não positivista e principiológica do direito.

A distinção qualitativa entre regra e princípio revela-se indispensável para a superação do positivismo legalista, no qual as normas se cingiam a regras jurídicas.

Adota-se neste artigo a teoria de Robert Alexy, sobre a qual se discorrerá a seguir.

O jurista alemão apresenta a distinção entre princípio e regra com o escopo de constituir a estrutura de uma teoria dos direitos fundamentais, tema central de sua obra cujo título foi traduzido para a língua portuguesa como "Teoria dos Direitos Fundamentais".

Regras e princípios têm em comum o fato de serem normas. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição². Uma norma é o significado de um enunciado normativo³, e diz o que deve ser.

Segundo o autor, há vários critérios utilizados para se diferenciar regras de princípios. O mais frequentemente utilizado é o da generalidade, por meio do qual se afirma que princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de

generalidade das regras é relativamente baixo⁴. Outros critérios discutidos são a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento (se a norma foi criada ou desenvolvida), o caráter explícito de seu conteúdo axiológico (se faz referência a uma lei jurídica suprema, ou à ideia de direito e a importância para tal ordenamento jurídico), ou, ainda, ante ao fato de serem razões para regras (princípios), ou serem eles mesmos regras (regras)⁵. Alexy julga correto este último método, afirmando que "as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa"⁶.

No entanto, afirma o referido professor que afora a lista apresentada, há um critério que permite a distinção precisa entre regras e princípios, declarando a maioria dos critérios tradicionais nela contidos como típicos, ainda que não decisivos, dos princípios.

Esse critério é o que defende que os princípios são mandados de otimização⁷. Isso significa dizer que eles são "normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes"⁸. Por conseguinte, o âmbito das possibilidades jurídicas vem a ser determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que não podem ser otimizadas: ou são sempre satisfeitas ou não são satisfeitas. Uma vez que uma regra é considerada válida, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Pode-se concluir, então, que regras contêm "determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível"⁹. Reforça-se, assim, a ideia de que a distinção que se propõe é qualitativa e não de grau.

A fim de expor com mais clareza essa diferença, cabe explicar as consequências nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Note-se que Alexy se furta a aprofundar o estudo sobre eventual colisão entre princípios e regras, restringindo-se apenas a colisões entre normas de mesma espécie. Atenta a isso, Ana Paula de Barcellos¹⁰ esclarece, a partir da

¹ Robert Alexy, professor da Universidade de Kiel, nasceu em 1945 e pode-se dizer que é um dos mais influentes filósofos do direito contemporâneo. Graduou-se em Direito e Filosofia pela Universidade de Göttingen, tendo recebido o título de PhD em 1976, com a dissertação *Uma Teoria da Argumentação Jurídica*, e a habilitação em 1984, com a *Teoria dos Direitos Fundamentais*, algumas das obras que serão mencionadas nesse trabalho.

² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 87.

³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos...* p. 54.

⁴ *Ibidem*. p. 87.

⁵ *Ibidem*. p. 88-89.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos...* *Op. Cit.* p. 90. (grifos no original)

⁷ Nas traduções brasileiras, mandados e mandamentos de otimização são utilizados como sinônimos. Neste trabalho, utilizaremos as duas sem distinção.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos...* *Op. Cit.* p. 90.

⁹ *Ibidem*. p. 91. (grifos no original)

¹⁰ "Ao se afastar uma regra sob o fundamento de que ela se oporia a alguma conduta derivada da área não nuclear de um princípio, incorre-se em um conjunto de distorções. Em primeiro lugar, caso se trate de uma regra infraconstitucional, o intérprete estará conferindo à sua concepção pessoal acerca do melhor desenvolvimento do princípio maior importância do que à concepção majoritária, apurada pelos órgãos legitimados para tanto. A situação é ainda grave se a regra envolvida consta da Constituição. Nesse caso, o intérprete estará afastando a incidência de uma regra elaborada pelo poder constituinte originário e que, como padrão, veicula consensos básicos do Estado organizado pela Constituição. Por fim, como a solução do caso baseou-se na percepção individual do intérprete, muito frequentemente ela não se repetirá em circunstâncias idênticas, ensejando violações ao princípio da isonomia." DE BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 190.

interpretação de Alexy, que, num conflito inevitável entre conflitos e regras, estas devem prevalecer, dado que, entre outras coisas, prescrevem uma consequência jurídica definitiva democraticamente legitimada.

O conflito entre regras somente pode ser solucionado se for introduzida, em uma dessas regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma dessas regras for declarada inválida. Contrariamente ao que acontece com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou seja: uma norma jurídica necessariamente é válida ou inválida. Independentemente da forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos¹¹.

Quanto ao conflito entre princípios, a solução é completamente diversa: se eles colidirem, um deles terá que ceder. Porém, isso não implica que o princípio cedente seja declarado inválido, nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. "Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta"¹².

Esclarece Virgílio Afonso da Silva¹³:

Segundo Alexy, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização. Importante, nesse ponto, é a ideia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser - e frequentemente é - obstada pela realização de outro princípio. Essa ideia é traduzida pela metáfora da colisão entre princípios, que deve ser resolvida por meio

de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Esse resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não se pode falar que um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2 - (P1 P P2) -, devendo-se sempre falar em prevalência do princípio P1 sobre o princípio P2 diante das condições C - (P1 P P2) C.

É possível concluir, assim, que os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, ao passo que as colisões entre princípios sucedem na dimensão do peso, uma vez que somente princípios válidos podem colidir.

Em decorrência dessa ideia, denota-se que é distinto o caráter normativo das regras e dos princípios. Estes exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, de modo que eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas razões prima facie. Já as regras exigem que seja feito exatamente o que ordenam, contendo uma determinação de extensão de conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.

"Princípios são sempre razões prima facie e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas"¹⁴. Podem ser considerados como razões para ações ou razões para normas. Enquanto razões para normas podem eles ser razões para normas universais (gerais-abstratas) e ou para normas individuais (juízos concretos de dever-ser). E, assim, se são razões para normas, também são indiretamente razões para ações.

Em si mesmos, princípios não são razões definitivas. O caminho percorrido a partir do princípio (direito prima facie) até se chegar ao direito definitivo implica numa relação de preferência. Contudo, a definição de uma relação de preferência, de acordo com as leis de colisão¹⁵, é a definição de regra. Logo, sempre que um princípio for uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então esse princípio é o

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos...* Op. Cit. p. 92.

¹² *Ibidem*. p. 93.

¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos** acerca de uma distinção. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003). p. 610-611. Disponível em: http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Princípios_e_regras.pdf

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos...* Op. Cit. p. 106.

¹⁵ Segundo Virgílio Afonso da Silva, "A solução de colisões entre princípios não exige a declaração de invalidade de nenhuma deles e também não é possível que se fale que um princípio institui uma exceção a outro. Como Alexy ressalta, nos casos de colisão entre princípios, o que se exige é a definição de *relações condicionadas de precedência*. Essa diferença decorre da estrutura dos princípios, que são mandamentos de otimização." SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 34.

fundamento de uma regra que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto.

O princípio não é absoluto, no entanto, a regra é, uma vez que em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência¹⁶.

Nesse contexto, percebe-se que há uma conexão estreita entre a natureza dos princípios e a máxima da proporcionalidade¹⁷, de modo que suas três máximas parciais, da adequação, da necessidade (mandamento menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorrem logicamente da natureza dos princípios, ou seja, a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fácticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigências de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas¹⁸.

Se até aqui se observou as lições de Alexy, doravante se segue com o que dispõe Barroso, ao afirmar que se faz referência a princípios quando se fala em valores, objetivos, fórmulas abreviadas ou regras sobre ônus argumentativo. Princípios e valores estão intimamente relacionados, de maneira que é possível falar tanto de colisão, como de sopesamento entre valores e princípios. A realização gradual de princípios corresponde à realização gradual de valores.

Luís Roberto Barroso apresenta essa distinção sob sua ótica:

Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada (all or nothing). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. (...) O comando é objetivo e não

dá margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante subsunção.

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que em uma ordem pluralista existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso, sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de propriedade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e sua função social. A aplicação os

¹⁶ Note-se, no entanto que "por vezes, elementos contidos na própria estrutura da regra conferem ao intérprete certa liberdade na definição de seu sentido". O exemplo mais evidente dessa situação é das regras que empregam conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas de indeterminação de outra natureza. Em ocasiões como essas, o aparente conflito de regras com outras disposições poderá

ser superado dependendo do sentido que se atribua ao conceito nela contido. DE BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação...** *Op. Cit.* p. 203.

¹⁷ Conforme Virgílio Afonso DA SILVA, a proporcionalidade é regra. Sobre o assunto: DA SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável.** Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/.../1179.

¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** *Op. Cit.* p. 117.

princípios se dá,
predominantemente,
mediante ponderação.¹⁹
(grifos no original)

Tem-se, assim, que as regras respondem pela segurança e os princípios pela justiça, de maneira que quanto mais regras houver no ordenamento jurídico, mais seguro, mais estável, mais previsível, ele será; contudo, mais difícil é sua adaptação a situações novas. De outro lado, quanto maior o número de princípios, maior o grau de flexibilidade e capacidade de acomodar e solucionar situações imprevistas. Mas, nesse caso, também crescerão a insegurança em decorrência da imprevisibilidade das soluções aventadas, falta de uniformidade de tais soluções, com prejuízos evidentes para a isonomia²⁰.

Deste modo, superada a distinção entre princípios e regras, necessário tratar da função principiológica no entender de Robert Alexy, o que se fará no tópico que segue, a fim de se compreender a abertura do sistema que o referido autor propõe.

2 A FUNÇÃO PRINCIPIOLÓGICA PARA ALEXY

Alexy trata do argumento dos princípios partindo da premissa de que tanto positivistas quanto não-positivistas concordam que todo direito positivo tem uma estrutura aberta. Isso porque o direito não pode estar alheio à realidade, que é extrajurídica, ou seja, além da racionalidade formal do sistema jurídico. Nesse campo da abertura do direito não se pode decidir com base no direito estritamente positivo, mas somente com a ajuda de critérios não jurídicos ou extrajurídicos.

Ocorre que, se para os positivistas clássicos e os positivistas exclusivos, não se deve permitir uma relação entre o direito e a moral, sob a ótica não-positivista o juiz estaria legalmente vinculado, na abertura do direito, à moral. A base desse argumento é construída a partir da distinção, já colocada, entre princípios e regras.

Logo, ao tratar da função principiológica, retomamos a conceituação de Alexy, segundo a qual regras são:

(...) normas que, em caso de
realização do ato,
prescrevem uma

consequência jurídica
definitiva, ou seja, em caso
de satisfação de
determinado pressuposto,
ordenam, proíbem, ou
permitem algo de forma
definitiva. Por isso, podem
ser designados de forma
simplificada como
"mandamentos definitivos".
Sua forma característica de
aplicação é a subsunção²¹.

Por sua vez, os princípios são:

(...) mandamentos²² de
otimização. Como tais são
normas que ordenam que
algo seja realizado em
máxima medida
relativamente às
possibilidade reais e
jurídicas. Isso significa que
elas podem ser realizadas
em diversos graus e que a
medida exigida de sua
realização depende não
somente das possibilidades
reais, mas também das
possibilidades jurídicas²³.

Essa distinção teórica normativa leva a um caminho que conduz a uma conexão necessária entre direito e moral, passando por três teses: a tese da incorporação, a tese da moral e a tese da correção.

A tese da incorporação defende que todo sistema jurídico minimamente desenvolvido contém necessariamente princípios, os quais estão relacionados à moral, cujo principal argumento é o da correção. Consequentemente, a sentença formula necessariamente uma pretensão à correção²⁴. A essa pretensão jurídica à correção corresponde o dever jurídico de cumpri-la, não importando em que consistam as consequências jurídicas da infração desse dever. Ela leva a uma dimensão ideal, necessariamente vinculada ao direito. Ademais, exige que num caso duvidoso se proceda à ponderação, que só pode ser de princípios. Há que se ressaltar que, para Alexy um sistema em que nenhum caso é entendido como duvidoso, sem

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo) /n: GRAU, Eros Roberto; DA CUNHA, Sérgio Sérvulo (coord.) **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 46-47.

²⁰ DE BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação...** *Op. Cit.* p. 187.

²¹ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009. p. 85.

²² Há que se esclarecer que a expressão "mandado" é utilizada como sinônimo de "mandamento" neste trabalho.

²³ ALEXY, Robert. **Conceito...** *Op. Cit.* p. 85.

²⁴ *Ibidem*. p. 89.

considerar a ponderação, é um sistema jurídico que nem chega a ser desenvolvido.

Quanto à tese da moral, esta tem duas versões: a forte e a fraca. A forte se aplica quando, entre os princípios a serem considerados em casos duvidosos para satisfazer a pretensão à correção, encontram-se sempre aqueles que integram uma moral qualquer, ou seja, tudo o que não é moralmente correto não é direito. Essa versão, segundo o jurista alemão, é rechaçada, com razão, pelos positivistas, uma vez que desrespeita a segurança jurídica e permite subjetivismos. Para ele, essa conexão não é classificadora, mas somente qualificadora. Por outro lado, a versão fraca da tese da moral afirma que a conexão deve se estabelecer entre direito e moral correta, ou seja, justificável perante determinada sociedade. O juiz, nesse caso, deve decidir quanto ao conteúdo com base em razões morais, quanto à forma, e em razões jurídicas, traduzidas em princípios incorporados ao direito. Essa segunda versão é defendida por Alexy e adotada neste trabalho.

Nesse esteio, chega-se à tese da correção, segundo a qual a pretensão à correção implica em uma pretensão à fundamentalidade – pois a sentença é correta no sentido de uma moral fundamentável. A correção pressupõe que a conexão necessária entre o direito e a moral correta se dá por meio de princípios. Ao menos uma parte dos argumentos com os quais o juiz fundamenta a conclusão de sua ponderação tem, quanto a seu conteúdo, o caráter de argumentos formais. O resultado disso é que a pretensão à correção jurídica essencialmente vinculada à decisão inclui uma pretensão à correção moral. Antes do limiar da injustiça extrema, uma violação da moral não faz com que a norma ou a decisão em questão percam o caráter jurídico, mas apenas com que representem uma norma ou decisão juridicamente defeituosa (conexão classificadora). A ideia de moral correta tem o caráter de uma ideia reguladora, no sentido de um objetivo a ser ambicionado.

Esse argumento da pretensão de correção, amparado em moldes lógicos²⁵, origina outros dois, quais sejam: o argumento de injustiça e o argumento dos

princípios, os quais tratam da forma como a vinculação entre direito e moral interfere na realidade jurídica. O argumento da injustiça é utilizado em situações patológicas do ordenamento, com o objetivo de identificar normas de extrema injustiça. Além disso, visa resolver o problema da conformação à facticidade do poder e opera na dimensão classificatória da norma²⁶. Já o argumento dos princípios, que é essencial para a compreensão da função principiológica, é utilizado em situações de normalidade do ordenamento, pretendendo resolver o problema da desinstrumentalização, operando na dimensão qualificadora das normas²⁷. Cabe esclarecer, aqui, que tais argumentos serão devidamente desenvolvidos e explicados nos tópicos que seguem.

Os princípios, conseqüentemente, ganham especial relevância na leitura não positivista do ordenamento jurídico, pois são eles os responsáveis pela incorporação da moral e da pretensão à correção.

Ressalte-se que as regras estão relacionadas à segurança, revelando-se importantes para manutenção da estabilidade de um sistema jurídico. Assim, as “regras devem ter preferência sobre os princípios. Isto é: em uma situação de conflito inevitável, a regra deve ser preservada e o princípio comprimido e não o oposto”²⁸.

Uma vez fixada a função principiológica, cabe se verificar quais são os princípios da administração pública brasileira, a fim de se esclarecer como são as bases do direito administrativo no Brasil, bem como para, em seguida, classificá-los como princípios ou regras.

3 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Sustenta Barroso²⁹ que os princípios constitucionais coadunam-se com os valores amparados pelo ordenamento jurídico, espelhando a ideologia da sociedade e dando harmonia ao sistema. Cabe a eles o papel de condensar valores, dar unidade ao sistema e condicionar a atividade do intérprete.

²⁵ Esses moldes lógicos podem ser traduzidos na contradição performativa, a qual acontece quando um dispositivo nega a pretensão de correção indispensável ao direito. Alexy utiliza o seguinte exemplo: um artigo constitucional que dissesse que “X é uma República soberana, federal e injusta”. ALEXY, Robert. **Conceito...** *Op. Cit.*

²⁶ Isso porque, para que seja possível classificar uma norma como jurídica, é preciso que ela necessariamente formule uma pretensão de correção moral.

²⁷ “A conexão qualificadora, por sua vez, ocorre quando a pretensão de correção é devidamente formulada, mas indevidamente satisfeita. Neste caso, obtém-se uma norma deficiente. A não satisfação da pretensão de correção, portanto, não implica a perda do caráter jurídico do ato, apenas indica um defeito. Um

ordenamento defeituoso é válido, para Alexy, quando o defeito não ultrapassa determinado limite ou patamar de injustiça. O grave defeito, que ultrapasse tal limite, indica, mais que uma não satisfação, uma não formulação da pretensão de correção. Nessa ótica, pode-se passar da conexão qualificadora para a conexão classificatória entre norma e pretensão de correção moral.” FRANCO SILVA, Denis; SÊCO, Thais Fernanda Tenório. Legalidade como alternativa: o pós-positivismo como forma de concretização de um Estado democrático de direito. In Revista Ética e Filosofia Política, nº 13, v. 1, jan. 2011. Disponível em: eticaefilosofia.ufjf.emnuvens.com.br/eticaefilosofia/files/2011/01/13_1_thais.pdf.

²⁸ DE BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação...** *Op. Cit.* p. 190.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos...** *Op. Cit.* p. 45.

No tocante à Administração Pública Brasileira³⁰, a Constituição da República Federativa, em seu artigo 37, caput, elenca como princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Antes de tratar de tais princípios, cabe esclarecer que, na doutrina administrativista brasileira, atualmente, há ao menos duas concepções diferentes de princípios. Os administrativistas, em regra, ou se filiam a uma ou a outra corrente, com as peculiaridades que as impõe. As referidas conceituações têm um hiato de aproximadamente trinta anos entre elas.

A primeira delas, e mais tradicional, é a do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a qual é definida da seguinte forma:

Cumprido, pois, inicialmente, indicar em que sentido estamos a tomar o termo princípio, tal como vimos fazendo desde 1971, quando pela primeira vez enunciámos a acepção que lhe estávamos a atribuir. À época dissemos: "Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico". Eis porque: "violado um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o

sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e a corrosão de sua estrutura mestra.³¹

Logo, tem-se que, segundo esse autor, os princípios são alicerces do ordenamento jurídico, de maneira que ofender a um princípio é mais grave que violar uma regra, o que significaria violar todo o sistema de normas.

A outra definição, que difere da consignada, é a proposta pelo professor Marçal Justen Filho, nos termos que seguem:

O princípio consiste em norma jurídica que consagra modelos genéricos e abstratos de conduta, sem estabelecer uma solução única e predeterminada abstratamente. O princípio produz uma delimitação das condutas compatíveis com o direito. Consagra uma moldura no sentido de contemplar um limite entre condutas lícitas e as ilícitas. Isso significa que a aplicação do princípio envolve, como primeira etapa, a identificação desse limite, algo que até pode ser fixado de modo teórico e abstrato.

³⁰ Conforme Odete Medauar, a Administração Pública, como objeto precípua do Direito Administrativo, encontra-se inserida no Poder Executivo e pode ser considerada sob o ângulo funcional e organizacional. No aspecto funcional, significa "um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população, como por exemplo, ensino público, calçamento de ruas, coleta de lixo". Já

sob o ângulo organizacional, representa "o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo". MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 44.

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 53.

Mas, o princípio não se restringe a fixar limites, porque também impõe a escolha da melhor solução possível, o que significa a necessidade da análise do caso concreto. Nessa segunda etapa, as circunstâncias da vida real condicionam a aplicação do princípio. Assim se passa porque as características da vida real variam caso a caso, sendo impossível estabelecer uma solução única e geral aplicável de modo uniforme.³²

Essa concepção mistura conceitos de Alexy, de Dworkin e a do professor Bandeira de Mello, afirmando que os princípios se distinguem das regras por seu grau de abstração, e que aqueles são ponderáveis. Dessa leitura rápida já se percebe que essa concepção não é totalmente fiel ao proposto por Alexy³³.

No Brasil, a jurista Ana Paula de Barcellos apresenta a concepção mais próxima da teoria de Alexy nos seguintes termos:

Na verdade, retomando a imagem dos princípios como círculos concêntricos, que ocupam grandes áreas, porém de maneira difusa e com pouca densidade (com exceção do seu próprio núcleo), as regras podem ser visualizadas como pontos de alta densidade espalhados por toda essa superfície. Os princípios, para além de seu núcleo, estabelecem as fronteiras de um largo campo de atuação possível, dentro de

cujos limites as opções políticas podem ser consideradas legítimas. As regras correspondem exatamente a decisões políticas específicas, de efeitos determinados, já tomadas no interior de tais fronteiras.³⁴

Contudo, ainda com base na doutrina mais tradicional, a partir de José dos Santos Carvalho Filho, far-se-á uma rápida explanação acerca dos "princípios administrativos" consignados expressamente no caput do artigo 37 da Constituição. Desde logo, há que se deixar claro que, como se pretende utilizar os princípios estabelecidos por Alexy, será preciso deixar de fora da tipologia dos princípios normas tradicionalmente assim nomeadas, como é o caso da legalidade, tendo em vista esta é entendida como regra. Muito embora neste tópico apenas se faça uma rápida explanação sobre a concepção tradicional desses princípios, no tópico seguinte, será apresentada uma proposta de classificação nos termos da teoria de Alexy.

A impessoalidade "objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica"³⁵, revelando-se uma faceta da isonomia. Além disso, para que haja verdadeira impessoalidade, segundo o Carvalho Filho, deve a Administração voltar-se para o interesse público em detrimento do privado.

³²JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 104

³³ Dentre outras, enumeram-se duas principais incompatibilidades entre a teoria de Marçal JUSTEN FILHO e a de Robert ALEXY: o entendimento de JUSTEN FILHO de que os princípios são normas que não detém hipótese de incidência, o que contraria a afirmação de ALEXY de que são mandamentos *prima facie*; e a tese de que a desobediência aos princípios seria mais grave do que a desatenção às regras, uma vez que estas consubstanciam "escolhas instrumentais" e aquelas condensariam valores mais caros da

comunidade, o que vai de encontro à ideia de que há um parâmetro substancial de colisão que deve levar em consideração o conteúdo dos elementos normativos – é o caso, por exemplo, de direitos fundamentais garantidos por regras, os quais teriam prevalência sobre princípios.

³⁴ DE BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação...** *Op. Cit.* p. 192.

³⁵CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 21. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 19.

Já a moralidade "impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta"³⁶. Assim, não somente os critérios de conveniência, oportunidade e justiça devem subsistir em sua atuação, mas também deve haver uma distinção entre o que é honesto e desonesto. Esse princípio está "indissociavelmente ligado à noção do bom administrador, que não somente deve ser conhecedor da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa"³⁷. A publicidade, por sua vez, indica que os atos da administração:

(...) devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência de dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência que se revestem.³⁸

E o último dos três é o princípio da eficiência, com o qual se pretendeu impor a exigência de produtividade e economicidade na Administração

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito...** *Op. Cit.* p. 20.

³⁷ Como já consignei em trabalho anterior, o princípio da moralidade diferencia-se dos demais, pois explicita a relação entre normas morais e normas jurídicas, discussão jurídica que subsiste há mais de dois mil anos, desde a Grécia Antiga. Robert ALEXY bem pontua essa contraposição: "(...) duas posições continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista. Todas as teorias positivistas defendem a tese da separação. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. A tese da separação postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como ele deve ser. O grande positivista jurídico Hans KELSEN resumiu essa ideia na seguinte fórmula 'Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito.' Assim, ao conceito positivista de direito restam apenas dois elementos de definição: o da legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade e o da eficácia social. As numerosas variantes do positivismo jurídico resultam das distintas interpretações e ponderações desses dois elementos de definição. Todas elas têm em comum o fato de considerarem que o que é direito depende exclusivamente do que é estabelecido e/ou eficaz. Uma correção quanto ao conteúdo, seja de que natureza for, não tem nenhuma importância. Em contrapartida, todas as teorias não positivistas defendem a tese da vinculação. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais. Apesar disso, nenhum não-positivista que deva ser levado a sério exclui do conceito de direito

Pública, com a redução dos desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Além disso, tal princípio teria como escopo inserir um modelo de administração gerencial, segundo a qual se faz "necessário identificar uma gerência pública compatível com as necessidades comuns da Administração, sem prejuízo para o interesse público que impele toda a atividade administrativa"³⁹. Ele tem como atributos a celeridade e a economicidade, e se revela garantidor da moralidade.

Esse princípio foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro em 1998, com a Emenda Constitucional nº 20, e tem importante papel na chamada "Reforma do Estado no Brasil". A inserção de elementos gerenciais na administração pública brasileira, contudo, não excluiu a base burocrática sob a qual se sustenta.

Apresenta-se-á, assim, com base no critério classificatório de Alexy, uma releitura dos chamados "princípios" da administração pública brasileira, dispostos no artigo 37 da Constituição Federal.

4 "PRINCÍPIOS" DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: RELEITURA POR MEIO DO CRITÉRIO CLASSIFICATÓRIO DE ROBERT ALEXY

Como assinalado no tópico anterior, os princípios expressos da Administração Pública no caput do art. 37 da Constituição são a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

os elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social. O que diferencia do positivista é muito mais a concepção de que o conceito de direito deve ser definido de forma que, além dessas características que se originam por fatos reais, inclua elementos morais. Mais uma vez, são possíveis as mais diversas interpretações e ponderações." A partir dessa leitura, ALEXY explica que todo direito positivo terá uma estrutura aberta, utilizando-se da expressão de Hart, "open texture". Essa natureza vaga da linguagem do direito permite até mesmo tomar uma decisão contra a proposição de uma regra em casos especiais. O argumento dos princípios apresentado por ALEXY tem como pressuposto que o julgador está vinculado no âmbito de abertura do direito estabelecido e eficaz, e isso de maneira a criar uma vinculação necessária entre direito e moral, ainda que o direito não pertença a ela. Isso significa dizer que existe uma intersecção entre direito e moral, a qual que deve ser respeitada. Assim, tem-se que o princípio da moralidade diferencia-se da moral comum vigente na sociedade, aproximando-se da ideia de moral administrativa, balizada na ética, probidade, decoro, boa-fé, lealdade e honestidade. MERLIN DE ANDRADE, Melanie. O Caso do Nepotismo: Reflexões sobre a Atuação do Supremo Tribunal Federal. //: SAVARIS, José Antonio; STRAPASSON, Carlos Luiz (org.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana**: um diálogo latino-americano. Curitiba: Alteridade, 2012. p. 571-594.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito...** *Op. Cit.* p. 20.

³⁹ *Ibidem.* p. 29.

Consoante já explicado, os princípios (entendidos como mandados de otimização) permitem uma abertura do sistema em detrimento unicamente das regras. Isso significa que a concretização dos princípios deve ser perseguida, autorizando-se sua aplicação na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

Por meio dos princípios é que se sobressai a pretensão à correção, pois permite a incorporação da moral pelo direito. As decisões administrativas, assim, teriam que formular uma pretensão à correção, a qual leva o direito a uma dimensão ideal, exigindo que num caso duvidoso se proceda à ponderação de princípios. Note-se, inclusive, que, ao elencar o princípio da moralidade, o constituinte expressamente permitiu a inserção de valores morais na administração pública, ainda que a regra seja a aplicação da lei.

Em atenção à teoria de Alexy, propor-se-á uma nova classificação para os chamados princípios da Administração Pública. Para tanto, apresentar-se-á a conceituação de tais princípios por José Afonso DA SILVA, por se tratar de autor reverenciado pela maioria da doutrina brasileira⁴⁰.

A legalidade, consoante Alexy, seria entendida como regra, pois não há espaço para gradação, revelando-se um dispositivo de aplicação "tudo ou nada". Afinal, ou se aplica a regra – conforme disposição legal – ou não a aplica. Não há espaço para qualquer divagação.

A impessoalidade, segundo José Afonso da Silva, significa que "os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário"⁴¹. Claramente tem-se que se trata de uma regra. Ora, ou os atos administrativos são imputados à entidade que os pratica ou não são. O mandamento da regra da impessoalidade é determinado. Ele não pode ser efetivado em vários graus.

Tanto é assim que o referido autor trata, em sua obra, de "princípio ou regra da impessoalidade"⁴².

A publicidade é conceituada como a exigência para o Poder Público de "agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo"⁴³. A publicidade implica na publicação dos atos e da permissão de acesso a eles por meio do cidadão, a exceção das reservas constitucionais, previstas no artigo 5º, inciso XXXIII, em se tratando de informações "sigilosas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado". Na concepção de Alexy, então, a publicidade seria considerada uma regra. Não há como realiza-la em maior ou menor medida. Ou a um determinado ato é dada a devida publicidade, ou não.

Segundo José Afonso da Silva, a moralidade deve ser entendida não como uma moralidade comum, mas sim como moralidade jurídica, o que significa que ela consiste no conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. Essa moralidade administrativa não é puramente formal, porque "tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração"⁴⁴.

A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa.⁴⁵ (grifos no original)

⁴⁰ No entanto, é preciso consignar que o jurista brasileiro tem uma concepção própria de princípios, a qual não se identifica com a proposta por ALEXY. Segundo José Afonso DA SILVA: "A palavra 'princípio' é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de 'começo' e 'início'. 'Norma de princípio' (disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas que chamamos de 'princípio instrutivo' e 'de princípio programático'. Não é, evidentemente, nesse sentido que se acha a 'palavra' no Título I da Constituição. 'Princípio', aí, significa 'mandamento nuclear de um sistema'. Normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagens ou de vínculo – ou seja, reconhecem, por um lado, vinculam pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem ou, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os

princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, 'são [como observam Canotilho e Vital Moreira] 'núcleos de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais'. Mas, como disseram os mesmos autores, 'os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em *normas-princípio* e constituindo preceitos básicos de organização constitucional". DA SILVA, José Afonso. **Comentários Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 27-28. (grifos no original)

⁴¹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 666 . p. 666.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*. p. 669.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 668.

⁴⁵ *Ibidem*. p. 669.

Desse conceito, deriva a improbidade administrativa, a qual é uma forma de imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.

Diante dessas considerações há que se concluir pela natureza de princípio da moralidade, uma vez que o próprio conceito de moralidade é um tanto quanto indeterminado. Ela é analisada no caso concreto e pode ser realizada em menor ou maior medida, tanto é assim que os casos mais graves são considerados improbidade administrativa.

Já a eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico, pois não qualifica as normas, mas sim as atividades. Realizar algo de maneira eficiente significa que este deve acontecer com racionalidade, medindo-se os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Sobre a eficiência pontua José Afonso da Silva:

Assim, o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados⁴⁶.

Vislumbra-se que a eficiência pode ser considerada princípio, pois há que se estabelecer que seja realizado na maior medida possível diante das realidades fáticas e jurídicas presentes.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é possível concluir que, partindo-se da teoria de Robert Alexy, nem todos os princípios da administração pública, enumerados pela Constituição Federal de 1988 são, de fato, princípios.

Afinal, para o referido autor regras são normas que prescrevem uma consequência jurídica definitiva na hipótese de satisfação de determinado pressuposto,

são o que ele chama de “mandamentos definitivos”, aplicados por meio da subsunção, ao passo que os princípios são mandamentos de otimização, podendo ser realizados de diversos graus, dependendo de possibilidades reais e jurídicas.

Com esse panorama, restou possível compreender que a legalidade seria, para Alexy, uma regra, assim como a impessoalidade e a publicidade, somente sendo possível considerar princípios o da moralidade e o da eficiência.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009.
- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo) //: GRAU, Eros Roberto; DA CUNHA, Sérgio Sérulo (coord.) Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 21. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DA SILVA, José Afonso. Comentários Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DA SILVA, Virgílio Afonso. A Constitucionalização do Direito: direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/.../1179.
- DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003). p. 610-611. Disponível em: http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf.
- DE BARCELLOS, Ana Paula. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

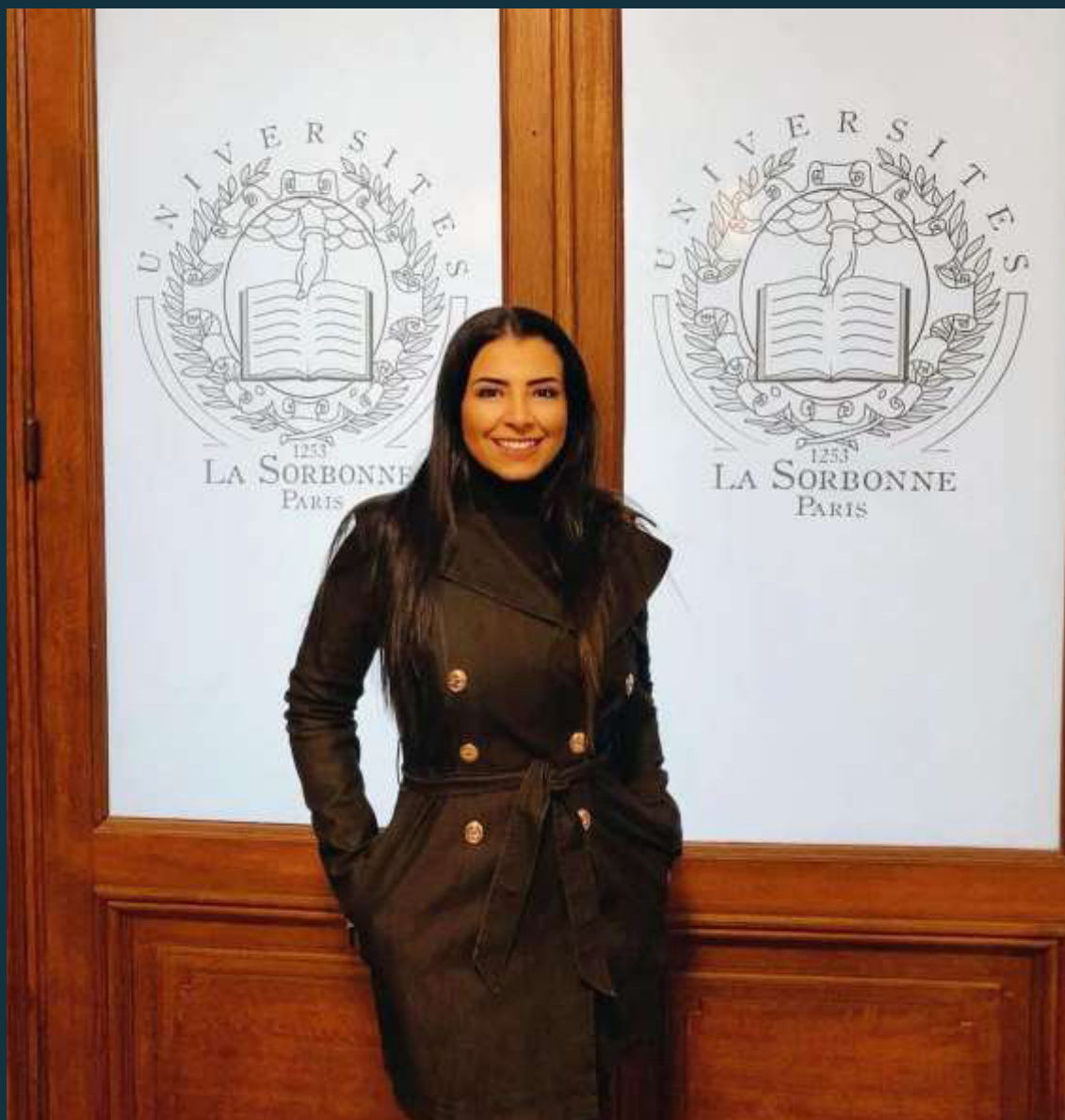
⁴⁶ *Ibidem*. p. 671.

FRANCO SILVA, Denis; SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Legalidade como alternativa: o pós-positivismo como forma de concretização de um Estado democrático de direito. In Revista Ética e Filosofia Política, nº 13, v. 1, jan. 2011. Disponível em: eticaefilosofia.ufjf.emnuvens.com.br/eticaefilosofia/files/2011/01/13_1_thais.pdf.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

COMPARATIVO INTERNACIONAL SOBRE A IGUALDADE DE GÊNERO NO PODER JUDICIÁRIO



Jéssica Cunha Nogueira¹

Este artigo investiga a igualdade de gênero no Poder Judiciário, enfatizando a importância das práticas inclusivas para melhorar a qualidade da justiça e fortalecer a confiança pública. Através de uma metodologia comparativa, este estudo analisa diferentes abordagens adotadas em diversos países para promover a diversidade de gênero nos sistemas judiciais. A análise abrange exemplos de países nórdicos, como

¹ Mestra em Agronegócio pela Fundação Getúlio Vargas
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8594429420852684> E-mail: jesscnogueira@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8576-7539>.

Suécia e Finlândia, conhecidos por suas políticas progressistas de igualdade de gênero, bem como exemplos de nações como Ruanda, que implementou quotas significativas para mulheres no judiciário como parte de seus esforços de reconstrução pós-conflito. O estudo também considera experiências de países como Canadá e Estados Unidos, onde a nomeação de juízes leva em conta a diversidade e a inclusão, e discute como essas práticas impactam a representação feminina nos tribunais superiores. No contexto dos Estados Unidos, examinamos ainda as associações profissionais e programas de mentoria destinados a apoiar as mulheres juristas em sua progressão de carreira. Identificamos práticas que podem ser adaptadas ao contexto brasileiro, sugerindo que políticas como quotas de gênero, programas de mentoria e estratégias de nomeação que enfatizem a diversidade podem ser aplicadas para tornar o judiciário brasileiro mais inclusivo e representativo. Estas abordagens não apenas ajudam a equilibrar a representação de gêneros, mas também enriquecem a jurisprudência com uma variedade mais ampla de perspectivas e experiências, o que é essencial para a justiça administrada. Além disso, discutimos como as barreiras persistentes, como a conciliação entre a vida profissional e pessoal, podem ser superadas com políticas adequadas, contribuindo assim para uma maior participação feminina no judiciário. Este artigo destaca a importância de um compromisso contínuo com políticas de igualdade de gênero e sugere que a adoção dessas práticas pode melhorar significativamente a qualidade da justiça e a percepção de legitimidade das instituições judiciais no Brasil.

Palavras-chave: Igualdade de gênero; Poder Judiciário; Práticas inclusivas;

This paper provides a concise overview of Robert Alexy's theory on principles and rules, delineating the distinctions between the two. It subsequently delves into the foundational aspects of Brazilian public administration, elucidating how these foundations manifest in the principles of Public Administration. The analysis culminates in the argument that not all principles outlined in the Federal Constitution of 1988 truly adhere to the conceptual framework of principles, as posited by Alexy. The author contends that while rules entail norms prescribing specific legal consequences upon the fulfillment of predetermined conditions, constituting what Alexy terms "definitive commandments" enforced via subsumption, principles are characterized as optimization directives, adaptable to varying extents contingent upon real-world and legal constraints.

Keywords: principles; Public Administration; Alexy.

INTRODUÇÃO

A igualdade de gênero no Poder Judiciário é uma questão de extrema importância, que vai além do mero cumprimento de uma agenda de equidade social. Ela toca diretamente na qualidade da justiça administrada e na percepção de legitimidade e confiança que o público deposita nas instituições judiciais.

Ademais, é essencial não apenas para a equidade social, mas também para a qualidade da justiça e a percepção pública das instituições judiciais. Estudos indicam que a diversidade nos tribunais enriquece a jurisprudência e fortalece a confiança pública. Este estudo visa comparar abordagens internacionais e identificar práticas aplicáveis ao Brasil.

Diversos estudos sugerem que a diversidade de gênero nos tribunais contribui para uma variedade mais ampla de perspectivas e, conseqüentemente, a uma jurisprudência mais rica e equilibrada. Este aspecto é crucial, visto que decisões judiciais afetam todos os aspectos da vida societal, moldando normas, comportamentos e expectativas em relação aos direitos e deveres.

Um judiciário com representação equitativa de gêneros pode também refletir mais precisamente a demografia da população que serve, fortalecendo assim a confiança pública nas suas decisões. A visibilidade de mulheres em posições de poder e influência, especialmente em um setor tradicionalmente dominado por homens, como é o judiciário, tem um papel simbólico importante e pode incentivar mudanças mais amplas nas atitudes sociais em relação às mulheres e suas capacidades.

Assim, este artigo visa examinar e comparar as abordagens adotadas por diferentes países na promoção da igualdade de gênero dentro do Poder Judiciário. Através desta análise, pretendemos identificar práticas inovadoras e eficazes que possam ser adaptadas e implementadas no contexto brasileiro, contribuindo para um judiciário mais inclusivo e representativo.

Além de comparar as estatísticas de representação feminina nos diversos sistemas judiciais, serão também discutidas as políticas e práticas que facilitam ou impedem a igualdade de gênero na magistratura. Com isso, busca-se não apenas entender as diferenças internacionais, mas também oferecer recomendações práticas para a melhoria do sistema jurídico brasileiro neste aspecto fundamental.

1 ABORDAGENS POR PAÍS

1.1. PAÍSES NÓRDICOS (SUÉCIA, NORUEGA, FINLÂNDIA)

Os países nórdicos são frequentemente citados como exemplos pioneiros no que tange a igualdade de gênero, incluindo no âmbito do Poder Judiciário. Esses países adotaram uma série de políticas e práticas que

podem servir de modelo para outras nações, incluindo o Brasil.

Embora a ideia de quotas de gênero possa ser controversa em alguns contextos, ela tem sido uma ferramenta eficaz nos países nórdicos para acelerar a representação feminina em todos os níveis do Judiciário. Por exemplo, na Finlândia e na Suécia, políticas de quotas garantem que pelo menos uma proporção significativa de novos juizes nomeados seja de mulheres, visando refletir a composição de gênero da população graduada em direito.

Reconhecendo que o acesso à justiça passa também por uma judicatura diversificada e informada, programas de mentoria específicos para mulheres foram implementados para encorajar e apoiar futuras juizas desde o início de suas carreiras jurídicas até atingirem posições de alta magistratura. Esses programas não apenas fortalecem as habilidades jurídicas, mas também ensinam como navegar em um ambiente profissional que pode ser menos acessível para as mulheres.

Uma das principais barreiras para a entrada e permanência de mulheres no campo jurídico é a dificuldade em equilibrar as demandas da carreira com as responsabilidades familiares. Os países nórdicos têm liderado na implementação de políticas que facilitam esse equilíbrio. Isso inclui licenças parentais generosas e flexíveis, horários de trabalho adaptáveis e a possibilidade de trabalho remoto. Tais políticas permitem que tanto homens quanto mulheres possam prosperar em suas carreiras sem sacrificar a vida familiar.

Além dessas medidas, os sistemas judiciários desses países frequentemente conduzem revisões e pesquisas para avaliar a eficácia das políticas de igualdade de gênero e fazer ajustes conforme necessário. A abordagem dos países nórdicos mostra que a promoção da igualdade de gênero no Poder Judiciário é um processo contínuo que requer compromisso institucional e a adaptação de políticas conforme as necessidades mudam.

1.2. RUANDA

Ruanda oferece um caso particularmente interessante de participação feminina no poder judiciário e no parlamento, destacando-se internacionalmente por seus esforços pós-conflito para promover a igualdade de gênero.

Após o genocídio de 1994, Ruanda enfrentou a tarefa monumental de reconstruir sua sociedade e suas instituições governamentais. Parte desse esforço envolveu uma decisão consciente de promover a igualdade de gênero como um pilar fundamental para a reconciliação nacional e o desenvolvimento

sustentável. O governo ruandês, reconhecendo que as mulheres foram desproporcionalmente afetadas pelo conflito, viu a inclusão feminina no processo de reconstrução como essencial para a saúde e estabilidade da nação.

Uma das políticas mais impactantes implementadas foi a introdução de cotas para mulheres. Ruanda instituiu cotas que garantem que pelo menos 30% de todos os cargos em órgãos decisórios sejam ocupados por mulheres. Este mandato se aplica não apenas ao parlamento, mas também a outros níveis de governança, incluindo o judiciário. Como resultado, Ruanda agora possui uma das maiores representações femininas no parlamento mundialmente e um percentual significativo de mulheres no judiciário.

No parlamento, por exemplo, as mulheres não apenas preenchem as cotas, mas frequentemente as excedem. Este cenário transformou Ruanda em um líder global em representação feminina em política, com mulheres ocupando mais de 60% dos assentos no parlamento. No judiciário, a presença de mulheres também é notável, promovendo uma perspectiva mais diversificada na aplicação da lei e na formulação de políticas.

A alta participação feminina no judiciário e no parlamento em Ruanda tem sido um fator chave na promoção de leis que fortalecem os direitos das mulheres em todos os setores da sociedade. Isso inclui legislação sobre direitos de propriedade, direitos de herança e proteção contra violência doméstica. A representação feminina significativa também tem efeitos positivos na percepção e na legitimidade das instituições democráticas de Ruanda, pois demonstra um compromisso com a inclusão e a equidade.

As políticas pós-conflito de Ruanda que incentivaram a participação feminina não apenas ajudaram a estabilizar o país, mas também servem como um modelo exemplar de como a inclusão de gênero pode ser central para o desenvolvimento democrático e social. Este modelo é particularmente relevante para países que estão emergindo de conflitos ou que estão em processos de reconstrução e reforma institucional.

1.3 CANADÁ

O Canadá é reconhecido por seu compromisso com a diversidade e inclusão, refletido de maneira proeminente em seu sistema judiciário através de um processo de nomeação baseado em mérito que também prioriza esses valores. Esta abordagem oferece insights valiosos sobre como a igualdade de gênero pode ser integrada em sistemas judiciários de outras nações, incluindo o Brasil.

O processo de nomeação de juízes no Canadá é rigorosamente baseado em mérito, garantindo que

apenas candidatos altamente qualificados sejam considerados para cargos no judiciário. Este sistema é administrado por comissões de nomeação judicial, que avaliam candidatos baseados em uma série de critérios que incluem competência legal, experiência profissional, e integridade pessoal. No entanto, o que distingue o sistema canadense é a incorporação explícita de diversidade e inclusão como componentes essenciais desses critérios.

Além de avaliar o mérito jurídico, as comissões de nomeação no Canadá são instruídas a considerar a diversidade entre os candidatos. Isso significa que fatores como gênero, etnia, origem indígena e outras minorias são levados em conta no processo de seleção. A lógica por trás dessa prática é dupla: primeiro, promover um judiciário que reflita a diversidade da população que serve, e segundo, garantir que diferentes perspectivas e experiências sejam representadas no sistema judicial, o que pode enriquecer a tomada de decisão e aumentar a empatia nas questões judiciais.

Como resultado dessas políticas, o Canadá viu um aumento significativo na representação de mulheres no judiciário. As mulheres, que historicamente foram sub-representadas em posições de liderança legal, agora ocupam uma proporção crescente de posições judiciais em todos os níveis, desde tribunais inferiores até a Suprema Corte do Canadá. Este sucesso reflete não apenas o compromisso do governo em promover a igualdade de gênero, mas também a eficácia de políticas de nomeação que valorizam tanto o mérito quanto a diversidade.

A abordagem do Canadá ao equilibrar mérito com diversidade pode oferecer lições valiosas para o Brasil, especialmente no contexto de recentes debates sobre a reforma do sistema de nomeações judiciais. Adotar um sistema similar no Brasil poderia ajudar a promover um judiciário mais diversificado e inclusivo, que não apenas melhora a qualidade da justiça, mas também fortaleça a confiança pública nas instituições judiciais. Implementar políticas que enfatizem a igualdade de gênero e a inclusão em critérios de nomeação poderia ser um passo transformador em direção a um sistema judicial mais representativo e equitativo.

1.4 ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, a representação de mulheres no judiciário tem sido promovida através de diversas iniciativas, incluindo associações de mulheres juristas, programas de mentoria e esforços de networking. Essas iniciativas visam apoiar a progressão de carreira das mulheres no campo jurídico e oferecem um exemplo de como políticas e práticas podem ser implementadas para fomentar a igualdade de gênero.

Nos EUA, diversas associações profissionais focadas em mulheres na lei têm desempenhado um papel crucial na promoção da igualdade de gênero dentro do sistema judiciário. Organizações como a National Association of Women Judges (NAWJ) e a Women's Bar Association (WBA) são dedicadas a apoiar as mulheres juristas através de advocacia, educação e reforma das políticas. Essas associações oferecem recursos, como treinamentos em liderança, workshops sobre a ascensão na carreira jurídica e seminários sobre desafios legais específicos enfrentados por mulheres.

Programas de mentoria são outra estratégia chave empregada nos Estados Unidos para apoiar mulheres juristas. Esses programas conectam mulheres mais jovens e emergentes na carreira jurídica com mentoras experientes que podem oferecer orientação, conselhos e apoio. A mentoria ajuda a navegar no ambiente muitas vezes competitivo e desafiador dos tribunais e escritórios de advocacia, oferecendo às mulheres ferramentas e conhecimentos para avançar em suas carreiras.

O networking é essencial para o avanço profissional no direito, e diversas iniciativas nos EUA são projetadas para fortalecer as redes de mulheres juristas. Eventos de networking, conferências anuais e reuniões sociais são organizados regularmente por associações profissionais. Estes eventos proporcionam plataformas para mulheres compartilharem experiências, estabelecerem contatos profissionais e encontrarem oportunidades de emprego ou parcerias. A interação regular entre mulheres no campo jurídico ajuda a construir uma comunidade de apoio e promove a inclusão de mais mulheres em posições de alta responsabilidade.

Essas iniciativas têm contribuído para aumentar gradualmente a presença de mulheres no judiciário dos EUA. Ao oferecer suporte direcionado e promover um ambiente inclusivo, os Estados Unidos estão abrindo caminho para uma representação mais equitativa de gênero nos tribunais e em toda a profissão jurídica. Estas práticas podem servir de modelo para o Brasil, especialmente em um contexto onde se busca não apenas aumentar o número de mulheres no judiciário, mas também apoiar seu desenvolvimento profissional e liderança dentro da profissão.

1.5 ÍNDIA

A Índia enfrenta desafios únicos em relação à representação de mulheres no judiciário, especialmente nos tribunais superiores. Apesar de ser uma das maiores democracias do mundo, a representação feminina em posições de alta magistratura é notavelmente baixa. Isso tem levado a um debate contínuo sobre a adoção de quotas de gênero e outras iniciativas para aumentar a presença feminina no judiciário.

Na Índia, a questão das quotas de gênero é complexa e frequentemente polarizada. Propostas para introduzir quotas específicas para mulheres no judiciário têm sido objeto de intensos debates tanto no parlamento quanto entre o público. Os defensores argumentam que as quotas são necessárias para superar barreiras históricas e sistêmicas que impedem as mulheres de ascenderem na hierarquia judicial. Eles citam o sucesso de quotas em outros setores, como na política e na educação, como evidência de que tais políticas podem funcionar. Críticos, no entanto, argumentam que as nomeações judiciais devem ser baseadas estritamente no mérito e que as quotas podem comprometer a qualidade da justiça.

Além do debate sobre quotas, há várias iniciativas em andamento na Índia para aumentar a representação feminina nos tribunais superiores. Algumas dessas iniciativas incluem:

Há programas projetados para encorajar mais mulheres a entrar na carreira jurídica e fornecer-lhes as ferramentas necessárias para avançar. Eles incluem workshops, seminários e cursos de formação que abordam tanto as habilidades legais quanto as barreiras específicas que as mulheres enfrentam no setor.

Inspirado por modelos de outros países, há esforços para estabelecer redes de apoio mais robustas para mulheres juristas, oferecendo mentoria de colegas mais experientes e criando espaços onde mulheres podem compartilhar experiências e estratégias para superar desafios profissionais.

Organizações de mulheres juristas e outras ONGs estão ativamente envolvidas na advocacia para reformas políticas que apoiem melhor a inclusão de mulheres no judiciário. Isso inclui pressionar por mudanças nas práticas de nomeação e na consideração de fatores de diversidade como critérios de seleção.

O exemplo da Índia ressalta a complexidade de equilibrar mérito e representatividade e os desafios de implementar quotas de gênero em um sistema judicial. Para o Brasil, que também enfrenta desafios semelhantes de desigualdade de gênero no judiciário, observar a experiência indiana pode oferecer insights valiosos. Adotar ou adaptar algumas das iniciativas não baseadas em quotas, como programas de capacitação e redes de apoio, poderia ser um meio eficaz de promover a igualdade de gênero sem as controvérsias associadas às quotas.

2 PRÁTICAS INOVADORAS E APLICABILIDADE NO BRASIL

O Brasil, em busca de aprofundar a igualdade de gênero no judiciário, pode aprender com as experiências internacionais ao considerar a implementação de várias práticas inovadoras. Estas incluem quotas de gênero, programas de mentoria e networking, políticas de flexibilização do trabalho, e sistemas de nomeação e

promoção baseados em mérito que incluam diversidade e igualdade de gênero.

A experiência de Ruanda com quotas de gênero mostra um impacto significativo na representatividade feminina em cargos jurídicos e políticos. No Brasil, a implementação de quotas poderia enfrentar desafios legais e culturais, dada a resistência potencial à ideia de reservar vagas por gênero. Contudo, é possível que medidas provisórias ou políticas de incentivo possam ser exploradas, estabelecendo metas suaves ou incentivos para a nomeação de mulheres até que uma representatividade mais equilibrada seja alcançada.

O exemplo dos Estados Unidos, com suas associações profissionais e redes de mentoria, demonstra como o apoio estruturado pode auxiliar na progressão de carreira das mulheres no judiciário. No Brasil, a expansão ou criação de programas semelhantes poderia ajudar a fortalecer a presença feminina nas esferas jurídicas superiores. Instituições jurídicas e acadêmicas poderiam colaborar para estabelecer redes de mentoria, oferecendo também eventos regulares de networking e workshops de desenvolvimento de carreira.

As iniciativas nórdicas de equilíbrio entre vida profissional e pessoal, como licenças parentais extensivas e opções de trabalho flexível, podem ser adaptadas ao contexto brasileiro. Implementar tais políticas no sistema judiciário brasileiro poderia reduzir as barreiras enfrentadas por mulheres juristas, especialmente aquelas em fases críticas de formação de família. Isso incluiria explorar possibilidades de trabalho remoto, jornadas de trabalho flexíveis e suporte institucional para pais e mães.

Inspirado pelo modelo canadense, o Brasil poderia considerar a reformulação dos critérios de nomeação e promoção no judiciário para explicitamente incluir a diversidade e igualdade de gênero como fatores de avaliação. Isso envolveria ajustar os critérios de seleção para assegurar que além do mérito jurídico e profissional, a representatividade de gênero seja considerada como um valor adicional. Essa abordagem poderia ajudar a criar um judiciário mais diversificado e, por consequência, mais representativo da sociedade brasileira.

A implementação de práticas inovadoras para promover a igualdade de gênero no judiciário brasileiro requer não apenas adaptações legais e institucionais, mas também um compromisso cultural e político com a mudança. A experiência internacional oferece modelos valiosos que, se adaptados e implementados de forma cuidadosa, podem significativamente avançar a igualdade de gênero no sistema judiciário do Brasil.

CONCLUSÃO

Este artigo explorou várias práticas internacionais adotadas para promover a igualdade de gênero no Poder Judiciário, revelando a importância de tais políticas para a criação de sistemas judiciais mais justos e representativos. A análise comparativa destacou exemplos de países como os nórdicos, que implementam políticas de equilíbrio entre vida profissional e pessoal, Ruanda, com suas eficazes quotas de gênero pós-conflito, o Canadá, que utiliza critérios de diversidade em seus sistemas de nomeação baseados em mérito, e os Estados Unidos, com seus robustos programas de mentoria e networking.

A necessidade de adaptar e implementar práticas semelhantes no Brasil é evidente para promover um ambiente mais igualitário e diversificado no judiciário. As lições aprendidas com essas jurisdições internacionais sugerem que a integração de políticas de igualdade de gênero no sistema judicial brasileiro não só é possível, mas também benéfica para a qualidade da justiça e para a confiança pública nas instituições legais.

A importância de adaptar e implementar práticas semelhantes no Brasil é clara. Ao promover um ambiente mais igualitário e diversificado no Poder Judiciário, espera-se não apenas aumentar a justiça e a equidade dentro do sistema jurídico, mas também melhorar a percepção e a confiança do público nas decisões judiciais. A inclusão de mais mulheres em posições de poder no judiciário é crucial para refletir a demografia da população brasileira e para enriquecer as perspectivas jurídicas com experiências e entendimentos diversos.

Para futuras pesquisas, é crucial investigar mais profundamente os impactos de longo prazo das quotas de gênero e outras políticas de inclusão em diferentes contextos culturais e legais. Além disso, estudos que avaliem o impacto de programas de mentoria e networking sobre a progressão de carreira das mulheres no judiciário podem fornecer insights adicionais sobre práticas mais eficazes. Outra área relevante para pesquisa inclui a análise das barreiras remanescentes que impedem as mulheres de alcançar posições de liderança no judiciário, mesmo em países com políticas avançadas de igualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

Banco Mundial, "Mulheres, Negócios e a Lei", disponível em: <https://wbl.worldbank.org/> Acesso em: 10 mar. 2024.
Organização das Nações Unidas (ONU), "International Day of Women Judges", disponível em: <https://www.un.org/en/observances/women-judges-day> Acesso em: 10 mar. 2024.
United Nations Women, "Promoting women's rights, a 'proven' strategy for peace", disponível em: <https://news.un.org/en/story/2022/06/1121632> Acesso em: 16 mar. 2024.

United Nations, "Gender Equality and Women's Empowerment", disponível em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/gender-equality/> Acesso em: 16 mar. 2024.

World Bank. Women, Business and the Law 2024. Disponível em: <https://wbl.worldbank.org/>. Acesso em: 06 mar. 2024.

World Bank. World Development Report 2012: Gender Equality and Development. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/4391>. Acesso em: 06 mar. 2024.

World Bank. Empowering Women by Balancing the Law. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic/gender>. Acesso em: 12 abr. 2024.

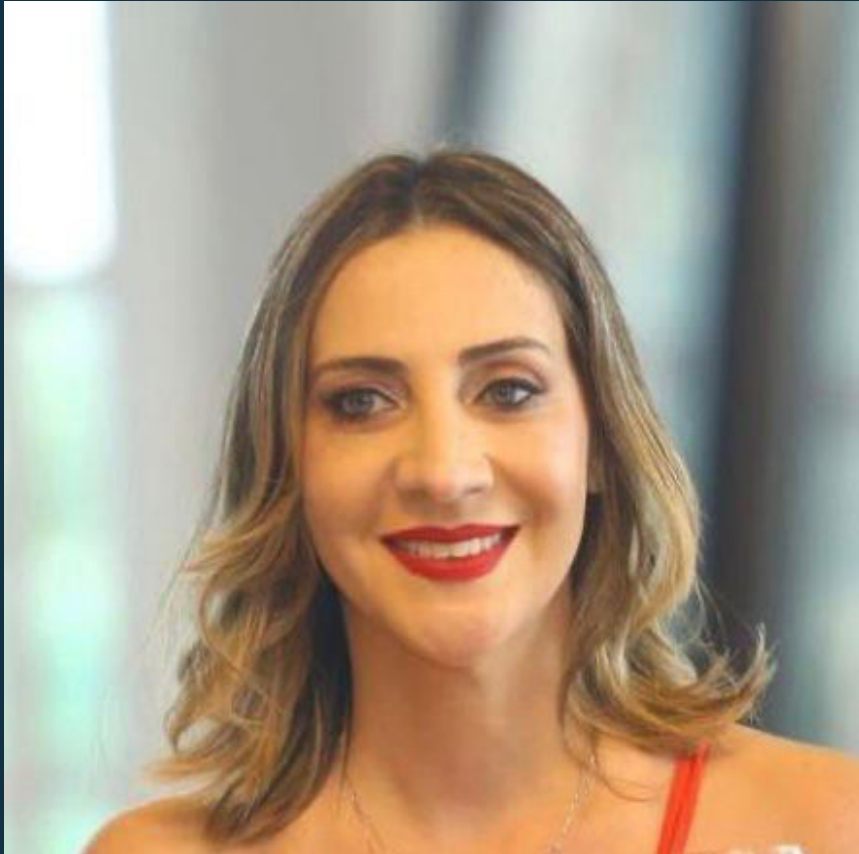
REFLEXÕES SOBRE A RESOLUÇÃO Nº 525 DO CNJ: A TUTELA PELA PARIDADE DE GÊNERO NA MAGISTRATURA BRASILEIRA



Camila Henning Salmoria¹

Este artigo aborda a Resolução n. 525 do Conselho Nacional de Justiça e sua importância na promoção da igualdade de gênero na magistratura brasileira. Discute-se a necessidade de estabelecer metas e métricas claras para combater a desigualdade de gênero e promover a inclusão genuína em todos os níveis organizacionais.

¹ Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná, titular junto à 5ª Turma Recursal; mestranda em Direito, Eficiência e Sistema de Justiça, na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) especialista em Direito Digital pela ENFAM; graduanda em Inteligência Artificial pela Universidade Positivo (UP); integrante dos coletivos Antígona-TJPR e Todas da Lei.



Luciene Oliveira Vizzotto Zanetti²

A resolução é vista como um marco importante, estabelecendo diretrizes e medidas para a igualdade de gênero, incluindo ações afirmativas e políticas de inclusão. O artigo enfatiza que a superação da desigualdade de gênero é um processo contínuo que requer o compromisso de todos os atores envolvidos e a implementação de medidas eficazes.

Palavras-chave: gênero; magistratura; Resolução CNJ n. 525.

² Mãe da Maria Eduarda e da Maria Luisa. Possui graduação em Direito (2003). Exerce o cargo de Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná desde 2006, Mestre em Estudos sobre as Mulheres, Gênero, Cidadania e Desenvolvimento pela Universidade Aberta de Portugal, Especialista em Direitos Humanos e Questão Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, (PUCPR). Membro da Comissão de Igualdade e Gênero do Tribunal de Justiça do Paraná, Representante suplente do Tribunal de Justiça do Paraná no Grupo de Trabalho Interinstitucional de Gênero do Estado do Paraná, Pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisa sobre Gênero, Direitos Humanos e Acesso à Justiça (GEPDI 11) da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), Pesquisadora do Laboratório de Estudos de Femicídio da Universidade Estadual de Londrina, membro do Grupo de Trabalho para Pesquisa na Diretoria AMB Mulheres, Formadora e Tutora de Cursos para Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados pela ENFAM, Coordenadora eleita do grupo de Magistradas estaduais do Tribunal de Justiça do Paraná - Antígona e membro do Coletivo Todas da Lei.

INTRODUÇÃO

A Resolução n. 525, aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em setembro de 2023, marcou um importante passo na promoção da igualdade de gênero no Sistema Judiciário brasileiro. Essa resolução introduziu ações afirmativas de gênero nas promoções por merecimento aos Tribunais, uma medida que visa combater as desigualdades de gênero existentes no Sistema Judiciário (Brasil, 2023a).

Três meses após a aprovação da resolução, o CNJ publicou o Guia Prático Para Aplicação das Regras da Resolução CNJ n. 525/2023. Esse documento detalha os fundamentos da resolução, que foram baseados em pesquisas acadêmicas que identificaram oito tipos de barreiras invisíveis, conhecidas como “tetos de vidro”, que impedem a ascensão hierárquica das magistradas.

Estas barreiras, identificadas na pesquisa de Mariana Rezende Ferreira Yoshida, incluem: 1) dificuldades no ingresso; 2) maior impacto da vida pessoal no exercício do cargo; 3) mais oportunidades de ascensão perdidas devido aos papéis de gênero; 4) discriminação interseccional; 5) atitudes discriminatórias; 6) maior grau de dificuldade no exercício do cargo; 7) menos indicações para cargos com critérios subjetivos de ocupação; e 8) promoção, especialmente por merecimento (Brasil, 2023b).

O presente artigo tem como objetivo analisar essas barreiras à luz das categorias analíticas de gênero, tokenismo, organização genderizada e teto de vidro. Essas categorias permitem compreender como as relações de poder e as estruturas organizacionais são influenciadas pelo gênero, e como isso afeta as trajetórias e as experiências das mulheres nas organizações.

Para aprofundar a discussão, serão utilizadas as perspectivas de autoras renomadas, como Joan Scott (1990), Rosabeth Kanter (1977; 1993) e Joan Acker (1990), que contribuíram significativamente para o desenvolvimento dos estudos de gênero nas organizações de trabalho. Além disso, a dissertação de mestrado de Luciene Zanetti (2023) também será utilizada como referência.

O estudo adotou uma abordagem dedutiva, realizando uma pesquisa bibliográfica exploratória para estabelecer as bases teóricas a partir de livros e artigos acadêmicos (Smith, 2015; Johnson; Christensen, 2017). Essa abordagem permitiu uma compreensão mais profunda dos conceitos e teorias existentes, que são relevantes para o tópico em questão (Creswell, 2013).

Ao mesmo tempo, o estudo fez uso de fontes primárias para entender a natureza dos dados relacionados aos fatos pesquisados. As fontes primárias, que incluem entrevistas, questionários e

observações diretas (Yin, 2014), forneceram uma visão em primeira mão dos fenômenos em estudo. Estas fontes foram fundamentais para obter informações autênticas e não filtradas sobre o tópico de pesquisa (Bryman, 2016). A combinação dessas duas abordagens proporcionou uma visão holística do tópico de pesquisa, permitindo uma análise mais completa e precisa dos dados (Neuman, 2011).

Em suma, este artigo busca contribuir para a compreensão das barreiras que impedem a ascensão das mulheres no Sistema Judiciário brasileiro e explorar possíveis soluções para superar essas barreiras. Por meio de uma análise cuidadosa e detalhada, espera-se lançar luz sobre as complexidades das desigualdades de gênero no Sistema Judiciário e fornecer insights valiosos para a promoção da igualdade de gênero.

1 A RESOLUÇÃO N. 525 DO CNJ

O Direito, historicamente, falhou em garantir a igualdade substancial entre homens e mulheres, perpetuando desigualdades. A igualdade formal reconhecida pela Constituição Federal de 1988 não é suficiente para assegurar a igualdade substancial. A baixa representatividade feminina no Poder Judiciário reforça as desigualdades de gênero. Para promover a igualdade substancial, é essencial aumentar a participação feminina no Judiciário e considerar as diferenças de gênero na elaboração de leis e políticas públicas (Zanetti; Breitwischer, 2023).

A representatividade feminina no Poder Judiciário é baixa, limitando a diversidade de vozes na interpretação e aplicação do Direito. Isso dificulta a progressão de carreira e a ocupação de cargos de liderança pelas mulheres, reforçando as desigualdades de gênero.

Dentro desse contexto, em 27 de setembro de 2023, o CNJ promulgou a Resolução n. 525, sendo um marco importante na promoção da igualdade de gênero no Judiciário brasileiro¹. Essa resolução tem como propósito a revisão da Resolução n. 106/2010 do CNJ, estabelecendo uma medida afirmativa de gênero destinada a fomentar a paridade entre homens e mulheres nos Tribunais de todo o Brasil (Brasil, 2023a).

A construção da Resolução n. 525 do CNJ não foi um evento isolado. Ela floresceu a partir de um terreno fértil, nutrido por anos de mobilizações sociais, pesquisas acadêmicas e decisões judiciais. Diversos estudos evidenciavam a desigualdade de gênero na magistratura, com a sub-representação de mulheres nos cargos mais altos dos Tribunais.

¹ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-aprova-regra-de-genero-para-a-promocao-de-juizes-e-juizas>.

A Resolução n. 525 implementa medidas concretas para alcançar a paridade de gênero nos Tribunais de segundo grau. Entre as principais, podemos destacar que as vagas para desembargadoras serão preenchidas alternadamente por meio de editais abertos mistos (homens e mulheres) e exclusivos para mulheres, até que a proporção de desembargadoras alcance entre 40% e 60% (Brasil, 2023a). A resolução também reconhece a interseccionalidade entre gênero e raça, estabelecendo a priorização de mulheres negras na formação das listas tríplexes (CNJ, 2024).

A medida introduz um procedimento de promoção que alterna entre listas de merecimento exclusivamente femininas e listas mistas, com o intuito de preencher posições na segunda instância. Essa iniciativa é uma resposta aos princípios constitucionais de igualdade e não discriminação e está alinhada a compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e a Convenção de Belém do Pará.

Vale destacar que, no Brasil, tais tratados internacionais, uma vez ratificados, integram a Constituição Federal. A resolução em questão não introduz novos critérios além dos já estabelecidos pela Constituição, pelo contrário, busca corrigir desigualdades resultantes da interpretação e aplicação convencionais.

A referida resolução reconhece que a igualdade de gênero é uma expressão da cidadania e dignidade humana, princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e valores do Estado Democrático de Direito. Ela também reconhece que a igualdade é um pressuposto fundamental da democracia e que a sociedade democrática jamais poderá ignorar as capacidades, os saberes, a experiência e a criatividade das mulheres.

Sua aprovação representa um marco na luta pela equidade de gênero no Judiciário brasileiro. Embora o caminho pela frente possa ser desafiador, essa iniciativa sinaliza um compromisso significativo com a correção das disparidades de longa data. É um passo crucial em direção a um Judiciário mais inclusivo e representativo, que reconhece a importância de garantir que mulheres tenham oportunidades iguais de ascender na carreira jurídica. A continuidade dessa trajetória exigirá vigilância, avaliação e ajustes constantes para assegurar que o objetivo da equidade de gênero seja plenamente realizado.

No entanto, apesar dos avanços significativos, ainda existem desafios a serem superados. Um exemplo disso é a resistência masculina nas instituições, como apontado por Bertha Maakaroun². Das 150 cadeiras do

Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), apenas 31 – 21% – são ocupadas por mulheres. Há Tribunais no Brasil,

como o do Amapá, que não tem uma única desembargadora.

Ainda assim, há progressos notáveis. O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) promoveu a primeira magistrada ao cargo de desembargadora seguindo as determinações do CNJ³. A juíza Maria de Fátima dos Santos Gomes foi promovida, pelo critério do merecimento, após a aposentadoria do desembargador José Tarciso Beraldo. Ela se tornou a primeira mulher beneficiada pela Resolução n. 525 do CNJ.

A implementação da alternância de listas feminina e mista para as promoções por merecimento é, sem dúvida, um passo significativo na direção certa. Essa medida, que visa promover a igualdade de gênero no Judiciário, é uma ação afirmativa que reconhece a necessidade de uma representação mais equitativa nos Tribunais superiores.

No entanto, é importante salientar que, embora essa medida seja louvável, ela é apenas um pequeno passo em direção à igualdade de gênero. A disparidade de gênero existente é uma questão complexa e multifacetada que não pode ser resolvida apenas com a implementação de listas alternadas.

A verdadeira paridade de gênero no Judiciário exigirá um esforço contínuo e a implementação de uma série de ações concretas. Isso pode incluir a promoção de políticas de igualdade de gênero, a realização de treinamentos de sensibilização para questões de gênero e a garantia de que as mulheres tenham as mesmas oportunidades de avançar em suas carreiras jurídicas.

2 GÊNERO, TOKENISMO E ORGANIZAÇÃO GENDERIZADA

A análise de gênero proposta por Joan Scott (1990) é, sem dúvida, uma ferramenta poderosa para desvendar as desigualdades de gênero arraigadas nas estruturas organizacionais. Ao considerar o gênero como uma categoria complexa que vai além das diferenças biológicas, Scott nos convida a examinar como as identidades de gênero são moldadas e transformadas ao longo do tempo, influenciadas por uma variedade de fatores sociais e culturais.

Os símbolos de gênero, por exemplo, desempenham um papel crucial na atribuição de significados específicos aos gêneros masculino e feminino. Esses símbolos, que podem variar amplamente entre diferentes sociedades e culturas, ajudam a moldar as percepções e expectativas em torno do que significa ser homem ou mulher.

² Disponível em: <https://www.em.com.br/colunistas/bertha-maakaroun>

³ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tjsp-promove-a-primeira-desembargadora-por-regra-da-paridade-de-genero/>.

Os conceitos normativos, por sua vez, estabelecem as "regras" de comportamento para cada gênero. Essas normas, muitas vezes, não escritas, ditam como homens e mulheres devem agir, pensar e se comportar em determinados contextos, reforçando assim as diferenças de gênero e contribuindo para a manutenção das desigualdades.

As instituições e organizações também desempenham um papel fundamental na perpetuação das relações de gênero existentes. Por meio de políticas, práticas e estruturas organizacionais, as instituições podem reforçar as normas de gênero, limitando assim as oportunidades e possibilidades disponíveis para cada gênero.

Finalmente, as identidades subjetivas se referem à maneira como os indivíduos se percebem e se posicionam no espectro de gênero. Essas identidades, que são influenciadas por uma combinação de fatores internos e externos, podem variar amplamente entre diferentes indivíduos e ao longo do tempo.

No entanto, apesar da complexidade e diversidade das identidades de gênero, o modelo patriarcal continua a dominar muitas organizações. Esse modelo, que essencializa as diferenças entre homens e mulheres e atribui aos gêneros papéis e características hierarquizadas e fixas, serve como um obstáculo significativo à participação feminina em posições de liderança e tomada de decisões. Nesse contexto de desigualdade estrutural, surge o fenômeno do tokenismo, conceito introduzido por Rosabeth Kanter (1977; 1993).

O tokenismo, fenômeno que emergiu durante a luta pelos direitos civis nos Estados Unidos, denota a prática de inclusão superficial de membros de grupos minoritários em espaços de poder, sem abordar as desigualdades subjacentes ou promover uma verdadeira inclusão. Especificamente no que tange às mulheres, essa categoria analítica emerge como uma das manifestações da desigualdade de gênero nos ambientes laborais. Refere-se à presença meramente simbólica de grupos minoritários, como as mulheres, em contextos nos quais são sub-representadas.

Nesse cenário, as mulheres são percebidas como tokens, símbolos de uma falsa diversidade ou igualdade de oportunidades, enfrentando dificuldades para se integrar e progredir na organização. As mulheres tokens se confrontam com a visibilidade exacerbada, que as submete a um constante escrutínio e pressão por desempenho. Ademais, enfrentam a polarização, que as separa dos grupos dominantes e reforça estereótipos de gênero; e a assimilação, que as obriga a se conformar aos padrões e expectativas masculinas, anulando sua identidade de gênero.

A presença simbólica de mulheres em posições de poder não corresponde à proporção do grupo social minorado em termos de acesso e direitos, perpetuando

as desigualdades que almeja combater. Kanter (1993) ressalta que as mulheres enfrentam três principais desafios no ambiente de trabalho: limitações nas oportunidades de progressão, falta de poder e recursos, e uma representação numérica inferior. Em ambientes dominados por homens, as mulheres são frequentemente relegadas a papéis estereotipados que perpetuam interações tradicionais e limitam sua atuação profissional.

Entre os papéis impostos, identificados por Kanter (1977), encontram-se o de "mãe", que pressiona as mulheres a serem confortadoras e conselheiras, e o de "sedutora", que as objetifica sexualmente. Outros papéis incluem o de "mascote", que trata a competência feminina como uma raridade, e o de "dama de ferro", para aquelas que rejeitam esses estereótipos.

Essas imposições acarretam estresse e problemas pessoais, muitas vezes não reconhecidos pelos colegas masculinos, demandando das mulheres um esforço adicional para manter relações profissionais satisfatórias. Kanter também introduz o conceito de tokenismo, que representa a inclusão simbólica de minorias, mascarando a discriminação real, e perpetuando a hegemonia masculina e a ilusão de representatividade.

Zanetti (2023) adiciona outro conceito relevante para a compreensão da desigualdade de gênero no ambiente corporativo, o de organização genderizada, desenvolvido por Joan Acker (1990). Acker critica a noção de neutralidade de gênero nas organizações, argumentando que estas são estruturadas segundo um modelo masculino, tomado como universal e natural.

A teoria de Acker (1990) sugere que as organizações são processos com base no gênero, nos quais vantagens e desvantagens, controle e ação, significado e identidade são moldados por meio da distinção entre masculino e feminino. Ela argumenta que as suposições sobre gênero estão subjacentes aos documentos e contratos usados para construir organizações, fornecendo uma base de senso comum para teorizar sobre elas.

A continuidade de preconceitos de gênero profundamente arraigados e a perpetuação de estereótipos antiquados alimenta mitos prejudiciais, como a crença na liderança emocional das mulheres, em contraposição à lógica racional. Além disso, a persistência de vieses de gênero históricos e a concepção obsoleta de que as mulheres são naturalmente cuidadoras constitui barreiras significativas ao avanço feminino.

Um estudo no âmbito corporativo revelou que menos da metade dos gestores masculinos reconhece a competência de mulheres em posições de liderança, evidenciando uma desconfiança generalizada sobre as capacidades de liderança feminina em

varias organizações (IBM, 2023). Acker (1990) também aborda como o trabalho abstrato e as hierarquias, conceitos comuns no pensamento organizacional, marginalizam as mulheres, contribuindo para a manutenção da segregação de gênero nas organizações.

Esse conceito é crucial para compreender como o gênero permeia as organizações e pode ser desafiado e reformulado para criar ambientes de trabalho mais igualitários e inclusivos. Acker (1990) pavimentou o caminho para pesquisas e teorias feministas adicionais sobre organizações, incentivando uma análise mais profunda das estruturas de poder e controle que moldam as experiências de gênero no local de trabalho.

O artigo *Hierarchies, Jobs, Bodies: A Theory of Gendered Organizations*, de Joan Acker, publicado em 1990, desafia a suposição comum de que as estruturas organizacionais são neutras em termos de gênero. Acker argumenta que as organizações são processos de gênero nos quais tanto o gênero quanto a sexualidade foram obscurecidos por meio de um discurso neutro no que se refere a eles.

Acker (1990) sugere que as suposições sobre o gênero estão subjacentes aos documentos e contratos usados para construir organizações e fornecer um terreno de senso comum para teorizar sobre elas². Ela examina as maneiras pelas quais o gênero, o corpo e a sexualidade fazem parte dos processos de controle nas organizações de trabalho².

Além disso, Acker (1990) propõe direções para pesquisas feministas e teorias sobre organizações. Ela também destaca a persistência da segregação de gênero por meio de práticas organizacionais, as desigualdades resultantes de renda e status e a reprodução inerente dessas desigualdades, através de símbolos, normas e estruturas³.

3 TETO DE VIDRO E BARREIRAS INVISÍVEIS

A teoria do "teto de vidro" é um conceito que descreve uma barreira invisível que impede certos indivíduos, particularmente mulheres e minorias, de avançar para posições mais altas em suas carreiras. Essa barreira, muitas vezes, não é escrita, o que significa que esses indivíduos são mais propensos a serem restritos de avançar por normas aceitas e preconceitos implícitos, em vez de políticas corporativas definidas.

A teoria descreve um padrão de mulheres entrando facilmente em posições de baixo nível, mas sendo incapazes de avançar para posições de alto nível. Isso resulta em uma falta de diversidade em papéis de liderança e perpetua a desigualdade no local de trabalho. A frase "teto de vidro" foi cunhada por Marilyn Loden durante um discurso, em 1978.

Além disso, é importante notar que a teoria do "teto de vidro" não se aplica apenas às mulheres, mas

também às minorias². As minorias, muitas vezes, enfrentam dificuldades adicionais para avançar em suas carreiras devido a preconceitos e discriminação. Portanto, é essencial que as organizações se esforcem para criar um ambiente de trabalho inclusivo e diversificado.

Neste contexto, a literatura, com seus pincéis de palavras, presenteia-nos com diversas metáforas que ilustram a discrepância entre homens e mulheres nos ambientes de trabalho. Uma das metáforas usadas, o "teto de vidro", que representa a segregação vertical de gênero, destaca a falta de mulheres em posições de liderança e administração (Casaca; Lortie, 2018).

Imagine um iceberg: a maior parte submersa, invisível aos olhos. Assim são as mulheres em cargos de liderança: escondidas sob a superfície, ocupando menos espaço do que os homens (Casaca; Lortie, 2018). Essa disparidade se manifesta em diferentes níveis hierárquicos, com as mulheres ocupando cargos mais baixos e menos prestigiados.

A metáfora do iceberg nos leva a questionar: por que as mulheres, com seus talentos e habilidades, ainda não alcançaram a superfície do mundo organizacional? A resposta está em uma teia complexa de fatores, desde estereótipos de gênero até barreiras estruturais e culturais (Casaca; Lortie, 2018).

Essa situação tem motivações diversas, como estereótipos de gênero, barreiras estruturais e culturais, representadas pelo "teto de vidro", que se refere aos obstáculos invisíveis à ascensão feminina na liderança (Zanetti, 2023). Essas barreiras incluem preconceitos, falta de modelos femininos de liderança e uma cultura que favorece estilos tradicionalmente masculinos, sendo, muitas vezes, sutis e não escritas, tornando-as difíceis de identificar e superar.

A divisão sexual do trabalho é outro fenômeno profundamente enraizado na sociedade, pelo qual as mulheres são frequentemente encarregadas das responsabilidades familiares e domésticas, enquanto os homens são incentivados a focar em suas carreiras profissionais. Essa divisão cria desigualdades significativas, especialmente quando se trata da maternidade das mulheres, em espaços de poder (Zanetti, 2023).

A sociedade impõe às mulheres uma série de expectativas em relação ao seu papel no ambiente familiar e de trabalho. Como destaca Steil (1997), desde a infância, as crianças são socializadas para entender e aceitar os papéis de gênero atribuídos a elas. Essas expectativas reforçam a ideia de que as mulheres devem priorizar suas responsabilidades domésticas e de cuidado, o que, muitas vezes, impede que avancem em suas carreiras.

A maternidade é um ponto crítico nesse contexto. Mulheres que ocupam cargos de liderança enfrentam desafios adicionais devido à pressão

social e às expectativas de que devem equilibrar a vida profissional e familiar. Como mencionado por Santos e Amâncio (2014), empresas, muitas vezes, preferem contratar pessoas sem “distrações”, criando um ambiente onde as mulheres são desencorajadas ou até mesmo penalizadas por serem mães.

Logo, não se pode negar que a divisão sexual do trabalho é um fenômeno complexo que influencia diretamente a participação das mulheres em posições de liderança e poder dentro das organizações. Como apontado por Acker (1990), as responsabilidades familiares, especialmente relacionadas à maternidade, recaem desproporcionalmente sobre as mulheres, o que impacta significativamente suas oportunidades de avanço profissional. Essa realidade está profundamente enraizada nas expectativas sociais de gênero, como destacado por Steil (1997), já que, desde cedo, socializam meninas para assumirem papéis de cuidado e de responsabilidade doméstica.

A sociedade, muitas vezes, percebe a maternidade como um “obstáculo” para as mulheres em posições de destaque, como ressaltado por Williams (1995), conforme citado em Santos e Amâncio (2014). Essa visão discriminatória reflete a falta de compreensão das demandas únicas enfrentadas pelas mulheres no ambiente de trabalho e na vida familiar, manifestando-se de diversas formas.

Além das expectativas sociais, a divisão sexual do trabalho também é perpetuada por estruturas organizacionais que, muitas vezes, não oferecem suporte adequado às trabalhadoras com responsabilidades familiares. Conforme observado por Acker (1990), essas estruturas podem dificultar a construção de redes profissionais e o avanço na carreira por mulheres, criando um “labirinto” de desafios que impacta sua trajetória profissional.

Conforme ressalta Zanetti (2023), a ascensão da mulher a cargos de liderança tem desdobramentos significativos não apenas para ela, mas para toda uma cadeia assistencial que se forma ao seu redor. Observa-se que, mesmo quando a gestão do trabalho doméstico fica sob a responsabilidade das mulheres em posição de liderança, nos espaços de poder, muitas delas contam com o auxílio de empregadas domésticas, configurando assim o fenômeno da cadeia assistencial.

Segundo Parreñas (2012), a cadeia assistencial é uma dinâmica na qual apenas as mulheres são esperadas para realizar o trabalho de cuidado. Isso se reflete na divisão tradicional das tarefas domésticas, reforçando estereótipos de gênero e sobrecarregando as mulheres, mesmo quando possuem ajuda externa. Essa realidade é destacada por Perista et al. (2016), que ressaltam como qualquer contribuição masculina nas tarefas domésticas é, com frequência, superestimada, dada a baixa expectativa cultural sobre o envolvimento dos homens nesses afazeres.

4 A DESIGUALDADE DE GÊNERO NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: OBSTÁCULOS E PERSPECTIVAS

A inclusão da mulher no mercado de trabalho externo, um fenômeno relativamente novo, trouxe consigo desigualdades de gênero derivadas tanto da competição profissional entre os sexos quanto da distribuição desigual do trabalho doméstico. Essa desigualdade tem raízes no patriarcado, um sistema que confere aos homens autoridade institucional sobre mulheres e filhos na família. Presente em todas as sociedades contemporâneas, o patriarcado se entrelaça com o capitalismo, abrangendo conceitos como propriedade privada e sua herança, e influenciando aspectos culturais, sociais e políticos. A estrutura do trabalho capitalista frequentemente justifica a exploração das mulheres sob a premissa de que elas são menos produtivas devido à maternidade e às responsabilidades de cuidado tradicionalmente atribuídas a elas, como o cuidado com a casa, crianças e idosos.

A dicotomia de gênero estabelecida pela sociedade patriarcal coloca os homens em um papel central e relega as mulheres a um papel secundário, definindo o trabalho doméstico e o cuidado com a família como funções femininas inatas. Isso resulta em estereótipos de gênero que desfavorecem as mulheres, atribuindo-lhes automaticamente as tarefas de cuidado familiar e doméstico (Salmoria, 2023).

Essa estrutura discriminatória de gênero se replica no Poder Judiciário, no qual distinções associadas ao feminino, como gravidez, amamentação e a necessidade de conciliar trabalho doméstico com a carreira, prejudicam a progressão profissional das mulheres. De acordo com a Nota Técnica n. 01/2017 da Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) e pesquisas da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), uma esmagadora maioria de 93,66% das magistradas reportou que a dupla jornada de trabalho é um obstáculo significativo para sua ascensão na carreira (Borba, 2023).

Essa sobrecarga de responsabilidades pode ser especialmente prejudicial para as mulheres em cargos de liderança, pois exige delas não apenas competência profissional, mas também habilidades de gestão do lar e dos cuidados familiares. Essas exigências podem se tornar incompatíveis com as responsabilidades profissionais, impedindo que as mulheres alcancem trajetórias profissionais equivalentes às dos homens.

As juízas federais (83,88%) acreditam que a dificuldade de mudança de domicílio, frequentemente necessária para avançar na carreira, impacta negativamente sua representatividade na Justiça Federal (Lourenço; Bandeira, 2024). Quase um terço se recusa a aceitar promoções devido a essas exigências, destacando um contraste acentuado com

as experiências de seus colegas homens. No que diz respeito à progressão na carreira, 81,87% das entrevistadas reportaram enfrentar desafios adicionais, especialmente relacionados à "ruptura da unidade familiar" e à "distância da família".

As conclusões corroboram os dados do primeiro Censo do Poder Judiciário (Brasil, 2013), com 64,5% das magistradas apontando que as exigências de suas carreiras afetam de maneira mais acentuada suas vidas pessoais em comparação aos seus pares masculinos. É crucial ressaltar que as responsabilidades domésticas e de cuidados podem limitar o tempo disponível para interações informais, essenciais nas dinâmicas organizacionais.

Essa realidade é um reflexo de um fenômeno mais amplo de discriminação contra as mulheres que remonta a tempos antigos. Apesar dos avanços sociais, a predominância masculina ainda é notável em várias instituições, incluindo o Poder Judiciário brasileiro. As mulheres só foram autorizadas a ingressar nesse poder a partir de 1939 (Lourenço; Bandeira, 2024), mas a magistratura ainda é majoritariamente masculina, branca e de origem elitista. Portanto, as dificuldades enfrentadas pelas magistradas na conciliação entre carreira e vida pessoal são parte de um contexto mais amplo de desigualdade de gênero, na sociedade e nas instituições.

A ascensão das mulheres a posições de liderança no campo jurídico, assumindo papéis como juízas, promotoras e advogadas, tem sido um processo gradual. Embora as mulheres representem uma parcela significativa da população em geral e da força de trabalho, sua presença em posições de destaque no setor jurídico ainda é desigual. Por exemplo, apesar de constituírem 51% da população brasileira, essa representatividade não se estende de maneira equivalente aos cargos de liderança política (Lourenço; Bandeira, 2024). Na Câmara dos Deputados, apenas 18% dos assentos são ocupados por mulheres; enquanto no Senado, o número é de 19%. A disparidade se torna ainda mais evidente no Supremo Tribunal Federal, onde apenas uma das onze cadeiras é ocupada por uma mulher (Poder360, 2023).

Estudos realizados ao longo dos anos evidenciam a desigualdade estrutural na participação feminina dentro do Judiciário, traçando um panorama histórico. Em 1996, o Perfil do Magistrado Brasileiro destacava que apenas 20,7% eram magistradas. Com o passar do tempo, houve uma certa evolução, com o percentual atingindo 38%, em 2023 (Lourenço; Bandeira, 2024). Comparando diferentes Tribunais, no período de 2020 a 2022, destaca-se a Justiça do Trabalho, sendo o único segmento a alcançar a paridade de gênero com 50,5% de magistradas. Por outro lado, a Justiça Federal e a Estadual apresentaram flutuações significativas, com

a presença feminina variando de menos de 20% a 45% (Araújo, 2023).

Os números ilustram uma contínua disparidade de gênero, evidenciando que as mulheres ainda não alcançaram uma representação equitativa no Judiciário. As variações e a ausência de uma tendência clara de aumento sugerem a influência de fatores estruturais e culturais na composição desse segmento do Estado, inclusive nas barreiras de ingresso. A falta de uma tendência de crescimento consistente também indica a dificuldade em prever quando a igualdade de gênero será alcançada.

Um exemplo da afirmação acima é o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), onde as autoras deste artigo atuam como juízas de direito e apenas cerca de 13,8% (18) ou 14,6% (19) dos cargos de desembargadoras são ocupados por mulheres. Esse número é inferior à média de outros Tribunais estaduais, que é de 20%, embora esta ainda seja baixa. Em contrapartida, as magistradas representam 42% no TJPR, uma proporção relevante, mas que ainda reflete a desigualdade de gênero (Antígona, 2023). A comparação entre as taxas de magistradas e desembargadoras demonstra a tendência já vista das cortes superiores, com a disparidade de gênero se acentuando nos níveis mais altos de decisão.

Além da questão de gênero, a diversidade étnico-racial nas posições jurídicas de alto nível também é motivo de preocupação. A tokenização também permite que a mulher branca continue representando universalmente aquelas não abarcadas por diretrizes do patriarcado racista, trazendo à tona a sensação de isolamento sentida, especialmente, por lideranças femininas nas posições mais altas.

A esmagadora maioria das mulheres em posições judiciárias de segundo grau são brancas, evidenciando uma representação desproporcionalmente baixa de mulheres negras e pardas. Essa constatação ressalta a urgência de políticas inclusivas que abordem simultaneamente gênero e etnia, com o objetivo de refletir a diversidade populacional no ambiente jurídico.

Ao se aprofundar na análise das estatísticas, é possível identificar que a representatividade feminina no Judiciário que, atualmente, é de 38%, não está em conformidade com a proporção de mulheres na população, que é de 51% (Lourenço; Bandeira, 2024). Essa discrepância é ainda mais evidente quando se trata de mulheres negras: apesar de constituírem 29% da população, elas ocupam apenas 7% das posições no Judiciário. Em contraste, os homens brancos, que representam 20% da população, ocupam metade dos cargos no Judiciário. Essa realidade evidencia uma predominância significativa de homens brancos nas funções judiciais.

Ressalta-se a representação de pessoas negras no Judiciário, que é de 18%,

consideravelmente menor do que sua representação demográfica, que é de 56% (Araújo, 2023). Isso sugere que a busca pela equidade no Judiciário não é apenas uma questão de gênero, mas também de raça. Portanto, são necessários esforços direcionados para superar as desigualdades estruturais que afetam, particularmente, as mulheres negras.

Um dos obstáculos ocultos que as mulheres enfrentam nas carreiras judiciais é o próprio processo de ingresso na magistratura. As estatísticas de ingresso feminino no Judiciário de 2000 a 2022 mostram que a porcentagem de mulheres nunca ultrapassou 50%, variando entre 35% e 46%, com o menor índice registrado em 2009 (Brasil, 2023c).

Ao analisar especificamente os concursos públicos para magistratura no TJPR, entre 2006 e 2021, observa-se um desequilíbrio na taxa de aprovação: 56,1% para homens e 43,9% para mulheres (Antígona, 2023).

Em 2019, uma pesquisa da Ajufe constatou uma participação reduzida de mulheres em bancas examinadoras de concursos para magistratura. Um levantamento do CNJ revelou que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, as mulheres representavam apenas 8,2% dos membros de bancas examinadoras. Essa proporção aumentou para cerca de 20%, entre 2010 e 2020, evidenciando uma evolução muito lenta na representatividade feminina (Rodegheri, 2023).

Diante desse problema, o CNJ emitiu uma recomendação em 15 de dezembro de 2020, instando os Tribunais a garantirem a paridade de gênero nas comissões examinadoras e bancas de concurso para juízes em todo o Brasil. No entanto, essa recomendação aparentemente não foi suficiente e, em 3 de abril de 2023, por meio da Resolução n. 496, o CNJ determinou a obrigatoriedade da paridade de gênero como um critério mandatório para a composição das bancas examinadoras em concursos públicos para a magistratura.

A presença de atitudes discriminatórias foi outra das barreiras de acesso mapeada pelo CNJ. O ambiente de trabalho e as estruturas de poder exibem um sexismo enraizado, com preconceitos que refletem a crença de que mulheres são inferiores, resultando em sua subestimação, desrespeito e consequente exclusão.

Mary Ann Sieghart (2022, p. 78) alerta:

O viés oculto pode ser tão prejudicial, ou até mais, do que o sexismo descarado de tempos atrás. Os tipos mais sutis de discriminação são muito mais frequentes e seus efeitos se acumulam rapidamente com o tempo. Ser interrompida, ignorada, contestada, questionada, desvalorizada e subestimada... cada um desses atos poderia ser considerado um tipo de microagressão, mas seu efeito

macro nas mulheres é tão grave quanto as formas tradicionais de preconceito, por exemplo, as que impedem as mulheres de atuar em determinadas profissões, segundo um estudo sobre as consequências de diferentes tipos de discriminação.

No Judiciário, a estrutura patriarcal se reflete, reproduzindo padrões masculinos e androcêntricos e desvalorizando a presença feminina. O primeiro Censo do Poder Judiciário realizado pelo CNJ, em 2013, destaca a realidade enfrentada por mulheres na justiça brasileira, com 30,2% das magistradas relatando ter experimentado reações negativas de colegas por razões de gênero.

Outras barreiras invisíveis apontadas pelo CNJ que prejudicam a progressão de mulheres no âmbito do Judiciário, impedindo-as de atingir posições elevadas na hierarquia por razões de discriminação de gênero, são a nomeação para cargos a partir de critérios subjetivos e a promoção baseada em mérito.

Análises da Nota Técnica n. 01/2017 da Ajufe e pesquisas da AMB demonstram uma representação feminina reduzida em comitês de seleção, comissões e em cargos de liderança. Além disso, observa-se um índice baixo de mulheres promovidas por mérito nas cinco regiões do país. Aspectos inerentes ao gênero feminino, como gravidez, amamentação e a necessidade de equilibrar trabalho doméstico com a carreira evidenciam uma disparidade nas relações sociais que prejudica as mulheres nos sistemas de progressão e eleição para posições de liderança no Poder Judiciário nacional.

O primeiro Censo do Poder Judiciário (CNJ, 2013) ilustra os desafios enfrentados por mulheres na justiça brasileira. Cerca de 13,6% das magistradas reportaram enfrentar mais obstáculos do que seus colegas homens em relação a promoções e transferências. Notavelmente, homens preenchem aproximadamente 75% das posições nessas cortes, mantendo amplas oportunidades de ascender a desembargadores (Bandeira, 2023).

Entre 1996 e o primeiro semestre de 2022, diagnósticos indicam uma persistente sub-representação feminina na carreira jurídica. O relatório de Participação Feminina na Magistratura de 2023 (referente a dados de 2022), divulgado pelo CNJ, mostra uma redução no percentual de magistradas, de 38,8% para 38%, com uma queda notável nas posições mais elevadas: de 25,7% para 25% entre as desembargadoras desde 2019, e uma estagnação em 25% entre as ministras de Tribunais superiores, apesar do aumento registrado também em 2019 (Brasil, 2023b). Esse panorama sublinha a necessidade urgente de medidas que promovam a igualdade de gênero e combatam

a discriminação nas esferas mais altas do Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

Para combater a desigualdade e promover uma inclusão genuína, é vital estabelecer metas claras e métricas precisas que abordem a representação de gênero em todos os níveis organizacionais, conforme destacado pela IBM (2023). A definição de metas específicas para a igualdade de gênero em posições de liderança e o compromisso com sua realização são etapas críticas para o avanço das mulheres no ambiente corporativo.

O ditado "o que não é medido, não é gerenciado" ressalta a importância de um compromisso tangível com a diversidade e a inclusão, bem como a necessidade de um esforço intencional para remover as barreiras que limitam o potencial feminino. Estratégias baseadas em dados, com metas de representação de gênero de curto e longo prazo, são fundamentais para desafiar o status quo e promover uma verdadeira igualdade no local de trabalho.

Além disso, é essencial que haja um compromisso autêntico em todos os níveis do Judiciário para abordar a desigualdade de gênero. Isso significa que todos, desde os juizes até o pessoal administrativo, devem trabalhar em conjunto para promover a igualdade de gênero. Essas iniciativas são passos significativos na direção certa, mas ainda há um longo caminho a percorrer para alcançar a verdadeira paridade de gênero no Judiciário brasileiro.

A continuidade dessa trajetória exigirá vigilância, avaliação e ajustes contínuos para garantir que o objetivo da igualdade de gênero seja totalmente alcançado. Superar a desigualdade de gênero no Poder Judiciário brasileiro é um desafio que requer ações conjuntas e persistentes. Entre as medidas necessárias estão a implementação de políticas públicas que promovam a igualdade de gênero, o combate ao sexismo e à discriminação, o aprimoramento dos critérios de seleção e promoção, e o aumento da representatividade feminina em cargos de liderança.

A Resolução n. 525 do CNJ é um marco importante nesse sentido. Ela estabelece diretrizes e medidas para promover a igualdade de gênero no Judiciário, incluindo ações afirmativas e políticas de inclusão. Essa resolução é um passo significativo para garantir que a igualdade de gênero seja uma realidade no Judiciário brasileiro.

A superação da desigualdade de gênero no Poder Judiciário brasileiro é um processo contínuo que exige o compromisso de todos os atores envolvidos. Por meio da implementação de medidas eficazes e da mudança de mentalidade, é possível construir um

Judiciário mais justo e representativo da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ACKER, Joan. Hierarchies, Jobs, Bodies: A Theory of Gendered Organizations. *Gender & Society*, v. 4, 1990.

ALVES, D. A. N.; NICOLETTI, J. A. (Coord.). As autoras feministas e o enfrentamento da desigualdade de gênero. Curitiba: Juruá Editora, 2023.

ANTÍGONA. Justiça em números Antígona. Curitiba. 14 de setembro de 2023. Instagram: @antigonatjpr, 2023. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CxL8xxXOJ00/?igsh=MWQwdGd10XNsZmg4bw==>. Acesso em: 10 abr. 2024.

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. No direito, o humano não é feminino. 5 de fevereiro de 2023. São Paulo: Folha de São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2023/02/no-direito-o-humano-nao-e-feminino.shtml/>. Acesso em: 8 abr. 2024.

ASSAD, Sandra Flügel. Julgamento com perspectiva interseccional de gênero: uma releitura do direito a partir dos métodos feministas e decolonialismo. 1. ed. Brasília, DF: Editora Ventura, 2024.

BANDEIRA, Regina. CNJ aprova resolução para dar paridade de gênero nos tribunais. 26 de setembro de 2023, 2023. Disponível em: <https://www.bemparana.com.br/noticias/politica/cnj-aprova-resolucao-para-dar-paridade-de-genero-nos-tribunais/>. Acesso em: 8 abr. 2024.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. Crimes contra mulheres. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

BRYMAN, A. *Social Research Methods*. Oxford University Press, 2016.

BORBA, Livia Lúcia Oliveira; YOSHIDA, Mariana Rezende Ferreira. Gênero e desempenho judicial: transversalidade e propostas para o sistema de metas do CNJ. Brasília: ENAJUS, 2023. Disponível em: https://www.academia.edu/download/110193204/enajus_2023_final.pdf. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL, CNJ. Censo Judiciário. Edição 2013, 2013.

Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/censo-do-poder-judiciario/edicao-2013/>. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. CNJ. Resolução n. 525 de 29 de setembro de 2023. Altera a Resolução CNJ n. 106/2010, dispondo sobre ação afirmativa de gênero, para acesso das magistradas aos tribunais de 2º grau. 2023a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277>. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. CNJ. Guia Prático Para Aplicação Das Regras Da Resolução CNJ n. 525/2023. 2023b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/12/guia-pratico-para-aplicacao-das-regras-da-resolucao-cnj-23-12-12.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2024.

BRASIL. CNJ. O PAINEL Justiça em Números. 2023c. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2024.

BRITTON, Dana M. The Epistemology of the Gendered Organization. *Gender & Society*, v. 14, n. 3, p. 418-434, 2000.

CASACA, A. P.; LORTIE, L. Desigualdades de Gênero no Mercado de Trabalho: Uma Análise à Luz da Teoria da Interseccionalidade. *Revista Brasileira de Sociologia*, v. 73, n. 2, p. 1-24, 2018.

CENTER FOR AMERICAN WOMEN AND POLITICS. Current Numbers. 2024. Disponível em: <https://cawp.rutgers.edu/facts/current-numbers>. Acesso em: 12 mar. 2024.

CONNELL, R. W. Masculinities, Change, and Conflict in Global Society: Thinking About the Future of Men's Studies. *The Journal of Men's Studies*, v. 11, n. 3, p. 249-266, 2003.

CRESWELL, J. W. *Research Design: Qualitative, Quantitative, and Mixed Methods Approaches*. SAGE Publications, 2013.

GOETHALS, George R.; SORENSON, Georgia J.; BURNS, James Macgregor (Ed.). *Barriers to Women's Leadership*. Encyclopedia of leadership. Sage Publications, 2004.

IBM IBV. Women in leadership. 2023. Disponível em: <https://www.ibm.com/thought-leadership/institute-business-value/en-us/report/women-leadership-2023>. Acesso em: 12 mar. 2024.

JOHNSON, B., & CHRISTENSEN, L. *Educational Research: Quantitative, Qualitative, and Mixed Approaches*. SAGE Publications, 2017.

KANTER, R. M. Some Effects of Proportions on Group Life: Skewed Sex Ratios and Responses to Token Women. *The American Journal of Sociology*, v. 82, n. 5, p. 965-990, 1977.

KANTER, Rosabeth Moss. *Men and Women of the Corporation*. Basic Books, 1993.

LOURENÇO, Margareth; BANDEIRA, Regina. Paridade de gênero nos tribunais agrega diferentes visões de mundo às decisões. 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/paridade-de-genero-nos-tribunais-agrega-diferentes-visoes-de-mundo-as-decisoes/>. Acesso em: 8 abr. 2024.

MILLS, Albert J.; DYE, Kelly. *Engaging Acker: Toward an Understanding of the Gendered Organization*, 2005.

NEUMAN, W. L. *Social Research Methods: Qualitative and Quantitative Approaches*. Pearson, 2011.

PARREÑAS, R. S. O Trabalho Reprodutivo de Trabalhadoras Migrantes. *Redes Globais*, v. 12, p. 269-275, 2012.

PARSONS, Talcott. Family Structure and the Socialization of the Child. In: PARSONS, Talcott; BALES, Robert F. (Org.), *Family, Socialization and Interaction Process*. Londres: Routledge, 1956. p. 35-132.

PERISTA, H.; CARDOSO, A.; BRÁZIA, A.; ABRANTES, M.; PERISTA, P. Os Usos do Tempo de Homens e Mulheres em Portugal. Lisboa: Centro de Estudos para a Intervenção Social (CESIS)/Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE), 2016.

PISCITELLI, Adriana. Interseccionalidades, Categorias de Articulação e Experiências de Migrantes Brasileiras. *Sociedade e Cultura*, v. 11, n. 2, 2008.

PODER360. Mulheres são minoria nos Três Poderes. 2023. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/governo/mulheres-sao-minoria-nos-tres-poderes/>. Acesso em: 18 mar. 2024.

RODEGHERI, Letícia Bodanese. A presença e a importância da mulher no Poder Judiciário Brasileiro In: HAMMERSCHMIDT, Denise (Org.). *Tratado dos Direitos das Mulheres - Treatise of Women's Rights*. v. 1. 3 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2023. p. 883-900

SALMORIA, Camila Henning; BAZZO, Mariana Seifert; ALVES, Daiana Alessi Nicoletti. Licença parental e a divisão sexual do trabalho em Portugal. *Laborare*, v. 6, n. 11, p. 105-117, 2023.

SANTOS, Maria Helena; AMÂNCIO, Lígia. Sobremínorias em Profissões Marcadas pelo Gênero: Consequências e Reações. *Análise Social*, v. 212, p. 700-726, 2014.

SCHEER, T. de P. *Labirinto do Direito: análise da competência híbrida nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher à luz do feminismo jurídico*. 1. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2023.

SCOTT, Joan. Gênero: Uma Categoria Útil para a Análise Histórica. *Educação & Realidade*, v. 16, n. 2, p. 5-22, 1990.

SHRM. *Women in Leadership*. 2022. Disponível em: <https://www.shrm.org/content/dam/en/shrm/topics-tools/news/inclusion-equity-diversitySHRM-Women-in-Leadership-Executive-Summary.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2024.

SIEGHART, Mary Ann. *A lacuna de autoridade: por que as mulheres não são levadas tão a sério quanto os homens e como mudar esse cenário*. Trad.: Cristina Yamagami. São Paulo: Benvirá, 2022. 352 p.

SMITH, M. K. *Doing Qualitative Research*. SAGE Publications, 2015.

STEIL, A. V. Organizações, Gênero e Posição Hierárquica - Compreendendo o Fenômeno do Teto de Vidro. *RAUSP Management Journal*, v. 32, n. 3, p. 62-69, 1997.

YIN, R. K. *Case Study Research Design and Methods*. SAGE Publications, 2014.

Zanetti, L. O. V.; Breitwischer, L. G. . Participação Feminina como Forma de Legitimação Democrática da Atuação Judicial. In: HAMMERSCHMIDT, Denise (Org.). *Tratado dos Direitos das Mulheres - Treatise of Women's Rights*. v. 1. 3 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2023, p. 873-882.

ZANETTI, L.O.V. *Desigualdade de Gênero: Impactos da Organização Genderizada na Carreira das Mulheres Magistradas do Tribunal de Justiça do Paraná - Brasil*. Dissertação (Mestrado sobre Estudos das Mulheres, Gênero, Cidadania e Desenvolvimento) - Universidade Aberta de Portugal, Portugal, 2023.

TRIPARTIÇÃO DOS PODERES SOB A PERSPECTIVA E ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADI 6457



Cristiane Santos Leite¹, Camila Soares Cavassim Jayme²

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi desenhada em um cenário histórico peculiar, pós-ditadura militar, e previu de forma bastante clara e expressa a estrutura dos Poderes da União em tripartição de Poderes de forma que coexistissem de modo harmônico e independentes entre si, são eles os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Recentemente, o Poder Judiciário reafirmou essa tripartição dos Poderes em julgamento da ADI 6457, deixando claro, na posição de guardião da Constituição do Brasil, que as Forças Armadas não podem ser consideradas como um

¹ Desembargadora Substituta do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mestranda em Responsabilidade Civil, Universidade de Girona – Girona/ES. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2727820359107601>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-7812-0326> E-mail: crl@tjpr.jus.br

² Chefe de Gabinete de Desembargadora Substituta do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia, Unibrasil – Curitiba/BR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8374910198757243> Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4899-7415> E-mail: cmis@tjpr.jus.br

quarto Poder, e nem possuem competência ou função de Poder Moderador, estando submetida ao comando do Presidente da República.

Palavras-Chave: Tripartição dos Poderes; Poder Moderador; Forças Armadas.

The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 was designed in a peculiar historical scenario, post-military dictatorship, and provided in a very clear and express way the structure of the Union's Powers in tripartition of Powers so that they coexisted in a harmonious and independent way between them, they are the Legislative, Executive and Judiciary Powers. Recently, the Judiciary reaffirmed this tripartition of Powers in the judgment of ADI 6457, making it clear, in its position as guardian of the Constitution of Brazil, that the Armed Forces cannot be considered as a fourth Power, neither do they have the competence or function of a Moderating Power, being subject to the command of the President of the Republic.

Keywords: Tripartition of Powers; Moderating Power; Armed Forces.

INTRODUÇÃO

O presente estudo foi inspirado no recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6457 DF, oportunidade em que a Corte Suprema reafirmou a separação e tripartição dos Poderes, esclarecendo as atribuições das Forças Armadas, afastando sua atuação de uma possível identidade com um quarto Poder, este denominado como Poder Moderador.

Para tanto, o artigo está estruturado em três tópicos. O primeiro deles retoma conceitualmente a tripartição de Poderes no Estado Democrático de Direito Brasileiro, dando destaque a atuação do Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição. O segundo deles indica as regras aplicadas às Forças Armadas. O terceiro e último tópico encara frontalmente a ADI 6457, e os fundamentos tomados pelo STF para reafirmar a tripartição de poderes e esclarecer as atribuições das Forças Armadas, afastando a sua atuação da suposta identidade com um quarto Poder.

Em considerações finais, pondera-se a atuação do STF frente às normativas analisadas, principalmente as Constitucionais, para a conclusão de acerto do Precedente.

1 DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (daqui em diante referida somente como Constituição ou CF) estabelece em seu Art. 2º que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A tripartição dos poderes é uma estratégia de desconcentração do poder político. No Brasil, essa divisão se dá pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais são independentes, mas harmônicos entre si.¹

Os Poderes Legislativo e Executivo possuem um espaço de atuação mais estreito, porque a estes somente é permitida a ação e atuação nos termos da Lei. O Poder Judiciário, por sua vez, possui um espaço de atuação mais confortável, atuando nos termos da Lei enquanto interprete desta, cabendo-lhe a análise normativa e a sua subsunção aos fatos concretos em análise em cada processo.

¹ MARTINELLI, Gustavo. Confirma o que é a tripartição dos poderes e quais são eles. Disponível em <https://www.aurum.com.br/blog/triparticao-dos-poderes/>. Publicado em: 26/09/2022. Acesso em: 23/04/2024

A margem de interpretação da norma somente cabe no espaço do Poder Judiciário, mas esta não está livre ao arbítrio e discricionariedade do Magistrado ou Colegiado julgador, que deve fazê-lo com base no conjunto normativo e principalmente nos parâmetros Constitucionais e principiológicos, para garantir o Direito e a Justiça aos cidadãos brasileiros, tal como posto em Lei.

Destaca-se que, diferentemente do Legislativo e do Executivo, que se encontram em relação de certo entrelaçamento, o Poder Judiciário é aquele que de forma mais inequívoca se singulariza com referência aos demais Poderes. Na realidade, não é o fato de o Judiciário aplicar o Direito que o distingue, uma vez que se cuida de afazer que, de forma mais ou menos intensa, é levado a efeito pelos demais órgãos estatais, especialmente pelos da Administração. Todavia, o que caracterizaria a atividade jurisdicional é a prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados.²

Indiscutível a importância que cada um dos Poderes possui em seu nível de atuação, para o correto funcionamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. Mas nesse momento, escusa-se a evidência e importância atribuída ao Poder Judiciário, em especial por meio da atuação das Cortes Superiores, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), enquanto guardiões da interpretação da norma conforme a Constituição e da própria Constituição, respectivamente.

Não se olvida a existência de “zona de penumbra” entre a atuação dessas duas Cortes Superiores.

Entretanto, como é impossível separar interpretação da lei e interpretação da lei nos termos da Constituição, não há como pensar que o Supremo Tribunal Federal tem competência para analisar recurso que afirma a inconstitucionalidade de determinada interpretação.³

Com isso, compreende-se que se a Constituição possui todas as diretrizes almejadas pelo Poder Constituinte, representando o Poder que emana

² LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JUNIOR, Nelson. Crise dos Poderes da República [livro online] – Ed. 2017. Editora Revista dos Tribunais. Texto 2.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. A Zona de Penumbra entre o STJ e o STF [livro eletrônico] – Ed. 2023. Ed. Revista dos Tribunais. Capítulo III. Item 2.3. Page RB-3.5.

diretamente do povo (Art. 1º, parágrafo único), sendo-lhe a voz dos cidadãos e dos Direitos almejados e garantidos, aquele que o guarda tem uma responsabilidade institucional direta para com o próprio povo. E aqui nos concentramos na atuação do STF.

Tecidas as considerações gerais sobre a tripartição de Poderes, recorda-se que a Constituição de 1998 foi desenhada em um momento histórico pós-ditadura Militar⁴, e nesses termos, cautelosa foi ao não conceder status de Poder às Forças Armadas. Vejamos mais sobre o instituto no próximo tópico.

2 DAS FORÇAS ARMADAS

Retoma-se a letra da Constituição que estabelece em seus Arts. 142 e 143, dentre outras regras, quais são as instituições que compõem as Forças Armadas, e qual a sua principal função.

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, **sob a autoridade suprema do Presidente da República**, e destinam-se **à defesa da Pátria**, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (destacou-se)

Constata-se, portanto, que as Forças Armadas não estão incluídas no texto Constitucional como um tipo ou espécie de Poder da União, estando, no entanto, submetidas à autoridade do Presidente da República, que é não só o Chefe do Estado como do Governo (essa função dúplice do Presidente será adiante retomada).

O §1º do Art. 142 definiu que Lei Complementar disporia sobre as normas gerais a serem seguidas pelas Forças Armadas, o que foi atendido pelo Poder Legislativo com a edição da Lei Complementar (LC) nº 97, de 9 de junho de 1999, que dispõe sobre as normas gerais para organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Referida Lei foi alterada nos anos de 2004 e 2010 pela LC nº 117 e LC nº 136, respectivamente.

Importante acrescentar, quanto ao caráter de submissão das Forças Armadas ao Presidente da República, vez que compete privativamente a ele, nos termos do Art. 84 da Constituição do Brasil:

⁴ WATANABE, Carla; CAIRES, Érica Trinca; NALINI, José Renato; CAIRES, Robson Passos. O Direito e o Extrajudicial: Direito Constitucional [livro online] – v. 3 – Ed. 2021. Revista dos Tribunais. Capítulo 1. Modelo constitucional atual e o regramento extrajudicial. Page RB-1.1.

XIII - **exercer o comando supremo das Forças Armadas**, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99) (destacou-se)

Ao que foi exposto, verifica-se com clareza e facilidade que as Forças Armadas não estão identificadas normativamente como um Poder autônomo, como um quarto Poder, ou mesmo como um Poder Moderador, como se demonstrará que já se discutiu e definiu no STF.

Compreende-se da normativa trazida que a principal função das Forças Armadas, destacada no Art. 142 da CF, é que estas destinam-se à defesa da Pátria, contra terceiros, e não dela mesma, não se falando em Poder Moderador entre os Poderes da União.

3 DO PODER MODERADOR VERSUS FORÇAS ARMADAS – ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADI 6457

Antes de se adentrar ao estudo específico da ADI 6457, recorde-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), prevista constitucionalmente nos Arts. 102, inciso I, alínea a; 103; e 103-A, é modalidade ou espécie de controle abstrato de constitucionalidade.

A referida ação constitucional está regulamentada pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.5 A ADI:

(...) tem por finalidade principal expungir (no todo ou em parte) do ordenamento jurídico a lei ou o ato normativo tido (em abstrato) por inconstitucional. Assim, a procedência da ADI implica, como regra, a anulação da referida lei ou ato normativo, com eficácia ex tunc, como é próprio das decisões de cunho declaratório, ressalvadas as possibilidades de modulação dos efeitos⁶.

No caso da ADI 6457, objeto do presente estudo, tem-se que a ação foi manejada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), com o objetivo de questionar a LC 97/1999 com as alterações acrescentadas, também por meio de LC, em 2004 e 2010.

⁵ BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 23/04/2024.

⁶ LEITE, George Salomão. Jurisdição Constitucional [livro online] – Ed. 2022. Revista dos Tribunais. Capítulo XIV. Ação direta de inconstitucionalidade genérica. 2.Finalidade. Page RB-14.2.

O partido questiona pontos que tratam da hierarquia "sob autoridade suprema do presidente da República"; da definição de ações para destinação das Forças Armadas conforme a Constituição; e da atribuição do presidente da República para decidir a respeito do pedido dos demais Poderes sobre o emprego das Forças Armadas.⁷ (destacou-se)

A seguir, transcrevo os dispositivos questionados da LC nº 97:

Art. 1o As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, **sob a autoridade suprema** do Presidente da República e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (destacou-se)

(...)

Art. 15. O emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, e na participação em operações de paz, é de responsabilidade do Presidente da República, que determinará ao Ministro de Estado da Defesa a ativação de órgãos operacionais, observada a seguinte forma de subordinação: (...)

§ 1o Compete ao Presidente da República a decisão do emprego das Forças Armadas, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos poderes constitucionais, por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados. § 2o A atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, por iniciativa de quaisquer dos poderes constitucionais, ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal.

§ 3o Consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição Federal quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional.

Em 2020, quando do ajuizamento da ação, o Ministro Luiz Fux ao deferir parcialmente o pedido liminar formulado na ADI, indicou

(...) que a missão institucional das Forças Armadas na defesa da Pátria, na garantia dos poderes constitucionais e na garantia da lei e da ordem não acomoda o exercício de poder moderador entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Para ele, a chefia das Forças Armadas é poder limitado, "excluindo-se qualquer interpretação que permita sua utilização para indevidas intromissões no independente funcionamento dos outros Poderes, relacionando-se a autoridade sobre as Forças Armadas às competências materiais atribuídas pela Constituição ao presidente da República.⁸

Portanto, nota-se já na decisão inaugural liminar da ADI o posicionamento do STF em reforçar a tripartição de Poderes constitucionalmente prevista quanto a existência tão somente de três Poderes da União, quais sejam, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, sem atribuir as Forças Armadas referido status ou Poder.

Eis a confirmação da Medida Cautelar pelo Plenário, donde transcreve-se a ementa do Precedente:

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 142 DA CONSTITUIÇÃO. ATRIBUIÇÕES DAS FORÇAS ARMADAS. LEI COMPLEMENTAR FEDERAL 97/1999, ARTIGOS 1º, CAPUT, E 15, CAPUT E §§ 1º, 2º e 3º. SEPARAÇÃO DE PODERES. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. MEDIDA CAUTELAR

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícia "Para Luiz Fux, Forças Armadas são órgãos de Estado, não de governo". Publicado em 12/06/2020 19h00. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445416&ori=1>. Acesso em 19/04/2024.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícia "Para Luiz Fux, Forças Armadas são órgãos de Estado, não de governo". Publicado em 12/06/2020 19h00. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445416&ori=1>. Acesso em 19/04/2024.

DEFERIDA EM PARTE AD REFERENDUM DO PLENÁRIO.⁹

Destaca-se trecho relevante da decisão de medida cautelar da ADI:

(...) a "autoridade suprema" sobre as Forças Armadas conferida ao Presidente da República correlaciona-se às balizas de hierarquia e de disciplina que informam a conduta militar. Entretanto, por óbvio, não se sobrepõe à separação e à harmonia entre os Poderes, cujo funcionamento livre e independente fundamenta a democracia constitucional, no âmbito da qual nenhuma autoridade está acima das demais ou fora do alcance da Constituição¹⁰.

Na continuidade da notícia veiculada pelo próprio STF, também há destaque para a narrativa do Ministro:

Luiz Fux também frisou que a prerrogativa do presidente da República de autorizar o emprego das Forças Armadas, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos outros poderes constitucionais, não pode ser exercida contra os próprios Poderes entre si. "O emprego das Forças Armadas para a 'garantia da lei e da ordem', embora não se limite às hipóteses de intervenção federal, de estados de defesa e de estado sítio, presta-se ao excepcional enfrentamento de grave e concreta violação à segurança pública interna, em caráter subsidiário, após o esgotamento dos mecanismos ordinários e preferenciais de preservação da ordem pública", assentou o ministro, ao lembrar que a ação deve ocorrer mediante a atuação colaborativa das instituições estatais e sujeita ao controle permanente dos demais Poderes, na forma da Constituição e da lei.¹¹

Portanto, as Forças Armadas devem ser encaradas como um mecanismo ou ferramenta para garantia do Estado Democrático de Direito, e não para exercício de poderes extraconstitucionais ou anticonstitucionais contra a própria instituição e contra ou entre os Poderes.

Impõe-se, assim, reconhecer que, em um Estado Democrático de Direito, nenhum agente estatal, inclusive o Presidente da República, dispõe de poderes extraconstitucionais ou anticonstitucionais, ainda que em momentos de crise, qualquer que seja a sua natureza. A Constituição bem tratou de definir os limites rígidos de atuação dos poderes estatais, seja em períodos de normalidade institucional, seja em períodos extraordinários. Destarte, todo e qualquer exercício de poder político deve encontrar validade na Constituição e nela se justificar.¹²

Retoma-se o registro já iniciado antes, por oportuno para compreensão dos fundamentos tomados pelo STF na ADI, que o Presidente da República cumula funções, e mesmo que represente um dos Poderes, qual seja, o Poder Executivo, as Forças Armadas que também estão sob seu comando não se igualam ao status de Poder.

Com efeito, no modelo constitucional brasileiro, o Presidente da República acumula as funções de Chefe de Estado, como representante máximo do país perante a comunidade internacional, e de Chefe de Governo, como liderança doméstica para a formulação de políticas públicas e para a coordenação federativa. Dessa circunstância decorre o amplo catálogo de atribuições elencadas nesse dispositivo constitucional, que conferem ao Presidente da República poderes para a condução do Estado, das relações internacionais e da Administração Pública federal¹³.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.457 Distrito Federal. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/A/DI6457.pdf>. Acesso em 23/04/2024. Página 01 da decisão.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.457 Distrito Federal. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/A/DI6457.pdf>. Acesso em 23/04/2024. Página 06 da decisão.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícia "Para Luiz Fux, Forças Armadas são órgãos de Estado, não de governo". Publicado em 12/06/2020 19h00. Disponível em

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445416&ori=1>. Acesso em 19/04/2024.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.457 Distrito Federal. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/A/DI6457.pdf>. Acesso em 23/04/2024. Página 08 da decisão.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.457 Distrito Federal. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/A/DI6457.pdf>. Acesso em 23/04/2024. Página 07 da decisão.

Fechando este raciocínio o STF indicou que a melhor interpretação a ser dada, considerando a duplicidade de atribuições do Presidente, é de que o comando das Forças Armadas e a expressão autoridade suprema deve ser interpretada de forma restritiva quanto às competências privativas descritas no Art. 84 da Constituição, em especial dos incisos II, IV, VI, alíneas a) e b), IX, X, XIII, XIX, XX e XXII.¹⁴

Mais adiante e de forma bastante recente, nesse último mês de abril de 2024, o Plenário do STF julgou em definitivo a ADI, reafirmando a liminar anteriormente proferida, nestes termos¹⁵:

O Tribunal, por unanimidade, converteu o referendo da medida cautelar em julgamento de mérito e julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, para conferir interpretação conforme aos artigos 1º, caput, e 15, caput e §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Complementar 97/1999 e assentar que: (i) **A missão institucional das Forças Armadas na defesa da Pátria**, na garantia dos poderes constitucionais e na garantia da lei e da ordem **não acomoda o exercício de poder moderador entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário**; (ii) A chefia das Forças Armadas é poder limitado, **excluindo-se qualquer interpretação que permita sua utilização para indevidas intromissões no independente funcionamento dos outros Poderes**, relacionando-se a autoridade sobre as Forças Armadas às competências materiais atribuídas pela Constituição ao Presidente da República; (iii) **A prerrogativa do Presidente da República de autorizar o emprego das Forças Armadas**, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos outros poderes constitucionais – por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados –, **não pode ser exercida contra os próprios Poderes entre si**; (iv) O emprego das Forças Armadas para a "garantia da lei e da ordem", embora não se limite às hipóteses de intervenção federal, de estados de defesa e de estado de sítio, presta-se ao excepcional enfrentamento de grave e concreta violação à segurança pública interna, em caráter subsidiário, após o esgotamento dos mecanismos ordinários e preferenciais de

preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, mediante a atuação colaborativa das instituições estatais e sujeita ao controle permanente dos demais poderes, na forma da Constituição e da lei. Tudo nos termos do voto do Relator. Os Ministros Flávio Dino, Gilmar Mendes, Cristiano Zanin, Alexandre de Moraes e Dias Toffoli acompanharam o Relator com ressalvas. Falaram: pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Gustavo Henrique Catisane Diniz, Advogado da União; e, pelo amicus curiae Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, a Dra. Manuela Elias Batista. Plenário, Sessão Virtual de 29.3.2024 a 8.4.2024. (destacou-se)

Infelizmente até o encerramento da escrita e submissão do presente artigo ainda não havia sido publicada a íntegra do acórdão, para que se pudessem analisar e expor por detalhes os fundamentos tomados pelo Plenário na confirmação da Medida Cautelar.

Mas do que outrora já fora destacado dos fundamentos da Medida Cautelar, conclui-se que bem agiu o STF ao julgar parcialmente procedente a ADI resguardando a tripartição de Poderes da Constituição, sem qualquer margem para interpretação de possibilidade de existência de um quarto Poder Mediador ou mesmo de soberania da atuação do Presidente e das Forças Armadas frente aos demais Poderes da União.

CONCLUSÃO

Ao passo que a Constituição Federal é clara em definir a existência de três, e somente três Poderes da União, sendo eles o Legislativo, Executivo e Judiciário, não há espaço constitucional para admissão e interpretação de existência de um quarto Poder, seja ele Moderador ou não.

O uso das Forças Armadas é ferramenta de guarda da ordem do Estado Democrático de Direito, submetida ao crivo e comando do Presidente da República, principalmente na sua atuação como Chefe de Estado.

Neste íterim, não seria lógico que o Presidente da República, na sua dicotomia de Chefe de Governo e Chefe de Estado, pudesse estar à frente de dois Poderes distintos, sendo eles o Poder Executivo e o Poder Moderador por meio das Forças Armadas.

A dicotomia aqui imaginada, e conforme amplamente exposto inadmitida, afrontaria diretamente

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.457 Distrito Federal. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/A/DI6457.pdf>. Acesso em 23/04/2024. Página 07 e 08 da decisão.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícia "Por unanimidade, ministros do STF rejeitam tese de poder moderador das Forças Armadas". Publicado em 08/04/2024 15h05. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=531731&ori=1>. Acesso em 19/04/2024.

a Constituição Federal e o princípio máximo de independência e harmonia entre os Poderes, que já se moderam e controlam (sistema de freios e contrapesos) em sua atuação independente e harmônica entre si.

O Precedente nesse estudo é um belo exemplo de atuação acertada pelo STF enquanto guardião da Constituição, que afastou a possibilidade de inserção e admissão de atuação das Forças Armadas enquanto quarto Poder ou Poder Moderador, que não está previsto explícita ou implicitamente pela Constituição.

A fixação da Tese escrita pelo STF no julgamento desta ADI traz consigo quatro (iv) itens que lidos em conjunto orientam de forma clara, e livre de interpretações dúbias, os limites de atuação das Forças Armadas nos termos da própria Constituição Federal e da Lei Complementar que a regulamentam.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19/04/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Consulta processual "ADI 6457 – NÚMERO ÚNICO 0095284-48.2020.1.00.0000". Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5934738>. Acesso em 19/04/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.457 Distrito Federal. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/ADI6457.pdf>. Acesso em 23/04/2024.

BRASIL. Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm. Acesso em 19/04/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícia "Para Luiz Fux, Forças Armadas são órgãos de Estado, não de governo". Publicado em 12/06/2020 19h00. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445416&ori=1>. Acesso em 19/04/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícia "Por unanimidade, ministros do STF rejeitam tese de poder moderador das Forças Armadas". Publicado em 08/04/2024 15h05. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=531731&ori=1>. Acesso em 19/04/2024.

LEITE, George Salomão. Jurisdição Constitucional – Ed. 2022. Revista dos Tribunais. Capítulo XIV. Ação direta de inconstitucionalidade genérica. 2.Finalidade. Page RB-14.2.

LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JUNIOR, Nelson. Crise dos Poderes da República [livro online] – Ed. 2017. Editora Revista dos Tribunais. Texto 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Zona de Penumbra entre o STJ e o STF [livro eletrônico] – Ed. 2023. Ed. Revista dos Tribunais. Capítulo III. Item 2.3. Page RB-3.5.

MARTINELLI, Gustavo. Confirma o que é a tripartição dos poderes e quais são eles. Disponível em <https://www.aurum.com.br/blog/triparticao-dos-poderes/>. Publicado em 26/09/2022. Acesso em 23/04/2024

WATANABE, Carla; CAIRES, Érica Trinca; NALINI, José Renato; CAIRES, Robson Passos. O Direito e o Extrajudicial: Direito Constitucional – v. 3 – Ed. 2021. Revista dos Tribunais. Capítulo 1. Modelo constitucional atual e o regramento extrajudicial. Page RB-1.1.

A MULHER NO PODER JUDICIÁRIO – UMA QUESTÃO DE IGUALDADE¹



Adriane Garcel Chueire Calixto²

A presença feminina ainda é minoritária no Poder Judiciário e, quanto mais alto o cargo, menor é a representatividade. Diante da importância de um Poder Judiciário que reflita a composição da sociedade, o presente artigo tem como objetivo apresentar uma análise de direito comparado sobre os dados da participação das mulheres no Judiciário, bem como expor os principais obstáculos encontrados e as medidas adotadas pelo Brasil – principalmente pelo CNJ e pelo TJPR – e por outros países na busca pela igualdade de gênero. Para tanto, adota-se o método quantitativo, por meio da exposição de dados secundários e sua posterior análise. Como resultado, constata-se se um esforço realizado na busca de superação das barreiras encontradas pelas mulheres e um progresso nesse sentido, entretanto, conclui-se que ainda há um longo caminho a ser percorrido, sendo necessário analisar não apenas os números, mas também os cargos ocupados pelas mulheres na carreira.

Palavras-Chaves: poder judiciário; participação feminina; dados; direito comparado.

¹ O texto é uma versão atualizada do Título original em inglês: The “Taillers” of the Judicial Power – a matter of equity, publicado em coautoria com Prof. Eduardo Baracat apresentado no Programa de Doutorado no Centro Universitário UniCuritiba.

² Doutoranda e Mestra em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP e pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA. Pós-graduada pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR. Graduada em Letras e Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Mediadora Judicial. Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR. Professora no Curso de Direito no Centro Universitário do Paraná – UNIENSINO. Email: adriane.garcel@tjpr.jus.br. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>

WOMEN IN THE JUDICIARY – A QUESTION OF EQUALITY



Viviane Coelho de Séllos-Knoerr³

The female presence is still a minority in the Judiciary and, the higher the position, the lower the representation. Given the importance of a Judiciary that reflects the composition of society, this article aims to present a comparative law analysis of data on women's participation in the Judiciary, as well as exposing the main obstacles encountered and the measures adopted by Brazil - mainly by the CNJ and TJPR - and by other countries in the search for gender equality. To this end, the quantitative method is adopted, through the exposure of secondary data and its subsequent analysis. As a result, it was found that if an effort is made in the search to overcome the barriers encountered by women and progress in this sense, however, it is concluded that there is still a long way to go, and it is necessary to analyze not only the numbers, but also the positions held by women in the career.

Keywords: judiciary; female participation; data; comparative law.

³ Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1991). É advogada. Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba / UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-Doutoral na Universidade de Coimbra (2015/2016). Tem experiência em: Responsabilidade Social da Empresa. Dignidade da Pessoa Humana. Cidadania. Ética. Interpretação e Aplicação da Constituição. Tutela de Direitos Difusos e Coletivos.

INTRODUÇÃO

PARTICIPAÇÃO FEMININA NO 2º GRAU DE JURISDIÇÃO			
Ano da posse	Desembagadoras	Desembargadores	Percentual de participação feminina
Até 1980	22	82	21%
1981 a 1990	223	702	24%
1991 a 2000	147	326	31%
2001 a 2010	60	218	22%
2011 a 2015	54	172	24%
2016 a 2020	25	91	22%
Após 2021	42	125	25%
Total Geral	573	1716	25%

Fonte: Departamento de Pesquisas Judiciárias do (DPJ/CNJ)

Historicamente, o papel da mulher na sociedade tem sido marcado por uma evolução significativa, refletindo as mudanças culturais, econômicas e políticas ao longo dos séculos. Desde tempos antigos, onde muitas sociedades eram estruturadas sob um modelo patriarcal, a mulher frequentemente ocupava um papel secundário, limitado ao âmbito doméstico e à esfera privada. Aos poucos, as mulheres foram conquistando sua independência, direitos e espaço no mercado de trabalho, o que foi refletido em mudanças legislativas nacionais e internacionais. Tais mudanças vieram como forma de garantir a igualdade formal, encobrando as diferenças estruturais existentes entre homens e mulheres.

A Constituição Federal de 1988 dispõe, entre os objetivos fundamentais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo (art. 3º, I, CF), e garante que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I, CF). Ademais, estabelece, entre seus princípios fundamentais, a cidadania e a dignidade humana (art. 1º, II e III, CF), sendo a igualdade de gênero uma de suas expressões.

Em âmbito internacional, foi promulgada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Além disso, em setembro de 2015, foi adotada como política global das Nações Unidas a Agenda 2030, que estabelece, entre os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, a igualdade de gênero (ODS nº 5).

Apesar dos esforços legislativos, a igualdade material não foi atingida. Observa-se que a figura antiga da mulher simplesmente como dona de casa ainda deixa resquícios. Não é diferente no Poder Judiciário, em que o predomínio do sexo masculino é visível. Não obstante as medidas de combate à desigualdade de gênero que resultaram em uma tendência de crescimento da participação feminina, nota-se que,

quanto mais alto o cargo, menor é a representatividade das mulheres.

Diante desse quadro, o objetivo do artigo é analisar a participação feminina no Poder Judiciário internacional e brasileiro, bem como as principais barreiras encontradas e as medidas adotadas pelo Brasil e por outros países no combate à desigualdade de gênero. Para tanto, adota-se o método quantitativo, com a utilização de dados secundários, ou seja, disponibilizados por outras fontes, e sua posterior análise.

Após essa introdução, busca-se analisar as dimensões e sentidos da discriminação da mulher, analisando o seu contexto e a busca pela igualdade. Em seguida, é apresentado um panorama global sobre a representatividade das mulheres no Poder Judiciário. Para isso, são exibidos dados de diferentes países disponibilizados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (UNPD), dos países-membros da União Europeia disponibilizados pela Comissão dos Assuntos Jurídicos (JURI) do Parlamento Europeu, dos membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), dos Estados Unidos e da América Latina. Posteriormente, são expostas as principais barreiras encontradas, discutidas no Fórum de Genebra de 2013 da Comissão Internacional de Juristas (ICJ), composta por 60 juizes e advogados de todas as regiões do mundo. Por fim, são relatadas as medidas de combate à desigualdade de gênero adotadas nos países-membros da OCDE e da União Europeia.

Em um segundo momento, busca-se expor dados referentes ao Brasil, com base em relatórios apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, que revelam a assimetria de gênero na ocupação de cargos no Poder Judiciário. Além de apresentar um panorama geral sobre a magistratura brasileira, são expostos dados do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Paraná. Em seguida, são relatados os obstáculos encontrados pelas mulheres no Brasil e as medidas que vêm sendo adotadas para superá-los. Destaca-se a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário instituída pelo Conselho Nacional de Justiça e as ações adotadas pelo TJPR em cumprimento às diretrizes estabelecidas pelo CNJ. O artigo é encerrado com uma breve conclusão.

1 DIMENSÕES E SENTIDOS DA DISCRIMINAÇÃO

Tradicionalmente, a sociedade era marcada por uma divisão de tarefas: ao homem cabia a vida pública e à mulher o espaço privado. Os cuidados com o lar e com os filhos eram atribuições exclusivas da mulher. O ingresso das mulheres no mercado de trabalho se deu apenas a partir da Revolução

Industrial. O reconhecimento da cidadania feminina é um fenômeno ainda mais recente. Até 1932, as mulheres não podiam votar e, até 1962, se tornavam relativamente capazes com o casamento, necessitando da assistência do marido para os atos da vida civil e de sua autorização para trabalhar¹.

Aos poucos, foram sendo garantidos direitos formais à mulher, mas o histórico de seu papel social deixou sequelas que ainda são sentidas. Sua posição de submissão passou a legitimar diversas formas de discriminação:

A condição de subordinação decorre da circulação permanente de estigmas culturais que legitimam formas de discriminação, o que tem como consequência a ausência do gozo do mesmo nível de respeito e estima social. Esses estigmas legitimam práticas discriminatórias que se tornam formas ordinárias do funcionamento de instituições públicas e privadas, práticas que podem decorrer da vontade consciente de excluir essas pessoas de oportunidades ou podem operar de forma desconectada de vontades individuais porque se tornam meios de operação normal das instituições.²

Para além disso, em que pese a abertura do mercado de trabalho, há um desequilíbrio estrutural, ligado às tarefas do cotidiano e à guarda dos filhos, além de uma visão estereotipada do sexo feminino, que dificultam o seu ingresso aos espaços mais altos de poder³. Assim, até hoje "o gênero dos indivíduos serve como base para uma série de representações culturais que determinam o status social das mulheres, como também justifica inúmeras práticas discriminatórias que confinam muitas mulheres a um status social inferior"⁴.

A discriminação "trata-se de um fenômeno social múltiplo e complexo cujas motivações, por isso mesmo, não podem ser reduzidas a um único fator"⁵. Entre suas diversas vertentes, destaca-se a discriminação em razão do gênero, que impede que as mulheres alcancem muitos de seus objetivos em razão de barreiras sociais. Uma prática discriminatória

consiste em impedir "o acesso de alguém a alguma oportunidade a partir de um critério que não possui relevância para o desempenho de uma atividade"⁶, sendo uma situação corriqueiramente enfrentada pelas mulheres no mercado de trabalho.

Para superar esse cenário, não basta a igualdade formal, expressa em normas nacionais e internacionais, sendo necessário alcançar a igualdade material, que assegure efetivamente o acesso das mulheres às mesmas oportunidades dos homens. Além de normas gerais e abstratas, são necessárias ações afirmativas que combatam formas de tratamento discriminatório em razão do sexo, enraizadas na sociedade, pois "os indivíduos pertencem a uma coletividade que lhes deve garantir condições materiais para a realização da liberdade individual"⁷. A igualdade formal é de extrema importância, mas deve ser complementada pela igualdade material. Nesse sentido, é importante tornar visíveis situações discriminatórias encobertas para obter maiores chances de sucesso nas políticas públicas⁸.

Uma sociedade democrática não pode ser complacente com atos discriminatórios, muito menos o Poder Judiciário, que é justamente o local que deveria garantir o respeito aos direitos e garantias individuais. No entanto, ainda há uma discrepância entre os espaços ocupados pelas mulheres e pelos homens no Judiciário.

2 PANORAMA GLOBAL SOBRE A PARTICIPAÇÃO FEMININA NO PODER JUDICIÁRIO

2.1 CENÁRIO DA PARTICIPAÇÃO FEMININA NO PODER JUDICIÁRIO INTERNACIONAL

¹ DIAS, Maria Berenice. A mulher e o Poder Judiciário. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/poder-e-participacao-politica/referencias/genero-e-poder-judiciario/a_mulher_e_o_poder_judiciar.pdf. Acesso em: 30 jul. 2021.

² MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. p. 312.

³ Nas palavras de Maria Berenice Dias: "As diferenças entre homens e mulheres, decorrentes de toda uma conjuntura social e cultural, acabaram por colocá-los em dois mundos, a ponto de serem tidos como sexos opostos, e não compostos, complementares. Essa divergência posicional, que levou à diferenciação de papéis assumidos, estruturou diferentemente cada um de seus protagonistas. No momento em que a mulher adentrou na esfera pública, não deixou de trazer sua bagagem, acumulada em suas funções privadas, havendo indiscutivelmente que se reconhecer como enriquecedora a convivência harmônica e igualitária entre ambos". (DIAS, Maria Berenice. A mulher e o Poder Judiciário. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/poder-e-participacao-politica/referencias/genero-e-poder-judiciario/a_mulher_e_o_poder_judiciar.pdf. Acesso em: 30 jul. 2021).

participacao-politica/referencias/genero-e-poder-judiciario/a_mulher_e_o_poder_judiciar.pdf. Acesso em: 30 jul. 2021).

⁴ MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. p. 175.

⁵ PACIORNIK, Joel Ilan; FOGAÇA, Anderson Ricardo. Et. al. Interseccionalidade e fraternidade: justiça restaurativa como resgate das mulheres encarceradas. Revista Judiciária do Paraná, Ano XV, n. 20, Novembro 2020, p. 23. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/47149551/56.+Artigo+interseccionalidade.pdf/239cd340-24e0-30aa-8755-c7472f1c1a1f>. Acesso em: 30 mar. 2022.

⁶ MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. p. 329.

⁷ MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. p. 223.

⁸ PACIORNIK, Joel Ilan; FOGAÇA, Anderson Ricardo. Et. al. Interseccionalidade e fraternidade: justiça restaurativa como resgate das mulheres encarceradas. Revista Judiciária do Paraná, Ano XV, n. 20, Novembro 2020, p. 25. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/47149551/56.+Artigo+interseccionalidade.pdf/239cd340-24e0-30aa-8755-c7472f1c1a1f>. Acesso em: 30 mar. 2022.

Os espaços públicos possuem um relevante papel no cumprimento efetivo do princípio da igualdade, pois “[...] a formação do valor moral das pessoas está ligada ao reconhecimento que elas recebem no espaço público”⁹. Assim, o Poder Judiciário deveria ser protagonista no combate à discriminação e garantia da igualdade.

Dados da pesquisa “8 bilhões de vidas, infinitas possibilidades: em defesa de direitos e escolhas”, relativa ao ano de 2023, apontam que a população mundial chegou a 8 bilhões, com uma proporção de 101 homens para cada 100 mulheres¹⁰. No entanto, apesar de as mulheres representarem metade da população mundial, compreendem menos da metade dos membros da magistratura na maior parte dos países, conforme se verá adiante.

A pesquisa “Government at a Glance 2023”¹¹, elaborada pela A OECD, pontua que a representação feminina no Poder Judiciário varia muito entre os países.

Nos países membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e do Conselho da Europa a média de mulheres no poder judiciária dos países da OCDE é de 57,2% (2022), um aumento de 3,9 pontos percentuais com relação a 2014. Elas ocuparam, ao menos, 30% dos cargos judiciais dos países da OCDE, mas o percentual de ocupação varia de 81% na Letônia a 31% no Reino Unido.

O estudo de 2023 demonstra que o percentual de mulheres no judiciário permaneceu o mesmo na Áustria, Hungria e República Eslovaca e caiu na República Checa.

A pontuação atual a União Européia em igualdade de gênero é de 70,2 pontos percentuais. No geral, houve uma melhora na média da igualdade entre homens e mulheres, com redução da disparidade entre os Estados-Membros entre 2010 e 2021. No entanto, enquanto 15 países aproximaram-se da meta (Bélgica, Bulgária, Dinamarca, Irlanda, Grécia, Croácia, Itália, Chipre, Lituânia, Malta, Países Baixos, Portugal, Eslovênia, Finlândia e Suécia) em outros doze a disparidade acentuou (República Tcheca, Alemanha, Estônia, Espanha, França, Letônia, Luxemburgo, Hungria, Áustria, Polônia, Romênia e Eslováquia).¹²

Nos Estados Unidos, a “Pesquisa de Diversidade de Gênero” elaborada pela Foster-Long e a Associação Nacional de Mulheres Juízas apurou que em

2023 as mulheres continuavam a representar apenas 34% dos juizes estaduais.¹³

A pesquisa “Diversidade do Judiciário: Estatísticas de 2023”¹⁴ apresenta dados recentes sobre a diversidade judiciária na Inglaterra e país de Gales.

Segundo o boletim as mulheres representam cerca de 57% do total de magistrados. No entanto, tem menos probabilidade de atingir um nível de senioridade mais elevado do que os homens, que dominam os cargos de chefia em todas as profissões jurídicas. A sub-representação se mantém, inclusive, nos cargos mais altos do Judiciário.

A pesquisa “Progresso nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: O Retrato de Gênero”¹⁵, elaborada pela Organização das Nações Unidas, relativa ao ano de 2023, chama atenção para a manutenção da lacuna de gênero e falta de paridade.

O estudo aponta que elas ocupam apenas 26,7% dos assentos parlamentares, 35,5% dos assentos no governo local e apenas 28,2% dos cargos de gestão no local de trabalho.

Considerando a falta de comprometimento com a desigualdade de gênero e o ritmo de mudanças, o estudo pontua que a paridade de gênero é uma meta cada vez mais distante. Até 2050 nenhum dos países conseguirá erradicar a desigualdade de gênero e alcançar a paridade na participação das mulheres em cargos de gestão, de poder e liderança.

A pesquisa indica também que os países como um todo estão muito longe de possuir um sistema para acompanhar a igualdade de gênero, o que dificulta a elaboração de um prognóstico e plano de ação global efetivo. Assim, apesar do número crescente gradativo de mulheres no Poder Judiciário, com progresso no ingresso na carreira, o mesmo não ocorre em sua progressão. Mesmo nos países em que há uma maior representatividade, esta não se mantém em todos os níveis da carreira, sendo bem mais baixa nos cargos de cúpula.

Na União Europeia, em estudo que mapeou a representação de homens e mulheres em profissões ligadas ao Direito nos 28 países-membros em 2017, constatou-se que, lá, as mulheres já representam um a pequena maioria entre os juizes

⁹ MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. p. 125.

¹⁰ ONU. Situação da População Mundial 2023 – 8 Bilhões de Vidas, Infinitas Possibilidades. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/245473-situa%C3%A7%C3%A3o-da-popula%C3%A7%C3%A3o-mundial-2023-8-bilh%C3%B5es-de-vidas-infinitas-possibilidades>. Acesso em: 29 jun. 2024.

¹¹ OECDILIBRARY. Government at a Glance 2023. OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/3d5c5d31-en>. Acesso em: 29 jun. 2023.

¹² OECDILIBRARY. Government at a Glance 2023. OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/3d5c5d31-en>. Acesso em: 29 jun. 2023.

¹³ NAWI. Forster-long's gender diversity Survey. The american bench. Disponível em: <https://www.nawj.org/statistics>. Acesso em: 29 jun. 2024.

¹⁴ GOV.UK. Official Statistics Diversity of the judiciary: Legal professions, new appointments and current post-holders – 2023 Statistics. Ministry of Justice, 2023. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/statistics/diversity-of-the-judiciary-2023-statistics/diversity-of-the-judiciary-legal-professions-new-appointments-and-current-post-holders-2023-statistics>. Acesso em: 29 jun. 2024.

¹⁵ UNWOMEN. Progress on the Sustainable Development Goals: The gender snapshot 2023. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2023/09/progress-on-the-sustainable-development-goals-the-gender-snapshot-2023>. Acesso em: 29 jun. 2024.

(2010: 53%; 2021: 53%; 2014: 55%)¹⁶. Nos países de Civil Law – em que o ingresso na magistratura depende de exames acadêmicos – as mulheres têm tido resultados tão bons quanto os homens¹⁷, enquanto nos países de Common Law – em que o ingresso depende de indicação – a maioria dos cargos de juizes é ocupado por homens.

Contudo, há uma diminuição na proporção da representatividade feminina à medida que aumenta o nível na carreira, sendo esta maioria revertida nas cortes mais altas: 59% de mulheres na primeira instância, 48% na segunda instância e 36% na suprema corte, conforme dados de 2014¹⁸. Já entre os servidores, a representatividade feminina é muito maior, de 74%¹⁹.

Inclusive entre os membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), países mais desenvolvidos, que, em sua maioria já alcançaram a igualdade de gênero, com 53% de representatividade feminina entre os juizes, esta disparidade nos mais altos cargos da carreira se mantém. Na OCDE, as mulheres representam 59% dos juizes na primeira instância, 50% na segunda instância e apenas 32% nas supremas cortes²⁰.

Nos Estados Unidos, apesar de as mulheres já serem a maioria nas faculdades de direito, ainda ocupam poucas posições no topo da carreira jurídica. Na Justiça Federal dos EUA, há 203 mulheres e 418 homens nas District Courts, 60 mulheres e 115 homens nas Circuit Courts e 3 mulheres e 6 homens na Supreme Court. Historicamente, apenas 4% dos membros da Supreme Court foram mulheres. Na Justiça Estadual, por sua vez, há 6.056 mulheres e 17.778 homens²¹.

Na América Latina, a porcentagem de ministras na mais alta corte de cada país tem como

média 30,4%, em 2021²². Esse fenômeno é conhecido como teto de vidro²³ – caracterizado por barreiras invisíveis que limitam o acesso das mulheres aos cargos do topo da carreira. Ainda que as mulheres alcancem certos espaços, diante de critérios pessoais e objetivos de seleção, como é o caso dos concursos para o ingresso em cargos públicos, “a presença de mulheres tende a diminuir nas posições mais elevadas das carreiras, em que prevalece o critério de nomeação, o que abre margem para a arbitrariedade, a pessoalidade e até mesmo para a manifestação de atitudes discriminatórias”²⁴. Por isso, a importância em analisar os obstáculos que dificultam a progressão das mulheres na carreira e as principais medidas que vêm sendo adotadas pelos países para combatê-los.

Os países com maior participatividade feminina são Guatemala (58,3%) e Panamá (55,6%), seguidos da Venezuela (50%), Nicarágua (41,7% e Uruguai (40%). Em Bahamas, a participação feminina nas Cortes Supremas atingiu o percentual de 61,1%, uma queda de 5,6 pontos percentuais em relação ao ano de 2020.²⁵

A disparidades não se dá apenas na carreira judiciária, a participação política feminina também não atingiu níveis satisfatórios.

No mundo inteiro, apenas 26 países são liderados por mulheres. Elas representam apenas 23,3% dos membros do gabinete à frente de

¹⁶ GALLIGAN, Yvonne et al. Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions. European Parliament: Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs: Directorate General for Internal Policies of the Union. PE 596.804. Ago. 2017. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU\(2017\)596804_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU(2017)596804_EN.pdf). Acesso em: 22 jul. 2021. p. 48.

¹⁷ GALLIGAN, Yvonne et al. Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions. European Parliament: Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs: Directorate General for Internal Policies of the Union. PE 596.804. Ago. 2017. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU\(2017\)596804_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU(2017)596804_EN.pdf). Acesso em: 22 jul. 2021. p. 28.

¹⁸ GALLIGAN, Yvonne et al. Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions. European Parliament: Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs: Directorate General for Internal Policies of the Union. PE 596.804. Ago. 2017. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU\(2017\)596804_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU(2017)596804_EN.pdf). Acesso em: 22 jul. 2021. P. 49.

¹⁹ GALLIGAN, Yvonne et al. Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions. European Parliament: Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs: Directorate General for Internal Policies of the Union. PE 596.804. Ago. 2017. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU\(2017\)596804_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU(2017)596804_EN.pdf). Acesso em: 22 jul. 2021. p. 54.

²⁰ OECD. Women in the judiciary. In: Government at a Glance 2017, OECD Publishing, Paris, 2017. Disponível em: https://doi.org/10.1787/gov_glance-2017-29-en. Acesso em: 23 jul. 2021.

²¹ HALTON, Clay. Gender Representation in the Judiciary: women are still underrepresented in the US judicial system. Investopedia, 4 mar. 2021.

Disponível em: <https://www.investopedia.com/gender-representation-in-the-judiciary-5113183#citation=13>. Acesso em: 23 jul. 2021.

²² ONU. Poder Judiciário: porcentagem de ministras no máximo tribunal de justiça ou suprema corte. Disponível em: Este trecho é parte de conteúdo que pode ser compartilhado utilizando o link <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2023/09/07/relatorio-da-onu-aponta-que-o-mundo-esta-falhando-com-mulheres-e-meninas.ghtml> ou as ferramentas oferecidas na página. Acesso em: 1 jul. 2024.

²³ Sobre o teto de vidro, afirma Vaz: “este fenômeno caracteriza-se pela menor velocidade com que as mulheres ascendem na carreira, o que resulta em sua sub-representação nos cargos de comando das organizações e, conseqüentemente, nas altas esferas do poder, do prestígio e das remunerações. É observado mesmo quando as mulheres são dotadas de características produtivas idênticas ou superiores às de seus congêneres do sexo masculino” (Vaz, 2013, p. 765-766 apud. REZENDE, Daniela Leandro. Mulher no Poder e na Tomada de Decisões. P. 303. In: FONTOURA, Natália; REZENDE, Marcela; QUERINO, Ana Carolina. Beijing +20: avanços e desafios no Brasil contemporâneo. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea): Brasília, 2020).

²⁴ REZENDE, Daniela Leandro. Mulher no Poder e na Tomada de Decisões. p. 304. In: FONTOURA, Natália; REZENDE, Marcela; QUERINO, Ana Carolina. Beijing +20: avanços e desafios no Brasil contemporâneo. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea): Brasília, 2020.

²⁵ ONU. Poder Judiciário: porcentagem de ministras no máximo tribunal de justiça ou suprema corte. Disponível em: Este trecho é parte de conteúdo que pode ser compartilhado utilizando o link <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2023/09/07/relatorio-da-onu-aponta-que-o-mundo-esta-falhando-com-mulheres-e-meninas.ghtml> ou as ferramentas oferecidas na página. Acesso em: 1 jul. 2024.

ministérios em 2024 – um aumento de menos de 0,5 ponto percentual em relação a 2023.²⁶

O percentual de mulheres parlamentares em câmaras únicas ou baixas aumentou de 23,4 por cento em 2018 para 26,5 por cento em 2023; a nível local as mulheres ocupam atualmente 35,5 por cento dos assentos eleitos em órgãos deliberativos, contra 33,9 por cento em 2020. O número de mulheres presidentes do Parlamento foi para 22,7 por cento em 2023, em comparação com 19,1 por cento em 2018. Os números estão longe de representar um suficiente avanço.²⁷

O estudo aponta para a paridade de gênero como exceção e a participação política feminina como uma ilusão, já que apenas seis países têm 50% ou mais de mulheres nas câmaras baixas/únicas dos parlamentos nacionais e três nas legislaturas locais. Apesar do progresso global em termos de mais mulheres participando na tomada de decisões políticas em todo o mundo, a igualdade de gênero na participação política permanece ilusória.²⁸

Os dados mais recentes do Relatório Global da Desigualdade de Gênero 2023²⁹ do Fórum Econômico Mundial indicam que seriam necessários 131 anos para eliminar as desigualdades.

Além disso, apesar de os níveis globais de igualdade de gênero na participação econômica, oportunidades e empoderamento políticos terem se recuperado ao patamar anterior ao da pandemia do COVID-19, o ritmo das mudanças estagnou com as crises convergentes. O relatório conclui que a desigualdade geral permanece a mesma de 2022, apesar de ter diminuído em 0,3 ponto percentual, um avanço de 4,1% desde o primeiro relatório realizado em 2006.³⁰

O estudo realizou um ranking entre os índices gerais de paridade de gênero, na escala de 0 a 1, sendo que o 1 significa nenhuma diferença entre homens e mulheres. Os primeiros países da lista são a Islândia (0,912 pontos), Noruega (0,87) e Finlândia. O Afeganistão (0,405) aparece como último na lista. O Brasil (0,696 pontos) passou da 94ª posição em 2022 para a 57ª posição, logo após a Croácia e Bolívia, e a frente do Panamá e Bangladesh.³¹

²⁶ UM WOMEN. Women political Leaders 2024. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2024/06/poster-women-political-leaders-2024>. Acesso em: 29 jun. 2024.

²⁷ UM WOMEN. Women political Leaders 2024. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2024/06/poster-women-political-leaders-2024>. Acesso em: 29 jun. 2024.

²⁸ UM WOMEN. Women political Leaders 2024. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2024/06/poster-women-political-leaders-2024>. Acesso em: 29 jun. 2024.

²⁹ WORLD ECONOMIC FORUM. Global Gender Gap Report 2023. Disponível em: <https://www.weforum.org/publications/global-gender-gap-report-2023/>. Acesso em: 29 jun. 2024.

Conforme destacou Francesca Spatolisano, secretária-geral adjunta para Coordenação de Políticas e Assuntos Interagências da ONU, "Ao derrubar as barreiras que têm impedido a plena participação das mulheres e moças em todos os aspectos da sociedade, libertamos o potencial inexplorado que pode impulsionar progresso e prosperidade para todos".³²

2.2 OBSTÁCULOS E MEDIDAS DE INCENTIVO À PARTICIPAÇÃO FEMININA NO PODER JUDICIÁRIO INTERNACIONAL

Em 2013, no Fórum de Genebra sobre as mulheres e o Judiciário foram discutidos, entre juristas de todas as regiões do mundo, os obstáculos encontrados para a igualdade de gênero. As barreiras iniciam-se nos processos de recrutamento e nomeação, tendo os participantes do Fórum destacado que os processos devem sempre garantir a independência e imparcialidade e priorizar a igualdade de gênero, tanto nas composições das bancas como nos critérios e procedimentos que são aplicados. Soma-se a isso os estereótipos de gênero prevaletentes, as normas e o papel tradicional da mulher na sociedade, o que pode ser agravado em países que aplicam uma interpretação conservadora baseada na religião para excluir a mulher do Judiciário. Ainda, muitas das participantes do Fórum relataram o fato de que elas ou suas colegas já enfrentaram assédio ou discriminação por ser mulher. Com medo de situações como essa, muitas mulheres relutam em ingressar no Poder Judiciário³³.

Em 2017, Estudo da Comissão dos Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu expôs obstáculos muitos semelhantes para a inserção das mulheres no Poder Judiciário europeu: persistência de estereótipos de gênero (muitas vezes, inconsciente) em processos de recrutamento, seleção e promoção; dificuldade em conciliar as responsabilidades profissionais e privadas; falta de transparência nos processos de nomeação e promoção; escassez de práticas de mentoria e redes

³⁰ WORLD ECONOMIC FORUM. Global Gender Gap Report 2023. Disponível em: <https://www.weforum.org/publications/global-gender-gap-report-2023/>. Acesso em: 29 jun. 2024.

³¹ WORLD ECONOMIC FORUM. Global Gender Gap Report 2023. Disponível em: <https://www.weforum.org/publications/global-gender-gap-report-2023/>. Acesso em: 29 jun. 2024.

³² ONU. Poder Judiciário: porcentagem de ministras no máximo tribunal de justiça ou suprema corte. Disponível em: Este trecho é parte de conteúdo que pode ser compartilhado utilizando o link <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2023/09/07/relatorio-da-onu-aponta-que-o-mundo-esta-falhando-com-mulheres-e-meninas.ghtml> ou as ferramentas oferecidas na página. Acesso em: 1 jul. 2024.

³³ INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. Women and the Judiciary: Geneva Forum Series nº 1. Geneva, 2013, p. 3-8. Disponível em: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/10/Universal-Women-and-Judiciary-Gva-For-1-Publications-Conference-Report-2014-ENG.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2021.

de apoio e falta de visibilidade do papel feminino nos cargos mais altos do Poder Judiciário³⁴.

Desse modo, a participação das mulheres no mercado de trabalho exige especial atenção, nos dizeres de Adilson José Moreira:

Homens e mulheres podem ter as mesmas oportunidades profissionais, mas a dupla rotina de trabalho à qual as mulheres são submetidas pode comprometer a carreira delas. Uma análise adequada da igualdade exige, portanto, a consideração de que os seres humanos não são iguais em todos os espaços nos quais são comparados, em função das diferentes posições que ocupam nas diversas formas de interação social³⁵.

Identificadas as principais barreiras, muitas delas comuns em diferentes países, devem ser desenvolvidos planos de ação – que vão desde objetivos políticos até disposições legais. Para se alcançar a igualdade nos espaços públicos, como o Poder Judiciário, é necessário um sistema de cooperação, que “implica a igualdade de procedimentos por parte das instituições públicas, a aceitação da legitimidade das normas que organizam a sociedade, além da noção de que essa cooperação permite a realização das liberdades”³⁶.

As medidas devem iniciar-se nos processos de recrutamento, com a implantação de sistemas imparciais e transparentes, com maior participação feminina nas comissões³⁷. Não se pode olvidar que cada país tem um sistema próprio de seleção, mas, na maioria dos casos, as nomeações para as cortes mais altas se dão por indicação do executivo ou do legislativo, às vezes, com recomendações de comissões – o que requer conexões políticas. Nas

cortes em que a seleção se dá por meio de exames, as mulheres tendem a ser melhor representadas³⁸.

Ainda, devem ser promovidas ações de networking e mentoria entre as mulheres, que as incentivem a superar os obstáculos existentes e ingressar no Poder Judiciário. Como meio de combater a persistência dos estereótipos de gênero e discriminação existentes, são necessários programas de treinamento para preparar adequadamente os juizes no exercício da profissão, com ênfase para o desenvolvimento do ensino da igualdade de gênero. Por fim, para auxiliar na conciliação entre a vida privada e a vida profissional, deve-se introduzir condições de trabalho mais flexíveis³⁹.

Em razão da importância da participação feminina e da sua falta de representatividade no Poder Judiciário, discutida mundialmente, muitos países adotaram as medidas em questão e vêm obtendo sucesso. Entre eles, os países da OCDE, que alcançaram a paridade de gênero por meio de uma série de esforços na última década. As medidas incluem mudanças institucionais, desde o método de seleção para ingresso na carreira, passando pela organização do trabalho até os meios de promoção. Buscou-se implementar a paridade de gênero nas comissões responsáveis pela nomeação de magistrados, como forma de garantir um procedimento justo de seleção. Além disso, estabeleceram-se acordos de trabalho mais flexíveis e uma maior promoção do acesso de mulheres às profissões jurídicas⁴⁰.

Todos os Estados-Membros da União Europeia implantaram leis para a proteção das mulheres, como meio de compensar as vantagens que sofrem em razão dos deveres familiares. Entre as medidas tomadas nas últimas três décadas, destacam-se: programas de igualdade de oportunidades (Inglaterra), políticas de paridade de gênero (França) e sistemas de cotas na função pública (Alemanha)⁴¹.

Os países que concentraram esforços na adoção de medidas com o fim de combater as barreiras existentes são a prova de que é possível alcançar a igualdade de gênero no Poder Judiciário. Além das mudanças implementadas, é necessário ressaltar

³⁴ GALLIGAN, Yvonne et al. Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions. European Parliament: Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs: Directorate General for Internal Policies of the Union. PE 596.804. Ago. 2017. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU\(2017\)596804_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU(2017)596804_EN.pdf). Acesso em: 22 jul. 2021. p. 31-32.

³⁵ MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. p. 165.

³⁶ MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. p. 126.

³⁷ GALLIGAN, Yvonne et al. Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions. European Parliament: Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs: Directorate General for Internal Policies of the Union. PE 596.804. Ago. 2017. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU\(2017\)596804_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU(2017)596804_EN.pdf). Acesso em: 22 jul. 2021. p. 33-36.

³⁸ KALANTRY, Sitral. Women in Robes. Americas Quarterly, 2012. p. 85. Disponível em:

<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2539&context=facpub>. Acesso em: 27 jul. 2021.

³⁹ GALLIGAN, Yvonne et al. Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions. European Parliament: Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs: Directorate General for Internal Policies of the Union. PE 596.804. Ago. 2017. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU\(2017\)596804_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU(2017)596804_EN.pdf). Acesso em: 22 jul. 2021. p. 33-36.

⁴⁰ OECD. Women in the judiciary. In: Government at a Glance 2017, OECD Publishing, Paris, 2017. Disponível em: https://doi.org/10.1787/gov_glance-2017-29-en. Acesso em: 23 jul. 2021.

⁴¹ GALLIGAN, Yvonne et al. Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions. European Parliament: Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs: Directorate General for Internal Policies of the Union. PE 596.804. Ago. 2017. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU\(2017\)596804_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU(2017)596804_EN.pdf). Acesso em: 22 jul. 2021. p. 27.

que há fatores típicos da carreira da magistratura que, por sua natureza, contribuem para a inserção das mulheres, como a garantia de licença-maternidade oferecida pelo serviço público, o direito de remuneração independente do gênero, bem como a possibilidade de trabalhar em tempo parcial⁴².

Curiosamente, enquanto alguns países não contam com nenhuma juíza, como é o caso do Kuwait⁴³, na França alega-se que, hoje, há a chamada "surféminisation" – mulheres em excesso no Poder Judiciário⁴⁴. A conquista de espaço pelas mulheres foi acompanhada de uma deterioração da imagem do Judiciário francês, que teve como causa outros fatores, como o predomínio de litígios de massa, baixos salários e ambiente de trabalho pouco atraente⁴⁵. O que ocorre no país é que, atualmente, os juristas do sexo masculino não têm interesse em se tornar juízes⁴⁶. Ainda assim, nos cargos com responsabilidades mais elevadas, há uma falta de representação das mulheres, o que tem como causa principal a exigência de mobilidade geográfica⁴⁷.

Portanto, cada país tem realidades próprias, de modo que é preciso analisar cada caso concretamente, para verificar quais medidas devem ser implementadas. Além disso, é preciso olhar não apenas para os números, mas também para as posições que as mulheres ocupam.

3 A PARTICIPAÇÃO FEMININA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

⁴² GALLIGAN, Yvonne et al. Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions. European Parliament: Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs: Directorate General for Internal Policies of the Union. PE 596.804. Ago. 2017. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU\(2017\)596804_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU(2017)596804_EN.pdf). Acesso em: 22 jul. 2021. P. 25.

⁴³ EDROMA, Evelyn. Promoting gender equality in the judiciary. UNPD, 5 Jul. 2019. Disponível em: <https://www.undp.org/blogs/promoting-gender-equality-judiciary>. Acesso em: 21 jul. 2021.

⁴⁴ Conforme estudo de 2017, as mulheres são maioria em todos os cargos do Ministério da Justiça francês, com exceção do comando e da vigilância do sistema penitenciário. Na magistratura, as mulheres são maioria desde 2002. (FRANÇA. Ministério da Justiça. La féminisation des métiers du Ministère de la Justice, n° 041-17. Out. 2017. p. 35. Disponível em: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_feminisation.pdf. Acesso em: 28 jul. 2021).

⁴⁵ GALLIGAN, Yvonne et al. Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions. European Parliament: Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs: Directorate General for Internal Policies of the Union. PE 596.804. Ago. 2017. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU\(2017\)596804_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPO_L_STU(2017)596804_EN.pdf). Acesso em: 22 jul. 2021. p. 26.

⁴⁶ No primeiro ano da faculdade de direito, 51% dos estudantes do sexo masculino preferem a carreira de advogado e, no mestrado, esse número passa para 72,2% (FRANÇA. Ministério da Justiça. La féminisation des métiers du Ministère de la Justice, n° 041-17. Out. 2017. p. 41. Disponível em: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_feminisation.pdf. Acesso em: 28 jul. 2021).

⁴⁷ "Selon le CEVIPOF, la moindre mobilité géographique des femmes constituerait la principale cause de leur sous-représentation dans les postes HH et de chefs de juridiction. L'asymétrie entre les femmes et les hommes dans le partage des responsabilités familiales, à l'égard des enfants en début de carrière, comme plus tard à l'égard des parents âgés, explique très largement cette moindre mobilité, corrélée parfois à une

3.1 DADOS SOBRE A PARTICIPAÇÃO FEMININA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O Poder Judiciário brasileiro, infelizmente, ainda não alcançou a representatividade feminina, já que conta com apenas com 36,8% de magistradas em atividade nacionalmente, o mesmo percentual de 2019, conforme dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça referentes a abril de 2024⁴⁸. Esses números contrastam com a população do país, representada em sua maioria por mulheres.

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) evidencia que, desde 2012, a presença feminina tem se mostrado superior à masculina no Brasil. São 6,0 milhões de mulheres a mais do que homens segundo o Censo Demográfico de 2022.⁴⁹

Observa-se que houve um crescimento da participação das mulheres, pois, em 1988, elas ocupavam apenas 24,6% dos cargos de magistrados⁵⁰. No entanto, o aumento do ingresso das mulheres não é uma constante. A proporção de mulheres até 1990 era de um quarto. No período entre 1991 e 1999 (38%) e 2000 e 2009 (41%) houve o maior ingresso de mulheres na carreira. Entre 2010 e 2018, o percentual caiu para 34%.⁵¹ Em 2023, o percentual de magistradas no

moindre disponibilité. Ces contraintes entraînent des retards dans l'accès au premier grade et à la HH" (FRANÇA. Ministério da Justiça. La féminisation des métiers du Ministère de la Justice, n° 041-17. Out. 2017. p. 102. Disponível em: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_feminisation.pdf. Acesso em: 28 jul. 2021).

⁴⁸ CNJ. Justiça em números. Brasília: 2024. Disponível em: <https://www.bing.com/ck/a?!&p=36fdbb86f882155fJmldHM9MTcxOTYxOTIwMCZpZ3VpZD0zODBmOTUxYS02YzFLTZkMTgtM2FlMCO4MTZhNmQzNzZjZWQmaW5zaWQ9NTlwNA&ptn=3&ver=2&hsh=3&fclid=380f951a-6c1e-6d18-3ae0-816a6d676ced&psq=justi%ca3%oa7a+em+numeros&u=a1aHR0cHM6Ly93d3cuY25qLmp1cy5ici9wZXNkdWlzYXMTanVkaWNPYXJpYXNvbnVzdGljYS1lbS1uZWlcm9zLw&ntb=1>. Acesso em: 29 jun. 2024; CNJ. Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário. Brasília: 2013. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/relatorio-participacao-feminina-na-magistratura-v3-20-03-23-ficha-catalografica.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2023.

⁴⁹ AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. Censo 2022: número de pessoas com 65 anos ou mais de idade cresceu 57,4% em 12 anos. Ibgc, 2022. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38186-censo-2022-numero-de-pessoas-com-65-anos-ou-mais-de-idade-cresceu-57-4-em-12-anos>. Acesso em: 29 jun. 2024.

⁵⁰ CNJ. Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário. Brasília: 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/cae277dd017bb4d4457755febf5eed9f.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2021.

⁵¹ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Quem somos: a Magistratura que Queremos. Rio de Janeiro, nov. 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf. Acesso em: 29 jul. 2024.

judiciário brasileiro foi para 36,8%, em comparação ao de 59,8% de homens.⁵²

Na justiça Estadual os tribunais com maior representação feminina são TJRJ (48,7%); TJRS (46,6%); e TJSE (44,3%). Na Justiça do Trabalho, o TRT2 (58,7%); TRT6 (53,8%); e TRT1 (53,1%). Na Justiça Federal, o TRF2 com 39,5%.⁵³

Dentre os diversos segmentos da justiça a justiça do trabalho possui índice superior de mulheres (39,7%) em se comparado à média nacional (36,8%).⁵⁴

Nos Tribunais superiores (23,2%), Justiça Federal (31,3%), Justiça Eleitoral (32,9%) e Justiça Militar Estadual (22,2%) os índices estão abaixo da média nacional.⁵⁵

Em análise de 77 concursos realizados entre 2009 e 2017, foi constatada a inscrição de 165.761 homens e 155.771 mulheres e a aprovação de 1.473 homens e 1.022 mulheres. Entre 2009 e 2015, os homens permaneceram com índices de aprovação maiores, mas nos últimos anos (2016 e 2017) as mulheres começam a apresentar percentuais de aprovação idênticos aos dos homens.⁵⁶

No Brasil, observa-se o mesmo fenômeno constatado nos dados de direito comparado: apesar do atual progresso em relação à entrada de juízas na atividade, quanto mais alto o nível da carreira, menor a representatividade feminina, de: 38,0% de juízas, 23,9% de desembargadoras e 18,8% de ministras.⁵⁷

Um número reduzido de mulheres chega aos cargos de desembargadoras, corregedoras, vice-presidentes e presidentes, permanecendo no patamar inferior a 25% e 30%.⁵⁸

No Paraná, por exemplo, elas representaram apenas 12,5% das promoções por merecimento para o cargo de desembargador. São apenas 21 desembargadoras na Justiça Estadual.⁵⁹ A mais alta Corte do país bem retrata esse quadro. Desde a criação do Supremo Tribunal Federal, em 1890, a primeira participação feminina se deu somente em 2000, quando Ellen Gracie foi nomeada. Eleita por seus pares, a

Ministra participou da Cúpula Diretiva do STF, como vice-presidente em 2004 e como presidente no biênio 2006-2008. Em toda sua história, até hoje, a Suprema Corte contou com apenas três ministras – Ellen Gracie, Cármen Lúcia e Rosa Weber. O Supremo foi novamente chefiado por uma mulher no biênio 2016-2018, quando a Ministra Cármen Lúcia exerceu a presidência e, atualmente, a Ministra Rosa Weber é a vice-presidente da Corte.⁶⁰

No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, dos 130 desembargadores, apenas 20 são mulheres. Dentre os magistrados que chefiaram a Justiça Estadual Paranaense desde o ano de 1894, não há nenhuma mulher. A ausência de participação feminina se repete nos cargos de 1º vice-presidentes, corregedores-gerais da justiça e corregedores da justiça. A primeira mulher a integrar a Cúpula Diretiva do Tribunal de Justiça foi a Desembargadora Dulce Maria Sant'Eufêmia Cecconi, que assumiu as funções de 2ª vice-presidente apenas em 2013. O cargo de 2ª vice-presidente contou com a segunda participação feminina na gestão 2017-2018, quando foi ocupado pela Desembargadora Lídia Maejima. No biênio 2021-2022 a Desembargadora Joeci Machado Camargo assumiu as funções de 2ª vice-presidente e no seguinte de 1ª Vice-Presidente.

O extinto Tribunal de Alçada também contou com apenas duas mulheres em sua Cúpula Diretiva, as Desembargadoras Denise Martins Arruda e Conchita Toniolo, que ocuparam os cargos de vice-presidente em 2001 e 2002, respectivamente.⁶¹

Na magistratura paranaense, segundo dados em tempo real do Módulo de Produtividade Mensal⁶², do total de 937 cargos preenchidos, 383 são ocupados por mulheres, o que representa 40,88%. A proporção praticamente se mantém em todos os níveis da carreira, havendo maior disparidade no cargo de desembargador, sendo a participação feminina representada por: apenas 16,54% dos desembargadores, 31,67% dos juízes substitutos de

⁵² CNJ. Justiça em números 2024. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf#page=113.17>. Acesso em: 29 jun. 2024.

⁵³ CNJ. Justiça em números 2024. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf#page=113.17>. Acesso em: 29 jun. 2024.

⁵⁴ CNJ. Justiça em números 2024. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf#page=113.17>. Acesso em: 29 jun. 2024.

⁵⁵ CNJ. Justiça em números 2024. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf#page=113.17>. Acesso em: 29 jun. 2024.

⁵⁶ CNJ. A participação feminina nos concursos para a magistratura. Resultado de pesquisa nacional. Brasília, 2020. p. 27. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_RELATORIO_Participacao_Feminina-FIM.pdf. Acesso em: 02 ago. 2021.

⁵⁷ CNJ. Justiça em números 2024. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf#page=113.17>. Acesso em: 29 jun. 2024.

⁵⁸ CNJ. Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário. Brasília: 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/relatorio-participacao-feminina-na-magistratura-v3-20-03-23-ficha-catalografica.pdf#page=5.00>. Acesso em: 29 jun. 2024.

⁵⁹ GALIDO, Rogério. Coletivo Antígona atua na promoção da equidade de gênero no TJPR. Disponível em: <http://www.plural.ljor.br/curitiba/coletivo-antigona-atua-na-promocao-da-equidade-de-genero-no-tjpr/>. Acesso em: 1 jun. 2024.

⁶⁰ Dados retirados do site do Supremo Tribunal Federal. STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

⁶¹ Dados retirados do site do Tribunal de Justiça do Paraná. TJPR, Museu da Justiça. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/presidentes-tjpr-museu>. Acesso em: 19 jul. 2021.

⁶² MPM. Módulo de produtividade mensal. Dados de pessoal do Poder Judiciário. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-mpm-pessoal/>. Acesso em: 1 jul. 2024.

2º grau, 45,30% dos juizes substitutos e 45,87% dos juizes titulares.

Se, no Brasil, o número de mulheres ocupando cargos da cúpula do Poder Judiciário é mais baixo do que os ocupantes desses cargos do sexo masculino, o cenário se inverte nos cargos de servidores. Nestes, o número de mulheres é de 54,48% do total, fenômeno que se repete nas funções de servidor comissionado (64,76%) e efetivo (52,35%).⁶³

Nos Conselhos e Tribunais Superiores do total de cargos 50,7% são ocupados pelo sexo feminino, sendo apenas 49,3% ocupado por homens. No TJPR, os cargos efetivos e em comissão também são ocupados majoritariamente por mulheres, em um total de 5.669 cargos contra 3.937 cargos ocupados por homens, representando aproximadamente 59,02% de mulheres.⁶⁴

Reconhece-se o prejuízo das práticas discriminatórias dentro do Poder Judiciário, na medida em que "uma sociedade construída em torno de divisões sociais arbitrárias impede o alcance da liberdade, além de dificultar a construção de um sistema de cooperação social"⁶⁵. Nesse sentido, apesar de os dados apresentados demonstrarem que a igualdade de gênero ainda não é uma realidade no Judiciário brasileiro, uma série de medidas vêm sendo adotadas para alcançá-la, com base em diretrizes lideradas pelo Conselho Nacional de Justiça.

3.2 OBSTÁCULOS E MEDIDAS DE INCENTIVO À PARTICIPAÇÃO FEMININA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Diante desse cenário, o Conselho Nacional de Justiça, sob o comando da Ministra Cármen Lúcia, publicou a Resolução n. 255, no dia 4 de setembro de 2018, que institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Sua criação está em consonância com a ideia de igualitarismo, que "pressupõe a promoção de medidas substantivas para a integração dos diversos grupos"⁶⁶. Por meio dela, foi criado um "grupo de trabalho, responsável pela elaboração de estudos, análise de cenários, eventos de capacitação e diálogo com os Tribunais" a respeito do cumprimento da Resolução (art. 3º, Resolução n. 255, CNJ).

Além disso, o Conselho Nacional de Justiça determinou que:

Todos os ramos e unidades do Poder Judiciário deverão adotar medidas tendentes a assegurar a

igualdade de gênero no ambiente institucional, propondo diretrizes e mecanismos que orientem os órgãos judiciais a atuar para incentivar a participação de mulheres nos cargos de chefia e assessoramento, em bancas de concursos e como expositoras em eventos institucionais (art. 2º, Resolução n. 255, CNJ).

O acesso à carreira de magistrado se dá por meio de concurso público, sendo a baixa representatividade feminina nas bancas de concurso um dos motivos de maior dificuldade de inserção das mulheres na carreira. No direito comparado, destaca-se, entre as medidas adotadas pelos diferentes países, a paridade de gênero nas comissões de seleção de juizes.

Em pesquisa realizada pelo grupo de trabalho, observou-se que, no Brasil, também houve um aumento de participação de mulheres ao se comparar os dados de comissões e bancas examinadoras imediatamente após a promulgação da Constituição de 1988 (8,2% e 10,8% de mulheres nas comissões e bancas, respectivamente) e no período de 2008 a 2018 (22,6% e 20,6%). O mesmo foi identificado quanto ao aumento de participação de magistradas, de 24,6% em 1988 e de 37,6% no período de 2008 a 2018.⁶⁷

A liberdade de escolha profissional é um direito garantido constitucionalmente (art. 5º, XIII, CF) e o incentivo à participação das mulheres nos concursos públicos é de grande valia, ampliando-se o leque de candidatos para não se privar de determinados talentos. Destaca-se a importância da igualdade de oportunidades:

O que chamamos de igualdade de oportunidade corresponde à realidade de uma ordem social na qual as pessoas devem ter as mesmas oportunidades iniciais para que possam levar a diante seus planos de vida e devem ter a possibilidade de ter os mesmos meios para competir pelo alcance desses objetivos. Uma sociedade não pode permitir que seus membros sejam impedidos de ter acesso aos mesmos meios em função de fatores que não são moralmente relevantes.⁶⁸

⁶³ MPM. Módulo de produtividade mensal. Dados de pessoal do Poder Judiciário. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-mpm-pessoal/>. Acesso em: 1 jul. 2024.

⁶⁴ MPM. Módulo de produtividade mensal. Dados de pessoal do Poder Judiciário. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-mpm-pessoal/>. Acesso em: 1 jul. 2024.

⁶⁵ MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. p.140.

⁶⁶ MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. p. 140.

⁶⁷ CNJ. A participação feminina nos concursos para a magistratura. Resultado de pesquisa nacional. Brasília, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_RELATORIO_Participacao_Feminina-FIM.pdf. Acesso em: 02 ago. 2021.

⁶⁸ MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. p. 153.

Em consonância com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, os tribunais de todo o país têm se movimentado para adotar medidas, dentro dos limites de sua competência, que contribuam para a inserção feminina no Judiciário. Esse é o caso do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que instituiu a Comissão de Igualdade de Gênero, aprovada por unanimidade pelo Órgão Especial em fevereiro de 2021, com o objetivo de garantir o cumprimento das medidas especificadas na Resolução n. 255 do CNJ.

A Comissão paranaense está trabalhando na identificação de entraves ao atingimento das metas para alcançar a igualdade de gênero e em medidas que reduzam a desigualdade nos concursos públicos, processos de recrutamento para cargos comissionados, contratação de terceirizados e avaliações para promoções e progressões funcionais⁶⁹.

Mesmo antes do início dos trabalhos da Comissão de Igualdade de Gênero do TJPR e da edição da Recomendação nº 85/2021 do CNJ, que "dispõe sobre a observância de composição paritária na formação das Comissões Organizadoras e das Bancas Examinadoras de concursos públicos para ingresso na magistratura", a Comissão do Concurso para ingresso na magistratura do TJPR, designada pela Resolução nº 270, de 16 de setembro de 2020, já apresentava paridade de gênero⁷⁰.

Os dados apresentados demonstram que cada vez mais mulheres vêm ingressando na magistratura e a adoção de tais medidas, referentes à igualdade de gênero desde a composição das comissões e bancas dos concursos, tende a alargar ainda mais o acesso. No entanto, é necessário viabilizar não apenas o acesso aos graus iniciais da carreira, mas também às promoções, que se dão por meio de votações nos tribunais e envolvem critérios políticos. Impõe-se a conscientização dos magistrados para que se viabilize a participação feminina em todos os níveis da carreira, inclusive nos cargos diretivos. Conforme afirma Adilson José Moreira:

A igualdade deve permitir que as pessoas não sejam permanentemente coagidas a se adequarem a parâmetros comportamentais elegidos como necessários para a

organização social. Assim, certos traços que designam identidades desvalorizadas têm sido protegidos a fim de garantir que as pessoas tenham a possibilidade de tratamento igualitário em situações relevantes.⁷¹

Em 2023, o Conselho Nacional de Justiça deu outro passo importante, ao alterar a Resolução CNJ n. 106/2010, com a criação de uma política de alternância de gênero para promoção na carreira dos magistrados.

A ação afirmativa de gênero facilita o acesso das mulheres ao segundo grau de jurisdição ao impor a alternância entre listas exclusivas para mulheres e listas mistas para a promoção por merecimento na carreira em segunda instância.

O sistema de alternância se justifica uma vez que, por um lado, a lista de antiguidade é composta, em sua maioria, por homens, de outro, a promoção por merecimento carece de votos de outros desembargadores, de modo que elas acabam sendo preteridas.⁷²

Os números levantados são indicativos factíveis da realidade atual em que, no caso das juízas, a promoção por merecimento se deu apenas em 12,5% dos casos, sendo que elas nunca ultrapassaram sequer 31% do número total de desembargadores.⁷³

A medida é aplicada desde o início de 2024, sendo obrigatória em todas as cortes do país que possuem ao menos 40% de mulheres até que o percentual mínimo seja atingido.

No Paraná, o Coletivo Antígona formado por 50% das magistradas do Tribunal de Justiça do Estado destaca-se na luta para que as mulheres tenham maior representatividade na carreira, assumindo posições de liderança, com um maior número de promoções.⁷⁴

O coletivo surgiu diante da percepção de que a pauta não avaçaria nos espaços e grupos costumeiros. A união de mulheres que vivem o dia a dia da carreira da magistratura permite tratar com atenção as particularidades do ser mulher em sua totalidade e fazer com que o Judiciário se torne um lugar de

⁶⁹ LIMA, Maria Aparecida Blanco de. O Judiciário se fez reconhecer como um espaço próprio de homens brancos e heterossexuais, o que não reflete a diversidade da sociedade. Entrevista cedida à Associação de Notários e Registradores do Estado do Paraná (Anoreg/PR). Anoreg/PR, 15 jul. 2021. Disponível em: <http://www.anoregpr.org.br/19694-2/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

⁷⁰ LIMA, Maria Aparecida Blanco de. O Judiciário se fez reconhecer como um espaço próprio de homens brancos e heterossexuais, o que não reflete a diversidade da sociedade. Entrevista cedida à Associação de Notários e Registradores do Estado do Paraná (Anoreg/PR). Anoreg/PR, 15 jul. 2021. Disponível em: <http://www.anoregpr.org.br/19694-2/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

⁷¹ MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. p. 137.

⁷² GALIDO, Rogério. Coletivo Antígona atua na promoção da equidade de gênero no TJPR. Disponível em: <https://www.plural.jor.br/curitiba/coletivo-antigona-atua-na-promocao-da-equidade-de-genero-no-tjpr/>. Acesso em: 1 jun. 2024.

⁷³ GALIDO, Rogério. Coletivo Antígona atua na promoção da equidade de gênero no TJPR. Disponível em: <https://www.plural.jor.br/curitiba/coletivo-antigona-atua-na-promocao-da-equidade-de-genero-no-tjpr/>. Acesso em: 1 jun. 2024.

⁷⁴ GALIDO, Rogério. Coletivo Antígona atua na promoção da equidade de gênero no TJPR. Disponível em: <https://www.plural.jor.br/curitiba/coletivo-antigona-atua-na-promocao-da-equidade-de-genero-no-tjpr/>. Acesso em: 1 jun. 2024.

acolhimento, colaborando e auxiliando na tempatica da equidade.⁷⁵

Um exemplo de medida recente foi a campanha do coletivo que exerceu pressão para a nomeação da advogada Luciana Carneiro de Lara como nova desembargadora para ocupar a cadeira da desembargadora aposentada Regina Afonso Portes, símbolo de representatividade, como a primeira mulher desembargadora no Estado.⁷⁶

A Carta de Brasília pela igualdade de gênero no Poder Judiciário (2022) e a Carta de Brasília pela igualdade de 2023 também foram documentos importantes produzidos por magistradas e servidoras de todo o Brasil com proposições ao Conselho Nacional de Justiça visando a garantia da igualdade de gênero no Judiciário e o enfrentamento de todas as formas de violência e discriminação contra as mulheres.⁷⁷

Outra medida importante foi a criação do Repositório de Mulheres Juristas, implementado pela Portaria CNJ n. 176, de 27 de maio de 2022, que mantém um banco de dados nacional sobre mulheres com expertise em diferentes áreas do Direito, visando incentivar a participação feminina no contexto acadêmico e jurisdicional.⁷⁸

A base de dados mantida pelo Conselho Nacional de Justiça, de acesso público e atualizada em tempo real, relativa ao cumprimento da política de participação feminina é outro mecanismo importante ao auxiliar no controle da efetividade das medidas adotadas e acompanhamento pela população.⁷⁹

Outro obstáculo a ser enfrentado pelas mulheres é a conciliação entre a vida privada e a vida pública. Pesquisa realizada sobre as mulheres na carreira do Ministério Público – mas perfeitamente

aplicável ao Poder Judiciário – demonstrou que a estrutura da carreira dividida em entrâncias, em que o crescimento é condicionado à imposição de passagens por diversas cidades dificulta a conciliação entre a vida profissional e a família⁸⁰. Os sucessivos deslocamentos geográficos trazem obstáculos muito mais acentuados para as juízas do que para os juizes, como a resistência do cônjuge, a dificuldade de conciliação com as escolas dos filhos, além da reprovação social do papel de mãe solteira ou ausente⁸¹. Nesse sentido, destaca-se que “a expectativa social influencia também o comportamento de membros de minorias porque muitos deles passam a modular seus comportamentos a partir das expectativas e dos incentivos que recebem da sociedade”.⁸²

No Paraná, o número de cargos na entrância final (598) é significativamente maior do que nas entrâncias intermediária (111), inicial (79) e no cargo de juiz substituto (48)⁸³, o que ameniza a dificuldade de chegada às grandes cidades e o conflito entre a realização profissional e familiar.

Além do que, a pandemia da Covid-19 fez com que se repensasse o modo de trabalho. Diante da necessidade de distanciamento social, empresas e órgãos públicos no mundo inteiro tiveram que mandar seus funcionários trabalhar de casa. No TJPR não foi diferente e, em março de 2020, foi estabelecido o fechamento dos edifícios dos Fóruns e do Tribunal de Justiça, o atendimento remoto, a realização de audiências por videoconferência e a troca das sessões presenciais para o Plenário Virtual. Como resultado desse período desafiador, houve o aumento da produtividade, que foi possível graças à utilização das novas tecnologias⁸⁴.

⁷⁵ GALIDO, Rogério. Coletivo Antígona atua na promoção da equidade de gênero no TJPR. Disponível em: <https://www.plural.jor.br/curitiba/coletivo-antigona-atua-na-promocao-da-equidade-de-genero-no-tjpr/>. Acesso em: 1 jun. 2024.

⁷⁶ GALIDO, Rogério. Coletivo Antígona atua na promoção da equidade de gênero no TJPR. Disponível em: <https://www.plural.jor.br/curitiba/coletivo-antigona-atua-na-promocao-da-equidade-de-genero-no-tjpr/>. Acesso em: 1 jun. 2024.

⁷⁷ CNJ. Política de participação feminina. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-de-participacao-feminina/>. Acesso em: 01 jul. 2024.

⁷⁸ CNJ. Repositório de Mulheres Juristas. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-de-participacao-feminina/repositorio-de-mulheres-juristas/>. Acesso em: 01 jul. 2024.

⁷⁹ MPM. Módulo de produtividade mensal. Dados de pessoal do Poder Judiciário. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-mpm-pessoal/>. Acesso em: 1 jul. 2024.

⁸⁰ De acordo com o Procurador de Justiça Aposentado Carlos Francisco Bandeira Lins: “A conclusão a que se chegou a partir dos dados encontrados foi a de que, além das ingentes dificuldades encontradas pelas primeiras gerações de mulheres que se dispuseram a enfrentar os preconceitos contra seu ingresso na carreira, tiveram elas também, em grande número, de, em troca do sucesso na vida profissional, abrir mão da geração de filhos, como resultou claro ante o número de filhos gerados pelo conjunto das Promotoras e Procuradoras de Justiça, quando cotejado com o número de filhos gerados por seus colegas homens”. (LINS, Carlos Francisco Bandeira. Mulheres no ministério Público. Associação Paulista do Ministério Público. Disponível em: <https://www.apmp.com.br/artigos/mulheres-no-ministerio-publico-carlos-francisco-bandeira-lins/>. Acesso em: 20 jul. 2021).

⁸¹ Em pesquisa do CNJ que traçou o perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros em 2018, constatou-se que, enquanto entre os homens o percentual de casados é de 86%, entre as mulheres é de 72%. Ainda, os resultados revelaram uma maior proporção de mulheres sem filho em comparação aos homens, sendo que 74% das mulheres possuem filhos e 81% dos homens. Além disso, os homens apresentaram uma maior quantidade de filhos (CNJ. Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros – 2018. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf. Acesso em: 29 jul. 2021).

⁸² MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. p. 379-380.

⁸³ Dados retirados do site do TJPR: TJPR. Lista de antiguidade. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/lista-de-antiguidade-da-magistratura>. Acesso em: 01 jul. 2024.

⁸⁴ A utilização das novas tecnologias inclui uma série de instrumentos: “A tramitação eletrônica dos processos, com realização de audiências e sessões de julgamento virtuais por meio de plataformas online, por seu turno, é apenas uma das facetas dessa nova onda de tecnologias que compreende, também, plataformas digitais de negociação, uso de analytics, jurimetria, inteligência artificial (machine learning, deep learning, Big Data, inovação disruptiva e Processamento de Linguagem Natural), além da Online Dispute Resolution (ODR)” (HIPPERTT, Karen Paiva; GARCEL, Adriane; et. al. O acesso à justiça em tempos de crise e a onda das tecnologias na justiça brasileira. p. 285. In: GARCEL, Adriane; ZIMIANI, Laís Silva; GOTO, Lilian Cristina Pinheiro (coords.) Mediação & Conciliação: métodos adequados de solução de conflitos. Editora Clássica: Curitiba, 2021).

No período de 1º de abril a 4 de agosto de 2020, registrou-se uma expansão de 40% de produtividade⁸⁵ e, em 393 dias, o Poder Judiciário paranaense realizou, de forma remota, mais de 8,4 milhões de atos processuais⁸⁶. Nesse sentido, pode-se afirmar que “a pandemia abriu os olhos para a necessidade de o Judiciário continuar entregando a prestação jurisdicional de modo efetivo a todos os cidadãos adequando-se aos novos tempos”⁸⁷. A utilização das tecnologias pelo Poder Judiciário integra o conceito de efetivo acesso à justiça no mundo novo pós-pandemia⁸⁸ e permite a redução da sobrecarga de trabalho dos magistrados, de deslocamentos desnecessários e, conseqüentemente, uma melhor articulação entre a vida pessoal e a vida profissional.

Não se justifica que o Judiciário – principalmente os seus mais altos cargos – seja composto majoritariamente por homens. É essencial que profissionais de ambos os gêneros apreciem uma série de questões, entre elas, a violência contra a mulher. Para suprir a disparidade dos julgadores, ações afirmativas têm sido adotadas pelos tribunais. Em consonância com a Recomendação nº 79/2020 do CNJ, que “dispõe sobre a capacitação de magistradas e magistrados para atuar em Varas ou Juizados que detenham competência para aplicar a Lei nº 11.340/2006” (Lei Maria da Penha), o TJPR, por meio da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar – CEVID, vem promovendo cursos que abordem temas relacionados aos direitos fundamentais desde uma perspectiva de gênero, entre outras medidas que colocam o assunto em evidência⁸⁹.

As medidas adotadas demonstram um amadurecimento do Poder Judiciário em relação à igualdade de gênero, no entanto, ainda há um longo caminho a ser percorrido até a efetiva representatividade feminina em todos os níveis da carreira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁸⁵ Com mais de 366 mil videoconferências, Justiça eleva produtividade na pandemia. TJPR, 12 ago. 2020. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/com-mais-de-366-mil-videoconferencias-justica-eleva-produtividade-na-pandemia/18319?inheritRedirect=false&redirect=https://www.tjpr.jus.br/destaques/%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_1lKI%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1. Acesso em: 02 ago. 2021.

⁸⁶ COVID-19: em 393 dias de trabalho remoto a justiça estadual realizou mais de 8,4 milhões de atos processuais. TJPR, 13 abr. 2021. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/covid-19-em-393-dias-de-trabalho-remoto-a-justica-estadual-realizou-mais-de-8-4-milhoes-de-atos-processuais/18319. Acesso em: 02 ago. 2021.

⁸⁷ FOGAÇA, Anderson Ricardo; GARCEL, Adriane. Et. al. Métodos Autocompositivos e as novas tecnologias em tempos de COVID-19: online dispute resolution –ODR. Revista Relações Internacionais no Mundo Atual, v.1, n. 26, 2020. p. 10. Disponível em:

Os dados apresentados demonstram que, globalmente, há uma falta de representatividade das mulheres no Poder Judiciário e a situação se agrava nos cargos de cúpula. Conclui-se que as portas se abriram para o ingresso das mulheres, contudo, à medida que há uma progressão na carreira, essas portas vão ficando mais estreitas.

Cada país possui características próprias, mas existem barreiras em comum encontradas pelas mulheres no Poder Judiciário, como a permanência dos estereótipos de gênero, que se manifesta, principalmente, durante processos de nomeação e seleção, e a dificuldade em conciliar a carreira com as responsabilidades familiares. Apesar da garantia da igualdade formal entre homens e mulheres, expressas em normas nacionais e internacionais, a igualdade material ainda não foi atingida.

Diante da importância em se ter um Poder Judiciário que reflita as características da sociedade, uma série de medidas vêm sendo adotadas pelos países para combater a desigualdade de gênero. No Brasil, foi instituída a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, por meio da Resolução n. 255 do CNJ.

Seguindo as diretrizes nacionais, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná instituiu a Comissão de Igualdade de Gênero e vem atuando ativamente para garantir a representatividade feminina. Além da promoção de uma série de eventos institucionais sobre o tema, na organização do mais recente concurso para ingresso na magistratura paranaense, já foi garantida a paridade de gênero na comissão.

Os esforços adotados tanto pelo Brasil como internacionalmente têm resultado em um progresso na participação feminina no Judiciário, no entanto, ainda há um longo caminho a ser percorrido até que todas as portas sejam abertas para as mulheres. Para isso, impõe-se a sua representação não apenas em números abstratos, e sim uma representação efetiva em todos os níveis da carreira.

O papel da mulher na sociedade é um reflexo das lutas históricas e das transformações sociais

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3989/371372311>. Acesso em: 29 jul. 2021.

⁸⁸ Nesse sentido: “Emprego de novas formas de resolução de conflitos, readequação dos espaços físicos, investimento na capacitação dos operadores do direito, transformação digital da justiça com virtualização dos processos, fomento ao uso de novas tecnologias, como as plataformas virtuais de conciliação, modelos de computação em nuvem, inteligência artificial, home office, equipamentos e programas, bem como segurança jurídica com adoção de métodos de análise econômica do direito, consequencialismo e índices matemáticos para a fixação de teses pelos tribunais passaram, no mundo novo do pós-pandemia, a se encaixar no complexo conceito de efetivo acesso à justiça”. (FOGAÇA, Anderson Ricardo. Et. al. A magistratura do futuro e os métodos consensuais como forma de acesso à justiça em uma sociedade pós-pandêmica. Conjur. p. 8. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/souza-netto-fogaca-magistratura-futuro.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2021).

⁸⁹ TJPR. Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar – CEVID. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/web/cevid/inicio>. Acesso em: 20 jul. 2021.

que continuam a moldar o mundo contemporâneo. As mulheres têm sido e continuam a ser agentes de mudança, desafiando as normas e trabalhando por uma sociedade onde a igualdade de gênero seja uma realidade vivida e não apenas um ideal a ser alcançado. A história das mulheres é uma parte integral da história humana, e reconhecer isso é fundamental para entender a sociedade em que vivemos hoje.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. Censo 2022: número de pessoas com 65 anos ou mais de idade cresceu 57,4% em 12 anos. Ibge, 2022. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38186-censo-2022-numero-de-pessoas-com-65-anos-ou-mais-de-idade-cresceu-57-4-em-12-anos>. Acesso em: 29 jun. 2024.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Quem somos: a Magistratura que Queremos. Rio de Janeiro, nov. 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf. Acesso em: 29 jul. 2023.

CNJ. CNJ aprova regra de gênero para a promoção de juizes e juizas. [cnj.jus.br](https://www.cnj.jus.br), 26 set. 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-aprova-regra-de-genero-para-a-promocao-de-juizes-e-juizas>. Acesso em: 01 jul. 2024.

CNJ. Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário. Brasília: 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/cae277dd017bb4d4457755feb5eed9f.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2023.

CNJ. Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário. Brasília: 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/relatorio-participacao-feminina-na-magistratura-v3-20-03-23-ficha-catalografica.pdf#page=5.00>. Acesso em: 29 jun. 2024.

CNJ. Justiça em números 2024. Brasília: 2024. Disponível em: <https://www.bing.com/ck/a?!&&p=36fddb86f882155fjmltdHM9MTcxOTYxOTIwMCZpZ3VpZD0zODBmOTUxYS02YzFILTZkMTgtM2FIMC04MTZhNmQ2NzZjZWQmaW5zaWQ9NTIwNA&pfn=3&ver=2&hsh=3&fclid=380f951a-6c1e-6d18-3ae0-816a6d676ced&psq=justi%ca7a+em+numeros&u=a1aHR0cHM6Ly93d3cuY25qLmp1cy5ici9wZXNxdWlwYXMTaWVkaWNpYXJpYXNvZDZlY291bnVudW1cm9zLW&ntb=1>. Acesso em: 29 jun. 2024; CNJ. Diagnóstico da

participação feminina no Poder Judiciário. Brasília: 2013. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/relatorio-participacao-feminina-na-magistratura-v3-20-03-23-ficha-catalografica.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2023.

CNJ. A participação feminina nos concursos para a magistratura. Resultado de pesquisa nacional. Brasília, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_RELATORIO_Participacao_Feminina-FIM.pdf. Acesso em: 02 ago. 2021.

CNJ. Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros - 2018. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf. Acesso em: 29 jul. 2021.

CNJ. Política de participação feminina. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-de-participacao-feminina/>. Acesso em: 01 jul. 2024.

CNJ. Repositório de Mulheres Juristas. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-de-participacao-feminina/repositorio-de-mulheres-juristas/>. Acesso em: 01 jul. 2024.

CNJ. Recomendação n. 85, de 12 de janeiro de 2021. Dispõe sobre a observância de composição paritária na formação das Comissões Organizadoras e das Bancas Examinadoras de concursos públicos para ingresso na magistratura.

CNJ. Resolução n. 25, de 4 de setembro de 2018. Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no poder Judiciário.

Com mais de 366 mil videoconferências, Justiça eleva produtividade na pandemia. TJPR, 12 ago. 2020. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/com-mais-de-366-mil-videoconferencias-justica-eleva-produtividade-na-pandemia/18319?inheritRedirect=false&redirect=https://www.tjpr.jus.br/destaques%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_1lKI%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1. Acesso em: 02 ago. 2022.

COVID-19: em 393 dias de trabalho remoto a justiça estadual realizou mais de 8,4 milhões de atos processuais. TJPR, 13 abr. 2021. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/covid-19-em-393-dias-de-trabalho-remoto-a-justica-estadual-

realizou-mais-de-8-4-milhoes-de-atos-processuais/18319. Acesso em: 02 ago. 2022.

DIAS, Maria Berenice. A mulher e o Poder Judiciário. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/poder-e-participacao-politica/referencias/genero-e-poder-judiciario/a_mulher_e_o_poder_judiciar.pdf. Acesso em: 30 jul. 2023.

EDROMA, Evelyn. Promoting gender equality in the judiciary. UNPD, 5 Jul. 2019. Disponível em: <https://www.undp.org/blogs/promoting-gender-equality-judiciary>. Acesso em: 21 jul. 2021.

FRANÇA. Ministério da Justiça. La féminisation des métiers du Ministère de la Justice, nº 041-17. Out. 2017. Disponível em: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_feminisation.pdf. Acesso em: 28 jul. 2022.

GALLIGAN, Yvonne et al. Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions. European Parliament: Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs: Directorate General for Internal Policies of the Union. PE 596.804. Ago. 2017. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL_STU\(2017\)596804_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL_STU(2017)596804_EN.pdf). Acesso em: 22 jul. 2021.

GOV.UK. Official Statistics Diversity of the judiciary: Legal professions, new appointments and current post-holders - 2023 Statistics. Ministry of Justice, 2023. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/statistics/diversity-of-the-judiciary-2023-statistics/diversity-of-the-judiciary-legal-professions-new-appointments-and-current-post-holders-2023-statistics>. Acesso em: 29 jun. 2024.

HALTON, Clay. Gender Representation in the Judiciary: women are still underrepresented in the US judicial system. Investopedia, 4 mar. 2021. Disponível em: <https://www.investopedia.com/gender-representation-in-the-judiciary-5113183#citation-13>. Acesso em: 23 jul. 2021.

HIPPERTT, Karen Paiva;; GARCEL, Adriane; et. al. O acesso à justiça em tempos de crise e a onda das tecnologias na justiça brasileira. p. 285. In: GARCEL, Adriane; ZIMIANI, Laís Silva; GOTO, Lilian Cristina Pinheiro (coords.) Mediação & Conciliação: métodos adequados de solução de conflitos. Editora Clássica: Curitiba, 2021.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. Women and the Judiciary: Geneva Forum Series nº 1. Geneva, 2013. Disponível em: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/10/Universal-Women-and-Judiciary-Gva-For-1-Publications-Conference-Report-2014-ENG.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2021.

KALANTRY, Sitral. Women in Robes. Americas Quarterly, 2012. p. 85. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2539&context=facpub>. Acesso em: 27 out. 2021.

LIMA, Maria Aparecida Blanco de. O Judiciário se fez reconhecer como um espaço próprio de homens brancos e heterossexuais, o que não reflete a diversidade da sociedade. Entrevista cedida à Associação de Notários e Registradores do Estado do Paraná (Anoreg/PR). Anoreg/PR, 15 jul. 2021. Disponível em: <http://www.anoregpr.org.br/19694-2/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

LINS, Carlos Francisco Bandeira. Mulheres no ministério Público. Associação Paulista do Ministério Público. Disponível em: <https://www.apmp.com.br/artigos/mulheres-no-ministerio-publico-carlos-francisco-bandeira-lins/>. Acesso em: 20 jul. 2022.

MATOSO, Felipe; FREDERICO, Grazielle. Proporção de mulheres entre servidores é maior no Poder Judiciário. G1, Brasília: 08 mar. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/proporcao-de-mulheres-entre-servidores-e-maior-no-poder-judiciario.ghtml>. Acesso em: 19 jan. 2022.

MPM. Módulo de produtividade mensal. Dados de pessoal do Poder Judiciário. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-mpm-pessoal/>. Acesso em: 1 jul. 2024.

MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório.

NAWI. Forster-long's gender diversity Survey. The american bench. Disponível em: <https://www.nawj.org/statistics>. Acesso em: 29 jun. 2024.

OECDILIBRARY. Government at a Glance 2023. OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/3d5c5d31-en>. Acesso em: 29 jun. 2023.

OECD. Women in the judiciary. In: Government at a Glance 2017, OECD Publishing, Paris, 2017.

Disponível em: https://doi.org/10.1787/gov_glance-2017-29-en. Acesso em: 23 jul. 2021.

ONU. Poder Judiciário: porcentagem de ministras no máximo tribunal de justiça ou suprema corte. Disponível em: Este trecho é parte de conteúdo que pode ser compartilhado utilizando o link <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2023/09/07/relatorio-da-onu-aponta-que-o-mundo-esta-falhando-com-mulheres-e-meninas.ghtml> ou as ferramentas oferecidas na página. Acesso em: 1 jul. 2024.

ONU. Situação da População Mundial 2023 - 8 Bilhões de Vidas, Infinitas Possibilidades. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/245473-situa%C3%A7%C3%A3o-da-popula%C3%A7%C3%A3o-mundial-2023-8-bilh%C3%B5es-de-vidas-infinitas-possibilidades>. Acesso em: 29 jun. 2024.

PACIORNIK, Joel Ilan; FOGAÇA, Anderson Ricardo. Et. al. Interseccionalidade e fraternidade: justiça restaurativa como resgate das mulheres encarceradas. Revista Judiciária do Paraná, Ano XV, n. 20, Novembro 2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/47149551/56.+Artigo+interseccionalidade.pdf/239cd340-24e0-30aa-8755-c7472f1c1a1f>. Acesso em: 30 mar. 2022.

GALIDO, Rogério. Coletivo Antígona atua na promoção da equidade de gênero no TJPR. Disponível em: <https://www.plural.jor.br/curitiba/coletivo-antigona-atua-na-promocao-da-equidade-de-genero-no-tjpr/>. Acesso em: 1 jun. 2024.

Poder Judiciário: porcentagem de ministras no máximo tribunal de justiça ou corte suprema. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL, 2018. Disponível em: <https://oig.cepal.org/pt/indicadores/poder-judiciario-porcentagem-ministras-no-maximo-tribunal-justica-ou-corte-suprema>. Acesso em: 21 jul. 2022.

REZENDE, Daniela Leandro. Mulher no Poder e na Tomada de Decisões. In: FONTOURA, Natália; REZENDE, Marcela; QUERINO, Ana Carolina. Beijing +20: avanços e desafios no Brasil contemporâneo. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea): Brasília, 2020.

FOGAÇA, Anderson Ricardo; GARCEL, Adriane. Et. al. Métodos Autocompositivos e as novas tecnologias em tempos de COVID-19: online dispute resolution -ODR. Revista Relações Internacionais no Mundo Atual, v.1, n. 26, 2020. p. 10. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/articloe/view/3989/371372311>. Acesso em: 29 abr. 2022.

Semana da Mulher: mais da metade da força de trabalho do TJPR é feminina. TJPR, 07 mar. 2019. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/11KI/content/semana-da-mulher-mais-da-metade-da-forca-de-trabalho-do-tjpr-e-feminina/18319?inheritRedirect=false. Acesso em: 19 jul. 2022.

STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

UNWOMEN. Progress of the World's Women: In Pursuit of Justice. 2011-2012. Disponível em: https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/in_pursuit_of_justice/in_pursuit_of_justice_en.pdf. Acesso em: 16 jun. 2022.

UNWOMEN. Progress on the Sustainable Development Goals: The gender snapshot 2023. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2023/09/progress-on-the-sustainable-development-goals-the-gender-snapshot-2023>. Acesso em: 29 jun. 2024.

UNWOMEN. Women political Leaders 2024. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2024/06/poster-women-political-leaders-2024>. Acesso em: 29 jun. 2024

TJPR. Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar – CEVID. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/web/cevid/inicio>. Acesso em: 20 jul. 2021.

TJPR. Lista de antiguidade. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/lista-de-antiguidade-da-magistratura>. Acesso em: 20 mar. 2022.

TJPR. Museu da Justiça. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/presidentes-tjpr-museu>. Acesso em: 19 jul. 2022.

WORLD ECONOMIC FORUM. Global Gender Gap Report 2023. Disponível em: <https://www.weforum.org/publications/global-gender-gap-report-2023/>. Acesso em: 29 jun. 2024.

Women in the Judiciary: working towards a legal system reflective of society. OECD, mar. 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/gender/data/women-in-the-judiciary-working-towards-a-legal-system-reflective-of-society.htm>. Acesso em: 21 jul. 2021.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA 698 DO STF: A MITIGADA E CONDICIONADA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS



Zillá Oliva Roma¹

Este artigo analisa a tese vinculante firmada no Tema 698 do Supremo Tribunal Federal, por meio da qual se trouxe um necessário condicionamento e uma mitigação da intervenção jurisdicional em políticas públicas. Isso porque, de um lado, autoriza essa intervenção apenas em caso de ausência ou deficiência grave do serviço público e, de outro lado, permite que o Judiciário apenas estabeleça finalidades a serem alcançadas, não podendo, portanto, indicar as medidas pontuais a serem adotadas pelo Poder Público. Essa intervenção é uma realidade, sendo mister o emprego de técnicas processuais que efetivamente promovam o interesse público e não violem efetivamente o princípio da separação de Poderes (art. 2º, CF).

Palavras-chave: intervenção jurisdicional; políticas públicas; técnicas processuais.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Doutora e Mestre em Direito Processual Civil (USP). Autora do livro "Tutela jurisdicional e direito à saúde: análise crítica da farmacialização do Judiciário" e de artigos jurídicos. Membro da Comissão Especial de Direito Constitucional da OAB/SP. Professora em cursos diversos. Palestrante. São Paulo (SP), Brasil. E-mail: zilla.oliva@gmail.com. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6398839678732937>. ORCID: 0000-0002-6516-399X.

CONSIDERATIONS ON TOPIC 698 OF THE STF: MITIGATED AND CONDITIONED JURISDICTIONAL INTERVENTION IN PUBLIC POLICIES

This article analyzes the binding thesis established in Theme 698 of the Federal Supreme Court, through which a necessary conditioning and mitigation of jurisdictional intervention in public policies was brought about. This is because, on the one hand, it authorizes this intervention only in the case of absence or serious deficiency in public service and, on the other hand, it allows the Judiciary to only establish objectives to be achieved, and cannot, therefore, indicate specific measures to be adopted by the Public Power. This intervention is a reality, and it is necessary to employ procedural techniques that effectively promote the public interest and do not effectively violate the principle of separation of Powers (art. 2, CF).

Keywords: jurisdictional intervention; public policies; procedural techniques.

INTRODUÇÃO

DO TEMA ESCOLHIDO

O Supremo Tribunal Federal, em 06 de fevereiro de 2014, reconheceu a repercussão geral do tema versado no Recurso Extraordinário 684.612/RJ (Tema 698), conforme a ementa que segue:

“ADMINISTRATIVO E
CONSTITUCIONAL.
IMPLEMENTAÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS
ESPECIFICAMENTE QUANTO À
SUFICIÊNCIA DE
PROFISSIONAIS NA ÁREA DE
SAÚDE. ALEGADA
CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º
E 196 DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA. Repercussão
geral reconhecida do tema
relativo aos limites da
competência do Poder
Judiciário para determinar
obrigações de fazer ao Estado,
consistentes em concursos
públicos, contratação de
servidores e execução de
obras que atendam o direito
social da saúde, ao qual a
Constituição da República
garante especial proteção”.

Esse *leading case* envolve uma ação civil pública (nº 0048233-21.2003.8.19.0001) ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra o Município do Rio de Janeiro em razão das precárias condições de estrutura e atendimento no Hospital Municipal Salgado Filho.

O pedido foi julgado improcedente, mas a 6ª Câmara Cível do TJRJ, por unanimidade, deu provimento à apelação interposta pelo MPRJ, condenando o réu à implementação das seguintes obrigações de fazer: (a) o suprimento do déficit de pessoal mencionado no demonstrativo encaminhado pela própria direção do hospital, por meio da realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, com a nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame; e (b) a correção dos procedimentos e o saneamento das irregularidades

expostas no relatório do Conselho Regional de Medicina, no prazo de 6 (seis) meses, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). O Município interpôs o mencionado Recurso Extraordinário (RE 684.612), *leading case* do Tema 698 do STF1.

Em 03 de julho de 2023, o STF julgou referido recurso, tendo fixado tese ao tema². Segue ementa, *in verbis*:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE.

1. Recurso extraordinário, com repercussão geral, que discute os limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde. No caso concreto, busca-se a condenação do Município à realização de concurso público para provimento de cargos em hospital específico, além da correção de irregularidades apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina.

2. O acórdão recorrido determinou ao Município: (i) o suprimento do déficit de pessoal, especificamente por meio da realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, com a nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame; e (ii) a correção dos procedimentos e o

¹Iniciado o cumprimento provisório do acórdão, o réu ingressou com ação cautelar (nº 3.809/RJ), requerendo medida liminar, o que foi parcialmente deferido pela Min. Cármen Lúcia, que atribuiu efeito suspensivo ao RE.

²“O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 698 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem, para novo exame da matéria, de acordo com as circunstâncias fáticas atuais do Hospital Municipal Salgado Filho e com os parâmetros

aqui fixados, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Relator para o acórdão, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator) e Edson Fachin, que negavam provimento ao recurso, e os Ministros Alexandre de Moraes e André Mendonça, que davam provimento ao recurso extraordinário para restabelecer a sentença de improcedência do pleito inicial. Nesta assentada, o Ministro Luiz Fux reajustou seu voto para acompanhar o Ministro Roberto Barroso”. (Plenário, Sessão Virtual de 23.6.2023 a 30.6.2023).

saneamento das irregularidades expostas no relatório do Conselho Regional de Medicina, com a fixação de prazo e multa pelo descumprimento.

3. A saúde é um bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve zelar o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

4. A intervenção casuística do Poder Judiciário, definindo a forma de contratação de pessoal e da gestão dos serviços de saúde, coloca em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, já que desorganiza a atividade administrativa e compromete a alocação racional dos escassos recursos públicos. Necessidade de se estabelecer parâmetros para que a atuação judicial seja pautada por critérios de razoabilidade e eficiência, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador.

5. Parcial provimento do recurso extraordinário, para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem, para novo exame da matéria, de acordo com as circunstâncias fáticas atuais do Hospital Municipal Salgado Filho e com os parâmetros aqui fixados.

6. Fixação das seguintes teses de julgamento: "1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A

decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado. 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPI)".

Trata-se de tema muito relevante e de grande impacto à Administração Pública, bem como à Advocacia Pública, pelo que restou escolhido para a elaboração do presente artigo jurídico.

1 AS STRUCTURAL INJUNCTIONS

Vige entre nós o sistema de *checks and balances*, típico do Estado de Direito, tornando possível o acesso ao Judiciário para que este analise, teoricamente como *ultima ratio*, atos administrativos eivados de ilegalidade, inconstitucionalidade, abuso de poder e/ou omissão.

É verdade que o controle jurisdicional do ato administrativo e, por conseguinte, a intervenção jurisdicional em política pública é um fenômeno praticamente irreversível, principalmente porque fundamentados na nossa analítica Constituição Federal.

A este respeito, ressalta Sérgio Cruz Arenhart (2017, p. 74) que, ainda que hajam críticas a esse controle (como a invocação da separação estanque dos Poderes e da suposta ilegitimidade democrática dos magistrados), a questão "deixa de centrar-se na discussão sobre a possibilidade dessa intervenção, passando a importar mais o debate a respeito do modo e do ambiente em que esse tipo de conflito deve ser levado à análise judicial".

As reiteradas condenações judiciais sofridas pelo Poder Público, em especial relativas à consecução de direitos sociais fundamentais, desgastam sobremaneira as relações entre os Poderes estatais, principalmente por gerarem consequências na organização das políticas públicas e, por conseguinte, em seu planejamento orçamentário.

O (des)cumprimento judicial nesse contexto vem demonstrando a incapacidade dos gestores públicos de realizarem um sem-número de obrigações de fazer (em regra, na forma especificamente determinada pela parte autora e ratificada pelo juízo) em

lapsos temporais aleatoriamente definidos pelo Judiciário.

Submetidos esses casos ao Poder Judiciário, mister seja averiguada a forma mais adequada e razoável de intervenção, considerados o regime jurídico administrativo, os critérios da oportunidade e da conveniência administrativas e o próprio excesso de judicialização nessa seara.

Na verdade, conforme entendimento exarado na fixação de tese do Tema 698 do STF, ao Judiciário cabe apenas a indicação das finalidades a serem atingidas, não das obrigações de fazer específicas a serem executadas, além do que a intervenção seria aceitável apenas em havendo ausência ou deficiência grave do serviço público, daí surgindo uma intervenção jurisdicional mitigada e condicionada.

Nesse contexto, surge a possibilidade de um cumprimento dialogado de obrigações de fazer tanto em relação às providências a serem adotadas, quanto em relação aos prazos para essa consecução. A respeito do prazo, é sabido que o conhecido excesso dessa espécie de judicialização em face do Poder Público impede o pronto atendimento de todas as ordens judiciais dentro dos critérios e das condições em regra aleatoriamente definidos pelo Judiciário.

E tal não se trata de negociar o interesse público. Na verdade, com a adoção de técnicas estruturantes, pode-se promover sua efetiva tutela.

Nesse sentido, Odete Medauar (2017, p. 371-378), em relação à tão propalada indisponibilidade do interesse público, assevera constituir-se em fórmula vaga, pelo que seria "tautológico afirmar que na atividade administrativa os bens e os interesses não estão à livre disposição dos agentes públicos". Conclui

que a alegação de indisponibilidade do interesse e dos bens públicos configura uma "barreira às práticas consensuais na Administração Pública, o que representa negação da realidade e visão desatualizada"³.

O entendimento do STF no Tema 698 acaba por reservar à Administração Pública, na prática, a possibilidade de escolher os meios para que o objetivo material, indicado na decisão judicial, seja alcançado, preservando-se, assim, sua discricionariedade administrativa, inclusive, se o caso, com a adoção de um regime de transição (art. 23 da LINDB⁴).

Ao decidir que essas decisões judiciais devem, em regra, "apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado", o STF determinou o emprego de técnicas estruturais/estruturantes a esses casos.

Historicamente, o exemplo de processo estrutural sempre trazido pela doutrina especializada como o pioneiro⁵ foi o *Brown v. Board of Education* - 347 U.S. 483 (1954), julgado pela Suprema Corte Americana a respeito de 4 (quatro) ações coletivas ajuizadas nos Estados de Kansas (Topeka), Carolina do Sul (Clarendon County), Virginia (Prince Edward County) e Delaware (New Castle County), nas quais representantes legais de crianças negras buscavam sua admissão em escolas públicas primárias ou secundárias, ou seja, visavam a um regime educacional livre de segregação racial⁶.

Após longa tramitação e amplo debate⁷, a Suprema Corte, de forma unânime, concluiu pela inconstitucionalidade da prática guerreada, por violar a 14^a Emenda à Constituição dos Estados Unidos, determinando fosse colocado termo à prática até então

³ Menciona que há atualmente diversas práticas consensuais na atividade administrativa: acordos, negociação, conciliação, mediação, arbitragem, inclusive na esfera sancionadora (TAC, compromisso de cessação, etc), além do que diversos bens públicos são usados pelo setor privado na prestação de serviços públicos (concessão e permissão de serviço público) ou têm sua gestão transferida para particulares (florestas, teatros, creches, auditórios, hospitais, dentre outros), pelo que não há que se falar em indisponibilidade de bens públicos.

⁴ "A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais".

⁵ Embora não tenha assumido, de forma expressa, se tratar de processo estrutural, a forma da atuação jurisdicional possibilitou à doutrina a construção de uma base teórica dessa nova técnica processual. Nesse sentido, menciona Edilson Vitorelli (2021, p. 76) que o caso *Brown* não seria um exemplo de processo estrutural, mas que sua implementação, em algumas localidades e por iniciativa dos juizes locais, adquiriu, gradativamente, essa característica.

⁶Essas ações foram ajuizadas em razão da doutrina do "separate but equal", referendada pela Suprema Corte Americana em 1896 no julgamento do caso *Plessy v. Ferguson* - 163 U.S. 537, caso no qual

decidiu que assentos diferenciados em transportes ferroviários não violariam a 14^a Emenda. Nesse contexto, práticas segregacionistas estariam acobertadas pelo entendimento da Suprema Corte, tais como as aplicadas em escolas públicas. Em 1865, foi ratificada a 13^a Emenda Constitucional norte-americana, proclamando o fim da escravidão e da servidão involuntária, salvo como sanção criminal. Em 1868, foi aprovada a 14^a Emenda Constitucional norte-americana, prevendo que os Estados da federação não poderiam negar a nenhuma pessoa dentro de sua jurisdição a proteção igualitária das leis. Mas para garantir o distanciamento de pessoas negras recém-libertas, difundiu-se a doutrina "separate but equal" (separados, mas iguais), pelo que não seria necessário que negros e brancos dividissem os mesmos espaços, meios de transporte e demais serviços públicos, desde que fosse garantida igualdade de tratamento a ambas as raças.

⁷ Os processos tiveram longa tramitação. Nos processos de Carolina do Sul, Virginia e Delaware, o Judiciário averiguou que as condições das escolas para negros (currículos escolares, transporte público de ida e volta, treinamento de professores, planta dos prédios e atividades extracurriculares das escolas para crianças negras) eram inferiores aos das escolas para crianças brancas. No processo em Kansas, detectou-se igualdade nesses quesitos, passando-se a segregação escolar institucionalizada ao centro da discussão, no sentido de, por si só, criar condições de ensino e aprendizado inferiores às crianças negras.

autorizada da doutrina dos "separados mais iguais" (separate but equal), dada a violação à isonomia.

Um ano após o julgamento, diante da reclamação de várias escolas quanto às dificuldades para implementar a nova política, não discriminatória, a Suprema Corte reexaminou a questão, originando a decisão conhecida por *Brown v. Board of Education II*, pela qual ordenou que a implementação da ordem judicial deveria ser feita por meio de uma progressiva adoção de medidas que eliminassem os obstáculos criados pela discriminação, sob a supervisão das Cortes locais.

Ou seja, a mera declaração de inconstitucionalidade não era suficiente, dada a necessidade de concretização da decisão⁸, o que mudaria radicalmente aquela cultura ainda impregnada na sociedade.

Considerando as dificuldades das escolas locais para cumprirem a ordem judicial, a Suprema Corte autorizou a criação de planos cuja execução seria acompanhada pelo Judiciário local, conforme explica Fernando Garcia Souza (2017, p. 251-254): (a) as autoridades escolares se responsabilizariam primariamente pelo levantamento, avaliação e resolução dos problemas escolares surgidos, (b) os tribunais em que tramitam as ações deveriam verificar se as autoridades locais estariam agindo com boa-fé, (c) as cortes locais deveriam guiar-se pela equidade, (d) dever-se-ia observar o interesse das partes de serem admitidas em escolas públicas não segregadas o quanto antes, (e) o início da implementação deveria dar-se em prazo razoável, cabendo ao réu estabelecer o prazo suplementar necessário, se o caso, conforme os ditames da boa-fé, e (f) as cortes locais deveriam considerar eventuais problemas surgidos na implementação da decisão judicial, bem como a adequação dos planos de reestruturação apresentados pelos réus.

Houve, portanto, forte descentralização do poder de decisão e fiscalização ao Judiciário local na fase de cumprimento, que passou a utilizar ordens estabelecendo obrigações de fazer ou não fazer (injunctions⁹). São essas structural injunctions que buscariam, assim, reorganizar uma instituição social (no caso, o sistema educacional).

É verdade que a segregação racial norte-americana não foi eliminada nem por meio dessas, nem outras decisões judiciais, mas a técnica processual empregada nesse julgamento permitiu a construção da base para a ideia das structural injunctions enquanto

instrumento maleável e dialogado de solução de controvérsias.

Um aspecto importante dessa intervenção judicial é que ela se deu por meio de técnicas criativas, capazes de ensejar melhorias nas instituições e nas políticas públicas debatidas, ainda que não tenham alcançado uma conformidade considerada ideal.

O legado das decisões estruturantes não deve ser aferido apenas com base em seu êxito na solução do caso concreto, porque este tipo de provimento possui efeitos bastante complexos que também devem ser assim apreendidos.

Nesse ponto, esclarece Hermes Zaneti Junior (2013, p. 59) que "o mundo não é assim ou assado porque o juiz quer, é como é. Ser agente de transformação é mais do que prometer uma solução abstrata", sendo necessário prever os meios, acompanhar o desenvolvimento da própria decisão judicial e sua eficácia, desdobramentos do processo civil de interesse público, não mais sendo suficiente ao exercício da jurisdição "a mera intervenção através de expedição de ordens, é preciso acompanhar a efetivação das decisões".

É exatamente nesse sentido o entendimento exarado pelo STF no julgamento do Tema 698, tendo a experiência judiciária demonstrado que a mera determinação de execução de medidas pontuais por parte da Administração Pública não tem logrado êxito, sendo muito mais racional, efetivo e adequado que sejam apontadas as finalidades a serem alcançadas, devendo o Poder Público, para tanto, apresentar um plano e/ou meios adequados para alcançar tais finalidades.

Até mesmo porque não faz sentido que esse tipo de condenação engesse a atuação da Administração. Nesse ponto, consigna Ada Pellegrini Grinover que "as circunstâncias fáticas, jurídicas, econômicas e até jurídicas podem ter se alterado", não se podendo impor uma obrigação de fazer que pode não mais corresponder à atual necessidade.

Em relação especificamente ao leading case do Tema 698 do STF, explicou a autora (2017, p. 436-438) que o demonstrativo encaminhado pelo hospital, contendo o déficit de pessoal, remontava ao dia 31 de maio de 2002, indicando a carência de 79 (setenta e nove) cargos médicos das mais variadas especialidades, 03 (três) odontólogos, 89 (oitenta e nove) enfermeiros e 112 (cento e doze) técnicos e auxiliares de enfermagem. Como esses números se referiam a 12 (doze) anos anteriores,

⁸ Nesse contexto, Owen Fiss (2017, p. 26) destacou algumas das medidas que se fariam necessárias para fins de implementação do quanto decidido: (a) novos procedimentos para a escolha dos alunos, (b) novos critérios de construção de escolas, (c) a substituição dos corpos docentes, (d) a revisão do sistema de transporte público para acomodar novas rotas, (e) nova alocação de recursos entre escolas e atividades, (f) modificação do currículo, (g)

aumento de verbas e (h) novos sistemas de informações para monitorar o desempenho da organização.

⁹ Na esteira da doutrina de Kazuo Watanabe (1996, p. 80), o art. 11 da LACP, ao dispor que o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se suficiente ou compatível, equivaleria à injunction do sistema da common law e à ação inibitória do direito italiano.

referida condenação não poderia engessar a atuação da Administração, justamente pela esperada alteração das circunstâncias envolvidas.

E concluiu: "Só a administração hospitalar e o Município poderão apresentar uma relação do número de cargos efetivamente necessários e um planejamento do prazo necessário para preenchê-los", entendendo, assim, que não deveria ocorrer a imposição de obrigações de fazer, pois, nesse caso, o Judiciário estaria substituindo o administrador.

Owen Fiss, em 1979, promoveu um avanço teórico com base nas *structural injunctions*¹⁰ 11. Em suas palavras, trata-se de "um instrumento formal por intermédio do qual o Judiciário busca reorganizar instituições burocráticas para que funcionem de acordo com a Constituição"¹², passando a identificar uma nova forma de adjudicação: *structural reform* (reformas estruturais), que induz o Judiciário a sair do isolamento em que se encontra quando provocado a resolver litígios individuais ou privados (*dispute resolution*), alçando-o ao posto de copartícipe do governo e, assim, parte integrante do sistema político (FISS, 2008, p. 761-764).

Para Edilson Vitorelli (2018, p. 340), processo estrutural é um processo coletivo em que se pretende, por meio da atuação jurisdicional, "a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural"¹³.

O autor explica os principais desafios do processo estrutural: (a) a apreensão das características do litígio, em sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; (b) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, com o objetivo de fazer com que deixe de se comportar da maneira reputada indesejável; (c) a implementação desse plano, de forma compulsória ou negociada; (d) a avaliação dos resultados dessa implementação; (e) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, para abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e (f) a implementação do plano já revisto, que reinicia o ciclo, que se perpetua indefinidamente até a solução do litígio, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura.

Para Fredie Didier Junior, Hermes Zaneti Junior e Rafael Alexandria de Oliveira (2020, p. 48-49), no processo estrutural se veiculam litígios estruturais, pautados em um problema estrutural, visando-se

modificar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal.

Assim, o processo estrutural: (a) se pautaria na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade (ou qualquer outro nome para designar uma situação de desconformidade estruturada); (b) buscaria uma transição deste estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação), removendo a situação de desconformidade por meio de uma decisão de implementação escalonada; (c) se desenvolveria em um procedimento bifásico, no qual ocorreriam o reconhecimento e a definição do problema estrutural e o estabelecimento de programa ou projeto de reestruturação a ser seguido; (d) se desenvolveria em um procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, possibilitando-se a adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, alteração do objeto litigioso, uso de mecanismos de cooperação judiciária; e (e) se pautaria pela consensualidade, abrangendo inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC).

Conforme explicam Leonardo Silva Nunes, Samuel Paiva Cota e Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria (2018, p. 367-368), tais litígios, sempre relacionados a questões de amplo espectro (meio ambiente, saúde, educação, sistema carcerário, trabalho, etc), surgem de violações estruturais desses direitos ocasionadas por um "conjunto de práticas e dinâmicas institucionalizadas, dentro de uma causalidade complexa", salientando, ainda, seu caráter prospectivo, negocial e participativo, o que impacta diretamente a sistemática processual civil.

Infere-se que o processo estrutural é bastante complexo, motivo pelo qual raramente os litígios estruturais são resolvidos em processos estruturais, pois, conforme explica Edilson Vitorelli, estes são "longos, difíceis, demandam uma estrutura representativa intrincada e, por esse motivo, são evitados por juízes e legitimados coletivos" (Vitorelli, 2018, p. 340). Nesses casos, o funcionamento da instituição permanece inalterado, de modo que o processo, no máximo, vai resolver a lide, não o conflito.

Mister consignar que tais conflitos não apresentam o tradicional aspecto bipolar, retrospectivo e reparatório de uma demanda individual ou meramente coletiva.

Nesse sentido, a resolução retrospectiva da lide é, na verdade, uma ilusão de solução, porque, ao não combater as causas do problema, acaba não produzindo

¹⁰ Também chamadas na doutrina norte-americana de *prophylactic injunction* e de *institutional remedies*.

¹¹ "Reforma estrutural" é uma expressão proposta por Owen Fiss que alude a essa nova faceta do ativismo judicial, por meio da qual se reformulam diversas estruturas de instituições sociais (escolas, presídios, hospitais psiquiátricos), em razão do que o processo passou a ser organizado de uma forma diferenciada.

¹² "The formal medium through which the judiciary seeks to reorganize ongoing bureaucratic organizations so as to bring them into conformity with the Constitution" (FISS, 1993, p. 965).

¹³ Litígios estruturais também são denominados de coletivos, sistêmicos, estratégicos, de interesse público, dentre outros.

resultados sociais significativos, conforme explica Edilson Vitorelli: "Enfocam-se as suas consequências presentes mais evidentes, 'a conta-gotas', em processos individuais, ou mesmo em processos coletivos, mas que abordam parte do problema público" (VITORELLI, 2018, p. 341), hipóteses em que a atuação do legitimado coletivo e do Poder Judiciário possuem o condão de, inclusive, aprofundar as desigualdades e desorganizar ainda mais o serviço público que se pretendia melhorar.

As structural injunctions, apesar de seu caráter mandamental, não equivalem propriamente a atos coercitivos. Apenas atestam que uma instituição social deverá ser reconstruída (por exemplo, uma política pública de saúde ou educação), sob administração judicial, remanescendo a coerção como medida ultima ratio.

Explica Edilson Vitorelli (2021, p. 65) que as *structural injunctions* são ordens judiciais que impõem "não uma conduta isolada, a uma parte específica, mas um conjunto de medidas para ajustar comportamentos futuros, em vez de compensar erros pretéritos", cenário em que o juízo atua "mais como um agente de intermediação e de convencimento, não mediante decisão e imposição", tendo sido nesse exato sentido o entendimento exarado pelo STF na definição da tese vinculante no bojo do Tema 698.

Nos dizeres de Owen Fiss (2017, p. 25), a reforma estrutural é um tipo distinto de adjudicação, dado o caráter constitucional dos valores públicos envolvidos e o embate entre Judiciário e as burocracias estatais.

Nesse contexto, o juízo assume uma relevante função de legislador e executor, conforme aponta Desirê Bauermann (2021, p. 311), "já que ele passa a desenvolver e supervisionar políticas públicas, exercendo um papel principal no sucesso da implementação da medida por ele desenvolvida.

Interessante questão levantada pela autora envolve os limites da atuação judicial, ou seja, como definir até que ponto a tutela jurisdicional poderia e deveria ir. Menciona o caso das *structural injunctions* no sistema prisional norte-americano, perguntando o que significaria, no caso, não dar aos presos punições cruéis: "Significa não submetê-los a tortura? Não submetê-los a prisões superlotadas?". E segue: "Ou também significa lhes fornecer alimentação balanceada, celas com um tamanho específico, acesso a bibliotecas e internet, e um número mínimo de banheiros de acordo com o número de presos?"

Nesse cenário, o Judiciário se encontra envolvido em profundos níveis do tratamento a ser conferido aos presos, sem que houvesse intervenção executiva ou legislativa. Owen Fiss (2004, p. 94) alude ao fato de inexistir na Constituição norte-americana

previsão sobre "laudos, chuveiros ou solitárias; muito menos acerca das datas em que os laudos são devidos, da temperatura dos chuveiros ou do número máximo de dias que podem ser passados em uma solitária", mas como contém disposições a respeito do tratamento humano e da igualdade, o Judiciário tenta conferir significado a esses valores constitucionais, inclusive tratando dessas especificidades "como uma forma de trazer a organização para dentro dos limites constitucionais".

Desirê Bauermann entende que a solução consensual nos processos estruturais apresenta inúmeras vantagens em relação à decisão judicial imposta, porque (a) o acordo evitaria o custo e o tempo de um processo, (b) as discussões antecedentes ensejam um acordo mais detalhado, (c) as partes acabam conhecendo mais o direito material envolvido, podendo, dessa forma, desenvolver medidas mais adequadas a sua concretização e (d) os réus tendem a respeitar mais os acordos de cuja formação puderam participar que uma decisão unilateralmente imposta pelo juízo.

A legislação brasileira e os princípios jurídicos aplicáveis permitem adaptações da técnica jurídico processual conforme as necessidades e peculiaridades da controvérsia, sendo plenamente viável, em processos estruturais ou não, a adoção de um modelo de cumprimento judicial criativo, aberto, dialógico, cooperativo, colaborativo e consensual em face da Fazenda Pública, evitando-se, com isso, aplicações rigorosas da lei e dos comandos judiciais, que, em muitas vezes, vão de encontro à instrumentalidade e efetividade do processo, incompatibilizando-se, assim, com a adequada tutela jurisdicional constitucionalmente exigida, inclusive se considerarmos as peculiaridades da Fazenda.

2 CRONOGRAMAS NEGOCIADOS DE CUMPRIMENTO VOLUNTÁRIO

A respeito do tema posto, a doutrina especializada trata dos cumprimentos negociados, os "cronogramas negociados de cumprimento voluntário", nos dizeres de Eduardo José da Fonseca Costa (2016, p. 109), nos quais se fixariam as etapas propriamente ditas, os meios de acompanhamento e monitoramento de sua consecução, eventuais novas negociações e a nomeação consensual de um administrador, se o caso), inclusive em termos orçamentários (determinação de inclusão de verba própria para atendimento ao comando judicial)¹⁴.

Lembra Felipe Barreto Marçal (2021, p. 152) que a tutela reparatória ou sancionatória não é vedada no

seu cumprimento, a forma de fiscalização, os fundamentos de fato e de direito, e a previsão de medidas para seu cumprimento.

¹⁴ Há previsões a este respeito nos Projetos de Lei sobre a ação civil pública, como o art. 36 do PL nº 4.441/20 que, ao prever a convenção quanto ao direito material, exige que seja escrita e que contenha os deveres, as obrigações e os ônus assumidos, o prazo e o modo de

processo estrutural, mas seus malefícios seriam muito maiores que seus benefícios, mencionando, por exemplo, que o montante pecuniário que a parte ré foi obrigada a pagar a título de reparação por um dano coletivo poderia ser utilizado para acelerar o cumprimento das medidas estruturais estabelecidas, além do fato de que “esse dinheiro acaba indo para um fundo, que normalmente não reverte os valores para a tutela (reparação ou prevenção) dos direitos violados”.

No mesmo sentido entendem Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 17-18), destacando a inutilidade da tutela sancionatória quando o produto da execução coletiva se destina aos fundos, porque raramente será aplicado à recomposição dos bens lesados, de modo que, se indispensável a sanção, que seja voltada “à reparação *in natura* do direito violado, pois se mostra mais eficiente”.

O controle judicial de políticas públicas por meio da técnica adotada no processo estrutural tem maior chance de ser efetivo, justamente porque a implementação da decisão estrutural ocorre por meio de constante diálogo interinstitucional, cenário em que, mesmo não havendo completo consenso em relação às medidas a serem aplicadas, o Judiciário teria condições para decidir de modo informado, sob uma ótica consequencialista, - por conseguinte, tornando sua decisão mais legítima - em razão do modelo processual participativo e dialógico.

Nesse sentido, prevê o art. 2º, parágrafo único, inc. I, do PL nº 8.058/14 que o processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas será, dentre outras características, estrutural, “a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes”.

Explica Camila Perez Yeda Moreira dos Santos (2021, p. 66-67) que a execução termina apenas quando o objetivo é alcançado, o que costuma demorar, “já que normalmente é necessária uma etapa de planejamento, fixando-se objetivos, fases de execução e prazos correspondentes para a consecução dos objetivos almejados”, podendo o juízo servir-se de um terceiro independente e/ou de órgãos públicos/entidades privadas para acompanhamento da execução, “sempre privilegiando o diálogo entre as partes”.

Conclui, assim, que esse tipo de litígio, estrutural, dada sua complexidade, a heterogeneidade das questões envolvidas e a multipolaridade, exige uma nova visão de procedimento adequado, o que envolve “mudança de paradigmas, desde a legislação até a mentalidade dos participantes”.

A autora ressalta, assim, que o sucesso do cumprimento de decisões judiciais em processos estruturais exige a ampliação dos poderes do magistrado e a construção de diálogo entre as partes, além do que as decisões devem ser flexíveis, justamente porque a situação fática muito provavelmente se modificará no decorrer do tempo. Nesse sentido, tal cumprimento “não pode simplesmente seguir a lógica

individualista do processo civil, em que o magistrado impõe uma decisão rígida e as partes devem cumprir”.

Essa lógica segundo a qual o modelo tradicional de processo civil não se adequa a conflitos policêntricos e multiplexos, exigindo-se, para a efetiva tutela do direito material, sua reformulação e ampla flexibilização, também pode e deve ser aplicada a processos não estruturais, mas em cujo bojo se deduzam pedidos que abrangem, na prática, inúmeros interesses e outras partes.

Tais processos, na verdade, podem envolver conflitos muito mais amplo que aqueles narrados na petição inicial a respeito da lide, dados os impactos orçamentários e na própria consecução das políticas públicas. Mas ainda é bastante comum a condução processual tradicional nesses casos, mantendo-se as partes em posições diametralmente opostas, sendo a decisão judicial (tutela provisória ou sentença) essencialmente imposta sob um viés essencialmente autoritário e retrospectivo.

A este respeito, constata Matheus Souza Galdino (2019, p. 139) que se pode falar em “graus de estruturalidade”, conforme a amplitude dos efeitos da reestruturação a ser promovida, trazendo uma metáfora bastante ilustrativa a respeito de uma árvore cujos frutos são venenosos.

No caso, poderia ser concedida uma tutela inibitória em um processo com baixo ou nenhum grau de estruturalidade para que esses frutos fossem colhidos e encaminhados para um descarte seguro. Nesse caso, posteriormente apareceriam novos frutos venenosos, de modo que o mesmo procedimento do descarte seguro poderia ser realizado em razão de outros eventuais processos.

Em outra hipótese, poderia ser concedida uma tutela inibitória em um processo com um grau mais alto de estruturalidade, para que os frutos não fossem colhidos, cortando-se, antes, os galhos da árvore, com o que não nasceriam novos frutos venenosos até que novos galhos brotassem.

Por fim, poderia ser concedida uma tutela inibitória em um processo com grau de estruturalidade ainda maior, visando-se ao corte do tronco da árvore. Um grau maior de estruturalidade haveria apenas em um processo no qual se visasse ao corte da raiz (grau máximo de estruturalidade).

Nessa toada, Sérgio Cruz Arenhart (2013, p. 392-383) aponta que as decisões e medidas estruturais são, em regra, o último recurso a ser empregado, pois, quando outras medidas, mais simples, se mostrarem adequadas, inexistiria razão para as medidas estruturais, dado seu caráter complexo, custoso e intrusivo, custoso inclusive ao próprio Judiciário, em sentido amplo, dadas as dificuldades de implementação e seu controle.

Também ressalta Leonardo Medeiros Júnior (2018, p. 85) que “não se pretende a vulgarização do modelo de processo estrutural com todo e qualquer

litígio que envolva a concretização dos direitos fundamentais sociais”, não podendo ser aplicado de qualquer forma e em qualquer caso, “sob pena de ruptura sistêmica”.

Defende que deve ser adotado em caso de “recalcitrância ou prolongada inércia do Poder Público na implementação de direitos fundamentais”. Também entende que não se aplicariam decisões estruturais a casos passíveis de solução por meio de decisões simples: “[...], quanto uma decisão individual for suficiente para reparar a lesão, não se deve utilizar de medidas mais amplas e complexas”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto do quanto decidido pelo STF no Tema 698, surge a imprescindibilidade de uma intervenção jurisdicional em política pública mitigada e condicionada, de caráter interinstitucional e estruturante, promovendo-se, dessa forma, uma tutela mais efetiva do interesse público, evitando-se, concomitantemente, uma afronta direta ao princípio da separação de Poderes (art. 2º, CF).

O entendimento do STF no Tema 698 acaba por reservar à Administração Pública, na prática, a possibilidade de escolher os meios para que o objetivo material, indicado na decisão judicial, seja alcançado, preservando-se, assim, sua discricionariedade administrativa, conforme os critérios administrativos da oportunidade e conveniência, inclusive, se o caso, com a adoção de um regime de transição (art. 23 da LINDB¹⁵).

E tal entendimento vai ao encontro do que ordinariamente acontece: são fartos os casos judiciais demonstrando que a mera determinação de execução de medidas pontuais por parte da Administração Pública não tem logrado êxito, sendo muito mais racional, efetivo e adequado que sejam apontadas as finalidades a serem alcançadas, devendo o Poder Público, para tanto, apresentar um plano e/ou meios adequados para alcançar tais finalidades.

Até mesmo porque esse tipo de condenação não pode engessar a atuação da Administração, dado que as circunstâncias fáticas, jurídicas, econômicas e até mesmo jurídicas podem ter se alterado.

A tipologia de conflito ora examinada exige do Poder Judiciário um novo papel (gerenciador, mediador, estratégico) para fins de efetiva e adequada consolidação de valores públicos. E não apenas do

Judiciário, como também dos membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos advogados públicos e privados, bem como dos gestores públicos¹⁶.

Nesse ponto, também é um grande desafio à Advocacia Pública o manejo de técnicas estruturantes, principalmente sob a ótica do necessário trabalho em conjunto com a Administração Pública, que nem sempre deseja, de fato, entender o pano de fundo que ensejou o ajuizamento dos processos e, mesmo entendendo, nem sempre almeja envolver-se na reestruturação pretendida.

De fato, o emprego de técnicas estruturantes nos processos envolvendo o Poder Público demandam, sobretudo, uma mudança cultural, porque de nada adianta uma postura resolutiva e colaborativa por parte dos advogados públicos sem a Administração não se empenhar em fornecer as informações e os cronogramas necessários, bem como se não se organizar internamente para cumprir o quanto negociado.

Com efeito, resta ultrapassado, inclusive em termos de efetividade da tutela do interesse público, o manejo de técnicas processuais tradicionais na intervenção jurisdicional em políticas públicas, sendo mister o emprego de técnicas mais consequencialistas e de cunho verdadeiramente estruturante, sempre com o imprescindível apoio da Administração.

Ou seja, esse tipo de conflito exige respostas difusas, flexíveis e negociadas, com uma perspectiva futura, evitando-se, com isso, que o cumprimento da decisão judicial consista em um problema maior que o próprio litígio sub judice.

¹⁵ “A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

¹⁶ Conforme pesquisa realizada pelo CNJ a respeito da judicialização da saúde, a atuação aproximada entre gestores e Procuradores enseja defesas mais técnicas e também informa aos magistrados

dados reais sobre estoque de medicamentos e prazos para compra e distribuição, cenário em que os juízes tendem a atuar com maior reserva na imposição de multas por descumprimento e na fixação de prazos curtos para cumprimento, “uma vez que passam a conhecer melhor a política e se aproximar da gestão de compra, um processo complexo que enfrenta dificuldades adicionais trazidas pela judicialização” (BRASIL, 2019).

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (R.TRF1)*, Brasília, v. 29, n. 1-2, p. 70-79, jan./fev. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3lxzwmq>. Acesso em: 13 abr. 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. A proteção ressarcitória de danos coletivos e o devido processo legal: a experiência brasileira. *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais*, 3. ed., n. 3, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo (RePro)*, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

BAUERMANN, Desirê. Structural injunctions no direito norte americano. //: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 305-327.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Sumário executivo – Justiça Pesquisa. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 698 de Repercussão Geral, RE 684.612, j. 30/06/2023, DJe 07/08/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 13 abr. 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 303, p. 45-81, mai. 2020.

ESTADOS UNIDOS (US Supreme Court). *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 13 abr. 2024.

FISS, Owen. *Direito como Razão Pública*. Processo, Jurisdição e Sociedade. Trad. Carlos Alberto de Salles (Coord.). Curitiba: Juruá Editora, 2017.

FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Trad. por Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coord. por Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FISS, Owen. "The allure of individualismo". *Iowa Law Review*, v. 78, n. 5, p. 965-979, 1993.

FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 761-768.

FONSECA COSTA, Eduardo José da. A "execução negociada" de políticas públicas em juízo. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 59, p. 109-136, jan./mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3Xfaqqq>. Acesso em: 14 abr. 2024.

GARCIA SOUZA, Fernando. Política educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954) – Julgamento em 17 de maio de 1954. //: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 251-257.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 423-448.

MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos estruturantes*. Salvador: Juspodivm, 2021.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. *Processo estrutural consequencialista: A intervenção judicial em políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MOREIRA DOS SANTOS, Camila Perez Yeda. *Processo Estrutural: Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2021.

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; CARVALHO FARIA, Ana Maria Damasceno de. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. In: FARIA, Juliana Cordeiro; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; MARX NETO, Edgard Audomar. *Novas tendências. Diálogos entre direito material e processo – Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 365-383.

SOUZA GALDINO, Matheus. *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais*. Dissertação (Mestrado). Salvador: Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2019. p. 139. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 284, p. 333-369, out. 2018.

VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer - arts. 273 e 461, CPC. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 19/1996, p. 77-101, jul./set. 1996.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 33-72.

PERCURSOS HISTÓRICO-POLÍTICOS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO



Angela dos Prazeres¹

O presente artigo tem como objetivo analisar os percursos histórico-políticos do direito penal econômico, a fim de demonstrar a relação entre os campos do direito penal e da econômica e, em especial, as razões que levaram o Estado a se valer do primeiro para intervir no segundo.

Palavras-chaves: Ordem econômica; crimes econômicos; corporações.

¹ MBA em Auditoria Integral pela Universidade Federal do Paraná. Bacharelado em Ciências Contábeis pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná e em Direito pela FAE – Centro Universitário. Assessora de Gabinete de Desembargador Substituto. Professora Universitária. Membro da International Association For Court Administration. Organizadora da Revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Coautora de Análise jurídico-penal da tragédia de Mariana: o Caso Samarco. São Paulo: Tirant Brasil, 2022 e Anais do III Seminário Brasil-Alemanha sobre Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2019. E-mail: angela.utfpr.pb@gmail.com

HISTORICAL-POLITICAL COURSES OF ECONOMIC CRIMINAL LAW

This article aims to analyze the historical-political paths of economic criminal law, in order to demonstrate the relationship between the fields of criminal and economic law and, in particular, the reasons that led the State to use the former to intervene in the second.

Keywords: Economic order; economic crimes; corporations.

INTRODUÇÃO

O direito penal econômico tem sido nos últimos anos matéria de larga investigação e interesse. Reúnem-se congressos, proferem-se conferências, criam-se comissões de estudos para o combate à criminalidade que procuram descrever, analisar e explicar a fenomenologia do direito diante dos crimes praticados no âmbito econômico¹.

Esse processo de investigação tem apontado que questões envoltas ao direito penal econômico nem sempre trilham um caminho pacífico. A primeira surge logo no que se refere à sua designação. Falam, uns, em direito penal econômico ou da economia – *wirtschaftsstrafrecht* na Alemanha; direito que disciplina crimes contra a economia popular ou direito penal dos negócios – *droit pénal économique* – *droit pénal des affaires* na França; alguns, sobretudo na América do Norte, sob influência de Sutherland, em criminalidade de “colarinho branco” – *white-collar criminality*; preferem outros a expressão “criminalidade das corporações” – *corporate crime*. Autonomia e legitimidade desse direito também são questões que encontram divergências².

Segundo Carlos Martínez-Buján Pérez,⁶ não obstante a doutrina se utilize de expressões específicas como direito penal econômico, direito penal empresarial e outras similares, não há de se falar em um direito penal distinto, mas sim de uma mera classificação, haja vista as particularidades e a natureza do objeto que se pretende tutelar. Trata-se do enfrentamento de uma determinada classe de delitos, que apresenta certas peculiaridades que permitem a sua individualização e a sua diferenciação em face dos delitos que são tradicionalmente abarcados pelo direito penal clássico³.

Entretanto, o próprio Carlos Martínez-Buján Pérez⁴ ressalta que o entendimento do direito penal econômico, como parte especial do direito penal, não está pacificado na doutrina, uma vez que alguns autores tentam ir mais longe, defendendo uma autonomia real e científica contra o que é chamado direito penal “clássico”, “comum” ou “nuclear”.

De acordo Klaus Tiedemann,⁵ o direito penal econômico constitui um extenso e complexo ramo do direito e que uma visão geral do escopo desse ramo

pressupõe, em primeiro lugar, ter conhecimento acerca do direito econômico. Mas, não só. É necessário conhecer também questões relacionadas ao direito comercial e direito das sociedades, assim como aquelas atinentes a outros ramos do direito, por exemplo, o direito do trabalho.

Assim, o presente artigo tem como objetivo apresentar as razões histórico-políticas desse “novo” direito penal.

1 ANTIGUIDADE E IDADE MÉDIA

A fim de explicar o surgimento do direito penal econômico, Klaus Tiedemann⁶ aponta fatores históricos antecedentes. Destaca a preocupação dos Estados em prevenir abusos de poder econômico e a relação disso com o surgimento do direito penal econômico. Assim, recorre a momentos históricos distintos, nos quais os Estados empregaram em certa medida um direito penal acessório, sempre que julgaram necessária a proteção do campo econômico.

Para Tiedemann⁷, a análise da evolução histórica do direito econômico tem início nas realidades vivenciadas já na Antiguidade e na Idade Média. Nessa análise deve-se olhar especialmente para as crises e para as questões de proteção de abuso do poder econômico nos eventos normais.

Nessa toada, o autor assinala que o direito romano clássico punia condutas de especulação e acumulação, cujo objetivo era garantir o fornecimento de cereais. Punia, também, violações da proibição de exportação de aço e de armas. Ademais, que no século IV o direito penal se tornou consideravelmente forte no campo econômico e que a Idade Média trouxe um conceito global de aplicação geral da *falsum*, que trouxe para a Idade Moderna aspectos de proteção institucional, os quais são, hoje, no direito penal econômico, tipos especiais de fraude, por exemplo, falsificação de moedas⁸.

2 FINAL DO SÉCULO XVIII, SÉCULOS XIX E XX

Para Fábio André Guaragni,⁹ o direito penal econômico surgiu como uma reação ao Estado liberal-burguês presente no século XIX, sendo que dois importantes movimentos contribuíram para esse feito – Revolução Industrial e Revolução Francesa. Tais

¹ CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito Penal Económico. In: Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. [Eduardo Correia, Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Jorge de Figueiredo Dias, José de Faria Costa, Manuel António Lopes Rocha, Manuel da Costa Andrade, Miguel Pedrosa Machado, Pedro Caeiro] Coimbra: Coimbra Editora, 1998, v. I, p. 293-294.

² CORREIA, Eduardo. Op. Cit., p. 295-296.

³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la empresa parte general. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 71-72.

⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 72-73.

⁵ TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 35.

⁶ TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 61-65.

⁷ TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 61-65.

⁸ TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 61-65.

⁹ GUARAGNI, Fábio André. As razões históricas do Direito Penal Económico. EOS, Revista Jurídica da Faculdade de Direito, V. II, n. 1, ano 01, ISSN 1980-7430, p. 29.

movimentos deflagraram uma hegemonia da casta social burguesa quanto à acumulação de bens de capitais e, por conseguinte, na existência de um cenário "estrelado" pela profunda desigualdade social.¹⁰

A Revolução Industrial introduziu no mundo uma nova forma de economia mediante a invenção da indústria, mas não foi só isso, haja vista que esse período se pautou em doutrinas como a de Adam Smith, que pregava que o Estado deveria interferir o mínimo possível na economia.¹¹

Guaragni¹² apregoa que a Revolução Francesa deixou registros de que a implantação da igualdade concreta jamais se constitui como objetivo da burguesia. As condições de vida nas cidades eram terríveis. A violenta destruição do modo de vida tradicional dos trabalhadores, a dura disciplina implantada sob o novo sistema fabril combinada às condições deploráveis de vida nas cidades geraram muita inquietação política, econômica e social.

Ainda sobre o tema, Paulo César Busato¹³ destaca que a Revolução Francesa, a Revolução Industrial e a instauração do modelo fabril deflagraram uma fórmula geral da dominação burguesa. Que o afastamento da nobreza do centro do poder estatal a partir do movimento iluminista não culminou propriamente um vácuo, mas sim, um espaço que foi imediatamente ocupado por outra classe de domínio, a saber, o domínio econômico.

Saltando-se para século XX, Tiedemann assevera que o desenvolvimento do direito penal econômico ocorreu em paralelo com a lei econômica: as disposições do intervencionismo estatal, desenvolvidas durante a Primeira Guerra Mundial para a satisfação das necessidades vitais e que se

dirigiam contra a usura e o aumento artificial dos preços se mantiveram como técnica legislativa após o fim da guerra.¹⁴

Para melhor ilustrar a existência do direito penal econômico nesse período, o jurista alemão destaca a postura doutrinária e legislativa adotada pela Alemanha. Menciona como um importante marco, os escritos de Heymann, sobre as formas jurídicas da economia militar em tempos de guerra como fundamento para o novo direito industrial de 1921¹⁵. Reconhece como digna de nota, a codificação feita por Enno Becker, a qual culminou no Ordenamento Tributário Alemão – Del Reich – RAO de 1919¹⁶ que constitui numa sistematização de leis tributárias existentes até então. De sorte, que a transformação dos conceitos sociais e econômicos, sob a finalidade expressa de estabelecer uma economia geral levou, a Alemanha desde 1919, a adotar uma legislação socializadora no campo da mineração de potássio, de pedra e carvão marrom, e na área de eletricidade e outros ramos importantes da economia.

Vê-se aí, em linhas gerais, o nascimento do direito penal econômico moderno. Em particular, quando se analisa o regulamento de cartéis – Kartellverordnung de 1923,¹⁷ nota-se que este utilizava a divisão em penas ordenadoras e sanções penais, as quais já haviam sido introduzidas pela Lei da União Aduaneira – Vereinszollg de 1869, que foi criada para além do Ordenamento Tributário – Del Reich – RAO de 1919, no que se refere à forma típica de punição dos crimes contra a ordem econômica supervisionada e administrada pelo estado: "O Império Alemão como estado econômico"¹⁸.

Após os excessos das forças do governo e do regime nazista totalitário, a partir de 1939 com seu

¹⁰ GUARAGNI, Fábio André. Op. Cit., p. 30.

¹¹ GUARAGNI, Fábio André. Op. Cit., p. 31.

¹² GUARAGNI, Fábio André. Op. Cit., p. 31.

¹³ BUSATO, Paulo César. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Curitiba: Juruá, 2013, pp. 28-29. Ainda sobre o tema: "Uma excepcional aceleração do ritmo do desenvolvimento econômico, o fenômeno da Revolução Industrial, rompe com todos os tradicionais equilíbrios sociais precedentes. Uma repentina inclinação da curva do crescimento demográfico, juntamente com a introdução das máquinas e a passagem do sistema manufatureiro para o sistema de fábrica propriamente dito, serve para assinalar contemporaneamente a idade de ouro do jovem capitalismo, acompanhado pelo período mais escuros da história do proletariado. Ingressa-se na era do liberalismo, quando o capital, agora capaz de caminhar com suas próprias pernas, proclama-se orgulhosamente seguro de si mesmo e, autossuficiente, zomba do sistema de privilégios, desigual e autoritário, que nos séculos anteriores o havia alimentado. Os acontecimentos revolucionários na França são bastante claros a esse respeito e o novo Estado napoleônico mostra-se muito mais forte, centralizador e eficiente do que o do Antigo Regime. Desde o início, o liberalismo significa que o capitalismo é livre do estado, que o estado é coisa sua e deve, portanto, prestar seus serviços a Monsieur le Capital". MELOSSI, Dario; PAVARINI Massimo. Cárcere e fábrica. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006, p. 64-65.

¹⁴ TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 61-65.

¹⁵ BERCOVICI, Gilberto. The origins of economic law: a tribute to Washington Peluso Albino de Souza. Rev. Fac. Direito UFMG, Número Esp. em Memória do Prof. Washington Peluso, 2013, p. 256-257.

¹⁶ Ordenação Tributária do Reich Alemão (RAO) – Reichsabgabenordnung de 1919: o governo alemão de 1919, na época ainda sob a forma de império (Reich), com o objetivo de combater a evasão tributária em todas as suas formas insistia em introduzir uma cláusula geral antielisiva no seu Código Tributário. Grande briga foi travada pelo governo, quando da elaboração do código especialmente com os representantes dos industriais no parlamento, que ofereceram muita resistência. FOSSATI, Gustavo. Planejamento Tributário e Interpretação Econômica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 51-52.

¹⁷ Na Alemanha, do início do século até II Guerra Mundial, proliferaram os cartéis, sem legislação repressiva, até o ano de 1923. O Decreto de 1923, denominado "Decreto contra os abusos das posições econômicas poderosas" (Kartell verordnung), foi o marco inicial na legislação daquele país, contra os cartéis e trustes. A experiência alemã, no que se refere à obrigatoriedade do registro dos "agreements" financeiros e industriais, foi acompanhada por outros países da Europa. Por exemplo, Hungria, Iugoslávia e Tchecoslováquia. Projeto de Lei nº 4920 de 1990.

¹⁸ TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 61-65.

poder de sanção regulamentar abrangente de administração, o legislativo empregou esforços especiais para diminuir e, finalmente, eliminar a economia de planificação então em vigente, com as suas amplas e vagas leis penais. A primeira Lei penal econômica de 1949 incluiu, junto a uma compilação do direito penal econômico vigente, em seu art. 6º, a famosa fórmula conhecida como Schmidt (em vista de seu criador Eberhard Schmidt) fórmula que consistia numa diretriz de sistemática legislativa para diferenciar crimes econômicos de infrações econômicas¹⁹.

Com o passar do tempo, surgiram novas disposições legais de relevância para o direito penal econômico, as quais levaram à constituição da Primeira Lei de combate à criminalidade econômica – 1WiKG de 1976 e a Segunda Lei de luta contra o crime econômico – 2 WiKG de 1986. Essas leis deram origem aos artigos 263a, 264, 264a, 265b, 266a, 266b, 269, 303a e 303b do Código Penal alemão, de modo que reordenaram determinadas matérias penais, tais como falência e usura, reformaram também questões atinentes a outras áreas do direito, como foi o caso do direito societário (aumento do capital inicial das sociedades de responsabilidade limitada, proibição de exercício profissional dos gerentes de sociedades em caso de falência, entre outros)²⁰.

Por fim, Tiedemann²¹ trata de questões históricas inerentes ao direito penal econômico, a partir do que chamou de análise de legislações e tendências recentes. Destarte, ressalta que as diretrizes da União Europeia têm trazido consigo novos complementos ao direito penal econômico.

Por exemplo, o art. 261 do Código penal alemão, que trata de questões relacionadas à lavagem de ativos; o art. 38 da Lei alemã sobre negociação de títulos de valores – negócios de insider e manipulação de mercado; e a Lei de combate à corrupção de 1997, que foi baseada parcialmente no Direito da União Europeia e introduziu um novo título denominado de delitos contra a concorrência no Código penal, art. 298 e ss. Além de outras novidades baseadas em medidas da União Europeia e em Convenções do Conselho Europeu, com o objetivo de harmonizar o direito penal econômico nacional alemão, e que têm sido empregadas, em primeiro lugar, no âmbito de proteção dos meios de pagamento e, em se tratando da propriedade intelectual, posteriormente, em direito

penal informático, meio ambiente e no âmbito da corrupção econômica²².

Prosseguindo-se no tempo, Andrei Zenkner Schmidt²³ ressalta que o liberalismo econômico teve sua maior expressão nos anos de 1776, após publicação da obra "The Wealth of Nations", de Adam Smith. Naquela oportunidade, insurgiu-se contra o sistema mercantilista predominante na Europa, mediante a proposta de deslocamento do epicentro da economia da vida pública para a vida privada. Ao indivíduo, naturalmente livre, deveria ser conferida a liberdade de buscar sua própria felicidade a partir de seus próprios ideais, assim a realização de seus objetivos, guiada, ainda que não intencionalmente, pela invisible hand,²⁴ produziria, reflexamente, o bem-estar da coletividade. Nesse sentido, o Estado, de seu turno ficaria reservado à tarefa de respeitar os termos dos contratos privados, prover a defesa do país, a administração da justiça e a manutenção de serviços públicos essenciais.

O papel do Estado-nação, num contexto tal de liberdade econômica, era preponderantemente negativo, ou seja, não intervir na livre escolha de práticas comerciais, que eram regidas pelas normas de direito privado e pela capacidade de autorregulação da economia. Portanto, seria impensável, falar num direito econômico sistematicamente organizado nesse modelo político, uma vez que o jus imperii estatal encontrava, no caráter absoluto das relações contratuais individuais, a sua barreira intransponível. A proposta resultava numa primazia da atividade econômica sobre as regras jurídicas. Todavia, o liberalismo econômico teve seu declínio anunciado a partir da crise econômica que assolou boa parte da Europa após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), assim como do Big Crash da Bolsa de Nova Iorque em 1929²⁵.

O colapso econômico sofrido pelos Estados Unidos da América, no período de 1929, foi corolário da matriz liberal, de modo que grandes empresas, as quais detinham o monopólio de determinados produtos, provocaram um abismo entre o valor de produção e o de mercado, com uma especulação desenfreada que levou à quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque²⁶. Observou-se, então, o quanto essa liberdade econômica se revelou danosa àqueles que economicamente figuravam como mais fracos. Como efeito desse evento, verificou-se que a orla de

¹⁹ TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 61-65.

²⁰ TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 61-65.

²¹ TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 64-65.

²² TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 64-65.

²³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito Penal Econômico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 30.

²⁴ Invisible hand. Teoria da mão invisível. Analogia empregada por Adam Smith para explicar como, numa economia concorrencial, a busca pelo interesse individual pode resultar em melhoria do bem comum. Segundo Smith, há um mecanismo natural no mercado que

distribui socialmente, de alguma maneira, os ganhos individuais. "Cabe ao Estado garantir que as condições de liberdade econômica estejam, de fato, satisfeitas, eliminando todos os seus impedimentos legais e institucionais". SMITH, Adam. Conferências no Bicentenário de "A Riqueza das Nações". Tradução de Margarida Maria de Vasconcellos Dias e Júlio César Montenegro. Rio de Janeiro: Núcleo editorial da UERJ, 1978, p. 56.

²⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. Cit., p. 32.

²⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 21.

miseráveis aumentava e percebeu-se que somente o Estado interventor poderia assumir o papel de agente capaz de promover o bem comum²⁷.

O alto preço pago pela humanidade com as grandes crises econômicas que assolaram o mundo durante o século XX influenciou a delimitação teórico-conceitual de uma nova área do conhecimento econômico, destinada não mais à análise de decisões de produção e consumo dos consumidores e produtores individuais, mas sim ao estudo do desempenho da economia em seu conjunto²⁸.

Os anos que sucederam à chamada Grande Depressão foram decisivos para uma mudança de postura. O mercado demonstrou não ter aptidão para, sozinho, prover uma resposta satisfatória à miséria que se iniciava nos Estados Unidos da América (1/4 da força de trabalho americana estava desempregada) e irradiava seus efeitos para inúmeros outros países. Eclodia uma nova demanda por medidas estatais concretas, o que conduziu parte dos economistas a buscar compreender as recessões econômicas e encontrar mecanismos de prevenção de futuras crises²⁹.

No ano seguinte, 1930, o Código Penal italiano inseria título próprio a regular a ordem econômica sob a denominação "Contro Economia Pubblica, l'industria e il Commercio", que foi paulatinamente modificado diante dos excessos em sua formulação depois de finda a guerra e derrotado o fascismo³⁰.

Posteriormente, observa-se que nos anos de 1939-1945, a partir do advento da Segunda Guerra Mundial, ocorreu uma nova e profunda intervenção estatal, posto haver o conflito abarcado muitas dezenas de nações e interferido em todas as relações econômicas mundiais³¹.

A título de exemplificação, cita-se a Alemanha nazista, a qual tipificou como ilícito a conduta do cidadão alemão que retirasse bens daquele país ou os mantivesse fora do seu território³².

No ano de 1949, houve a publicação da obra intitulada White Collar Crime, fruto dos estudos de Edwin Sutherland, os quais se iniciaram em 1939. Após analisar 70 das maiores empresas dos Estados Unidos, dos ramos da manufatura, mineração e comércio,

Sutherland conclui que pessoas ricas e bem-sucedidas também cometiam crimes, mas eram liberadas em razão de um "filtro" existente no sistema de persecução penal³³.

O foco dos estudos de Sutherland eram comportamentos de empresários que causavam grandes prejuízos aos seus acionistas por meio de fraudes financeiras; aos consumidores e concorrentes a partir de roubo de segredos industriais, concorrência desleal, publicidade enganosa; e ao governo mediante a prática de fraudes fiscais e de corrupção de funcionários públicos. Daí a teoria da existência de uma criminalidade diferenciada, os chamados White collar crime. Crimes relacionados às atividades das empresas³⁴.

Em que pese a teoria de Sutherland tenha sido alvo de diversas críticas negativas à época de sua publicação, esta não passou despercebida, visto que contribuiu para que a chamada criminalidade econômica se tornasse, até hoje, um dos temas mais debatidos no âmbito das Ciências Criminais³⁵.

Na década de 1970, a literatura criminológica alemã começou a se dedicar às investigações destinadas à compreensão dos crimes econômicos, dado o surgimento de um forte movimento favorável à criminalização no âmbito econômico, o qual teve início em 1972, durante o 49º Congresso de Juristas Alemães e, oficialmente, com a criação de uma Comissão de Especialistas para a Luta contra a Delinquência Econômica. Fatores como as crescentes críticas ao sistema econômico anterior, repúdio à conduta de certas empresas, especialmente em matéria de meio ambiente, e escândalos econômicos favoreceram o desenvolvimento de tal movimento³⁶.

Além do que, influenciados pela teoria do White Collar Crime, o alemão Klaus Tiedemann e o norte-americano Mark Green realizam estudos criminológicos mediante a aplicação de questionários para cerca de 100 empresários e, ao cabo, concluíram que a pena privativa de liberdade seria a única sanção efetivamente temida pelos autores da criminalidade econômica, uma vez que pertencentes às classes mais altas da sociedade, entendiam que esse tipo de punição ensejaria uma indesejável estigmatização, bem como a perda da posição social³⁷.

²⁷ MAZLOUM, Ali. Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492/86, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Célebre Editora, 2007, p. 16.

²⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. Cit., p. 45.

²⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. Cit., p. 45.

³⁰ BALDAN, Édson Luís. Fundamentos do direito penal econômico. Curitiba: Juruá, 2008, p. 184.

³¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, loc. cit.

³² ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 289.

³³ SUTHERLAND, Edwin Hardin. El Delito de Cuello Blanco. White Collar Crime. The Uncut Version. Tradução Laura Belloqui. Buenos Aires: Euros Editora S.R.L., 2009, p. 19.

³⁴ SUTHERLAND, Edwin Hardin. Op. Cit., p. 19-33.

³⁵ FLORES, Marcelo Marcante. Op. Cit., p. 241.

³⁶ TIEDEMANN, Klaus. Poder econômico y delito: introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa. Barcelona: Ariel, 1985, pp. 26-27.

³⁷ VICENTE MARTINEZ, Rosário de. Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica. Actualidad Penal, n. 1, 1997, p. 106.

No ano 1977, alguns autores discutiram um Projeto de Código Penal Alemão Alternativo, visando tratar da tipificação de condutas que atentam contra a ordem econômica. Não obstante as críticas de forma majoritária pelos seguidores da escola de Frankfurt, a discussão não passou em branco, pois nos anos seguintes o legislador alemão introduziu no StGB os primeiros delitos econômicos, crimes configurados como vários tipos de perigo inspirados, em sua grande parte, pelas diretrizes estabelecidas no projeto alternativo³⁸.

Em 1980, influenciada pelo conhecimento e experiência alemã, sobretudo em relação às propostas desenvolvidas no Projeto de Código Penal Alternativo, a doutrina espanhola começou a debater de lege ferenda questões relacionadas à criminalidade econômica, debates estes que culminam na publicação do PLOCP de 1980³⁹.

Em 1995, quando da aprovação de reformas realizadas em seu Código Penal, a Espanha decidiu pela manutenção de grupos de delitos econômicos já previstos anteriormente na própria lei penal e em leis especiais, bem como, decidiu por introduzir em seu novo Codex um título próprio a regular a ordem econômica, sob a denominação de crimes socioeconômicos, elegendo, assim, novas condutas delitivas na seara econômica⁴⁰.

3 SÉCULO XXI

Em 2002, a promulgação da Lei SARBOX⁴¹ promoveu a maior reforma no mercado de capitais americano desde a introdução de sua regulamentação.

Referida lei tem como objetivo aperfeiçoar os controles financeiros das empresas e apresentar

eficiência na governança corporativa. Tratou-se de uma resposta do governo americano a uma série de escândalos ocorridos em grandes empresas dos Estados Unidos da América, como WorldCom e Enron, entre outras. Tais empresas, após ingressar no mercado de capitais, incorrem na prática de fraudes contábeis, cujas consequências incidiram sobre a economia americana e milhares de investidores, gerando uma crise de confiança em níveis inéditos desde o crack da bolsa de Nova Iorque. Representou um impacto negativo na economia americana, mediante registros de demissão em massa e perdas no mercado financeiro, bem como prejuízos irreparáveis a milhares de investidores, os quais em muitos casos perderam todo o patrimônio que conseguiram acumular após anos de trabalho⁴².

Em decorrência dos fatos mencionados, a Lei SARBOX foi promulgada com finalidade de recuperar a confiança dos investidores e evitar uma descapitalização das empresas americanas e, por conseguinte, uma crise econômica generalizada naquele país. Dividida em onze títulos, obriga as empresas a reestruturarem processos para aumentar os controles, a segurança e a transparência na condução dos negócios, na administração financeira, nas escriturações contábeis e na gestão e divulgação das informações. Além disso, previu como penalidades pelo seu descumprimento, a aplicação de multas de até USD 1.000.000 e/ou a reclusão por até 10 anos. Quando o descumprimento da lei se mostrar intencional (normalmente com finalidades fraudulentas) a multa pode ter aumento de até USD 5.000.000 e a reclusão pode chegar a 20 anos⁴³.

³⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 77.

³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 77.

⁴⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 78.

⁴¹ A Lei Sarbanes-Oxley, de 30 de junho de 2002, assinada pelo Senador Paul Sarbanes e pelo Deputado Michael Oxley, motivada por escândalos financeiros corporativos, dentre eles o da Enron, que acabou por afetar drasticamente a empresa de auditoria Arthur Andersen, visa garantir a transparência na gestão financeira das organizações, credibilidade na contabilidade, auditoria e a segurança das informações para que sejam realmente confiáveis, evitando assim fraudes, fuga de investidores, etc. Esta lei pode ser deduzida como uma Lei de Responsabilidade Fiscal Sarbanes-Oxley. Disponível em: <http://www.pwc.com.br>. Acesso em: 17 de abr. de 2024.

⁴² Enron: Fraude contábil faz Estados Unidos apertarem cerco. Disponível em: <https://valor.globo.com>. Acesso em 18 de abr. de 2024. Ainda sobre o assunto: dentre os escândalos fraudulentos cometidos pelas empresas envolvidas, destaca-se o caso da Enron. A empresa começou a atuar no mercado de commodities de gás natural a partir de 1989. Em apenas 10 anos atuando nesse mercado, já detinha 25% do mercado de commodities de energia, com mais de

USD 100 bilhões em ativos. Em 2000, apenas um ano antes de deflagrado o escândalo das fraudes cometidas, suas ações indicavam um crescimento de 1.700% desde sua primeira oferta, com um índice P/L de aproximadamente USD 70, tendo atingido o seu pico ao preço de USD 90 por ação, porém algumas semanas após o início das investigações (10.12.2001), esta mesma ação estava quotada a USD 0,81. Nota-se aqui, que as perdas dos investidores foi praticamente 100% do capital investido (99,1%). Verificou-se, ainda, que empregados da empresa perderam cerca de USD 1,2 bilhões em fundos de aposentadoria. E aqueles já aposentados perderam cerca de USD 2,0 bilhões em fundos de pensão. Percebeu-se que os crimes cometidos pela Enron implicaram além de outras nuances, em um cenário onde milhares de pessoas ficaram desempregadas e sem qualquer patrimônio, passando a viver a margem da sociedade, de modo que foram estas as principais vítimas deste tipo de criminalidade. FRAGOSO, Rodrigo. Caso em Análise ENRON CORPORATION. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2008, p. 58.

⁴³ Fraudes contábeis e internas. Introdução à Lei Sarbanes-Oxley. Disponível em <http://www.fraud.es.org>. Acesso em: 18 abr. 2024.

No Brasil, a ordem econômica e financeira foi reconhecida como matéria constitucional, a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴⁴. E a partir da década de 90 se assistiu a uma sistemática promulgação de leis, as quais criaram os chamados "crimes econômicos" ou "crimes empresariais"⁴⁵.

4 FENÔMENO DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL – SILVA SANCHEZ

Para Carlos Martínez-Buján Pérez⁴⁶, o direito penal econômico surgiu a partir do fenômeno da expansão do direito penal, o qual promoveu a criação de novos delitos, em especial no âmbito econômico. Daí que o catedrático se utiliza do trabalho publicado por Jesús-María Silva Sanchez, qual seja, *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*.

Destarte, é de se trazer à baila os elementos centrais da referida obra.

Silva Sanchez⁴⁷ aponta como causas da expansão do direito penal: (1) o surgimento de novos interesses; (2) a efetiva aparição de novos riscos; (3) a institucionalização da insegurança; (4) a sensação social de insegurança; (5) a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos; (6) a identificação de uma maioria social como vítima de delitos; (6) o descrédito das outras instâncias de proteção normativa.

1. Quanto ao surgimento de novos interesses, o direito penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos particularmente importantes. Sendo assim, resta provável que a expansão do direito penal obedece, pelo menos em parte, ao aparecimento de novos bens jurídicos, os quais podem ser constituídos a partir de novos

interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes⁴⁸.

Ao analisar as causas que podem levar à existência de novos bens jurídico-penais, Silva Sanchez⁴⁹ ressalta que estas são, seguramente, distintas. Por um lado, tais causas podem ser consideradas conformação ou generalização das novas realidades, que antes não existiam, ao menos, não com o mesmo efeito valorativo. Exemplo as instituições econômicas de crédito ou investimento. Por outro lado, pode-se aludir à deterioração das realidades tradicionalmente abundantes e que hodiernamente começam a se manifestar como bens escassos. Desse modo, passa-se a atribuir a tais bens, um valor não atribuído anteriormente, ao menos, não de forma expressa. Exemplo o meio ambiente. E, em terceiro lugar, há de se contemplar o aumento essencial de valores que surgem como resultado de mudanças sociais e culturais, certas realidades que sempre existiram, porém, sem denotar grande notoriedade. Exemplo o patrimônio histórico e artístico.

2. No que se refere à efetiva aparição de novos riscos, Silva Sánchez⁵⁰ argumenta que em razão da enorme difusão do trabalho de Ulrich Beck, se tornou comum caracterizar o modelo social pós-industrial, presente até os dias de hoje, como sociedade de risco (*Risikogesellschaft*).

A sociedade moderna aparece caracterizada, basicamente, por um quadro econômico que rapidamente se altera e pelo surgimento de extraordinários avanços tecnológicos. Essas características têm demonstrado grande capacidade de promover impactos diretos no aumento do bem-estar individual e proporcionar o dinamismo dos fenômenos econômicos. Entretanto, não se deve ignorar as suas consequências negativas⁵¹.

⁴⁴ Art. 170: a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 abr. 2024.

⁴⁵ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Compliance e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei nº 12.683/2012 no mercado de seguros. *Revista de Estudos Criminais*, nº 54, p. 167. Ademais, veja-se a Lei nº 8137, de 1990. Esta disciplina delitos contra a ordem econômica, contra as relações de consumo e contra a ordem

tributária. Bens jurídicos tutelados são livre concorrência e livre iniciativa, Interesses econômicos ou sociais do consumidor e erário público. Proteção da política socioeconômica do Estado. Justificativa para elaboração e promulgação diz respeito à necessidade de disciplinar delitos contra a ordem econômica; delitos contra as relações de consumo; delitos contra a ordem tributária; delitos de lavagem ou ocultação de bens. Lei nº 8078 de 1990. Disciplina delitos contra as relações de consumo. Bem jurídico protegido são as Relações de consumo. Lei nº 8176 de 1991. Disciplina Delitos contra a ordem econômica. Bem jurídico protegido são as fontes energéticas. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 de abr. de 2024.

⁴⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 73.

⁴⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2001, p. 26-61.

⁴⁸ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 25.

⁴⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 26.

⁵⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 27.

⁵¹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998, p. 96.

Dentre as possíveis consequências, destaca-se que a configuração do risco de procedência humana, como fenômeno social estrutural. Isto, pelo fato de que grande parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos, são provenientes precisamente de decisões que outros cidadãos adotam em termos de gestão

Dos avanços tecnológicos, tratam-se dos riscos diretos para certa parcela dos cidadãos (como consumidores,

usuários, beneficiários de serviços públicos, etc.), que derivam de aplicações tecnológicas no desenvolvimento da indústria, da biologia, da genética, da energia nuclear, da computação, das comunicações e assim por diante⁵².

3. Sobre a institucionalização da insegurança, o autor espanhol destaca que a sociedade pós-industrial transcendeu a sociedade de risco de tecnologia; tornou-se uma sociedade com outros personagens individualizados, que convergem em sua caracterização como uma sociedade de insegurança objetiva. Isto equivale dizer que circunstâncias como o uso de meios tecnológicos, a comercialização de produtos ou a utilização de substâncias cujos possíveis efeitos prejudiciais não são conhecidos com segurança e, em qualquer caso, se manifestarão anos após a realização da conduta, introduzem um importante fator de incerteza na vida social⁵³.

Tais afirmações são claramente percebidas na leitura de Beck⁵⁴ quando este assevera que, em todos os países ricos e industriais do ocidente se consolidou o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social após a Segunda Guerra Mundial, um avanço da individualização na sociedade, cujos efeitos mostraram ser dinâmicos e de uma abrangência desconhecida até então.

Os indivíduos foram desprendidos de suas condições de classe e da proteção familiar e foram fortemente expostos aos seus próprios destinos individuais, com todos seus riscos, chances e contradições. A individualização passou a caminhar concomitantemente com a tendência da institucionalização e padronização de condições de vida. Os indivíduos agora, livres, passam a ser dependentes do mercado de trabalho e, com isso, dependentes da formação, qualificação, do abastecimento para o consumo, das regras sócio-jurídicas, do planejamento viário, da oferta de bens de consumo, das possibilidades e tendências na ciência. Em síntese, a libertação de classe e estamento convergiram para novas dependências, que foram institucionalizadas e padronizadas. Significaram o

reconhecimento de inseguranças, incertezas e consequências inesperadas de decisões individuais e institucionais⁵⁵.

4. A respeito do sentimento social de insegurança, para Silva Sánchez⁵⁶ mais importante do que os aspectos objetivos, certamente é a dimensão subjetiva do modelo de configurações sociais. Deste ponto de vista, a sociedade melhor pode ser definida como a sociedade que tem a insegurança sentida (ou sociedade do medo). De fato, uma das características mais importantes das sociedades da era pós-industrial é o sentimento geral de insegurança.

Aqui o raciocínio utilizado também pode ser encontrado nas teses defendidas por Beck.

A expressão sociedade de risco foi cunhada pelo sociólogo alemão, em 1986, após o acidente nuclear de Chernobyl, na Ucrânia, para designar tempos vividos nas chamadas sociedades modernas, a partir da constatação de que os perigos enfrentados pela humanidade são resultado dos efeitos colaterais da própria ação humana, o que acaba por gerar uma imprevisibilidade quanto às consequências das medidas adotadas⁵⁷.

A partir disso, o sociólogo alemão passou a defender que a produção social de riqueza na modernidade avançada vem acompanhada pela produção social de riscos. Assim, os problemas e conflitos de repartição social de carências, são substituídos por problemas e conflitos que surgem da produção, definição e repartição dos riscos produzidos de maneira tecnocientífica⁵⁸.

Segundo Beck⁵⁹, a sociedade de risco é um sistema axiológico de sociedade insegura. Seu objetivo é que todos devem ser protegidos e sua força motriz, pode ser resumida ou expressa em uma frase: Tenho medo! Esse tipo de sociedade marca uma época em que a solidariedade surge por medo e se converte em uma força política.

5. Em se tratando da configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, Silva Sánchez⁶⁰ assevera que o Estado de bem-estar social se configura cada vez mais como uma sociedade de sujeitos passivos, no sentido mais amplo do termo. Pensionistas, desempregados, destinatários de prestações públicas educativas, sanitárias, etc.; pessoas ou entidades subvencionadas se convertem em cidadãos, eleitores por excelência.

Mais uma vez, percebem-se as influências de Ulrich Beck⁶¹, uma vez que segundo ele, boa parte dos riscos são distribuídos de uma forma específica para certas camadas ou classes. A história de partilha de riscos mostra que eles seguem, como a riqueza, o

⁵² BECK, Ulrich. Op. Cit., p. 96.

⁵³ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 33.

⁵⁴ BECK, Ulrich. Op. Cit., p. 96.

⁵⁵ BECK, Ulrich. Op. Cit., p. 98-99.

⁵⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 33.

⁵⁷ BECK, Ulrich. Op. Cit., p. 11-14.

⁵⁸ BECK, Ulrich. Op. Cit., p. 25.

⁵⁹ BECK, Ulrich. Op. Cit., p. 55-56.

⁶⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 42.

⁶¹ BECK, Ulrich. Op. Cit., p. 55-56.

esquema de classe, mas em sentido inverso, enquanto o acúmulo de riquezas é para cima, ou seja, para aqueles que já detêm capital, os riscos se acumulam para abaixo, em direção àqueles que são menos favorecidos economicamente. Portanto, os riscos parecem fortalecer ao invés de suprimir sociedades baseadas em classes. Frente a isso, os ricos podem comprar segurança e liberdade de riscos.

Não bastasse o acúmulo de riscos voltado para as classes menos favorecidas, as questões relacionadas à possibilidade e capacidade de se enfrentar, evitar ou ainda compensar tais riscos, também parecem estar distribuídas de maneira desigual. Aqueles que dispõem de recursos financeiros podem adotar práticas mais eficazes de combate aos riscos, enquanto que aqueles que não estão insertos nessa realidade, se tornam passivos aos riscos e aos seus efeitos⁶².

6. Em relação identificação de uma maioria social como vítima de delitos, Silva Sánchez⁶³ entende que a expansão do direito penal se pautou nos aspectos já comentados, de modo que passou a responder a um fenômeno generalizado de identificação social com a vítima (sujeito passivo) do delito e depois com o autor (sujeito ativo). Esse fenômeno foi favorecido pela conjuntura analisada anteriormente, ou seja, a configuração de uma sociedade composta em sua maioria por classes passivas, pensionistas, consumidores, etc. Este marco passou a produzir uma progressiva concepção de um direito penal subjetivo, a qual adverte que o jus puniendi do Estado contra o desvalido delinquente se passa por uma interpretação como "a espada da sociedade contra a delinquência dos poderosos". Isso provocou, por conseguinte, uma transformação também no âmbito do direito objetivo.

7. No que diz respeito ao descrédito das outras instâncias de proteção, Silva Sánchez⁶⁴ compreende que as causas, então citadas, não teriam condições de explicar cabalmente o porquê do aumento de demanda de proteção por parte da sociedade que se dirige precisamente ao direito penal. Isso somente se justifica em face do descrédito das outras instâncias de proteção – a ética social, o direito civil e o direito administrativo.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, extraem-se as seguintes conclusões:

1. Em todo o percurso histórico-político do direito penal econômico há um ponto de uniformidade, o qual seja, a necessidade de intervenção estatal na ordem econômica. Grupos economicamente

dominantes tendem a se sentirem livres para adotar condutas de seu

interesse, ainda que estas possam ser prejudiciais à coletividade.

2. Diante da problemática que envolve a necessidade de intervenção estatal na esfera econômica e, por conseguinte, na necessidade de controle de determinados fluxos econômicos, a aplicação coercitiva por meio da norma penal, diante do que se denominou de direito penal econômico, se apresenta como uma solução razoável, porquanto a legitimidade de tal direito advém do fato de que a ordem econômica, enquanto condição essencial ao desenvolvimento do indivíduo, tem conformação de direito fundamental, alçada ao status de bem jurídico de dimensão constitucional.

3. A ordem econômica, uma vez erigida a programa constitucional, legitima o poder estatal a regulá-la.

REFERÊNCIAS

- BALDAN, Édson Luís. Fundamentos do direito penal econômico. Curitiba: Juruá, 2008.
- BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.
- BERCOVICI, Gilberto. The origins of economic law: a tribute to Washington Peluso Albino de Souza. Rev. Fac. Direito UFMG, Número Esp. em Memória do Prof. Washington Peluso, 2013.
- BUSATO, Paulo César. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Curitiba: Juruá, 2013.
- CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito Penal Económico. In: Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. [Eduardo Correia, Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Jorge de Figueiredo Dias, José de Faria Costa, Manuel António Lopes Rocha, Manuel da Costa Andrade, Miguel Pedrosa Machado, Pedro Caeiro] Coimbra: Coimbra Editora, 1998, v. I.
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>.
- Enron: Fraude contábil faz Estados Unidos apertarem cerco. Disponível em: <https://valor.globo.com>.
- FRAGOSO, Rodrigo. Caso em Análise ENRON CORPORATION. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2008.
- FOSSATI, Gustavo. Planejamento Tributário e Interpretação Econômica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- GUARAGNI, Fábio André. As razões históricas do Direito Penal Económico. EOS, Revista Jurídica da Faculdade de Direito, ISSN 1980-7430.

⁶² BECK, Ulrich. Op. Cit., p. 55-56.

⁶³ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 52-53.

⁶⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 61.

Lei nº 8137, de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>.

Lei Sarbanes-Oxley, de 2002. Disponível em: <http://www.pwc.com.br>.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la empresa parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MAZLOUM, Ali. Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492/86, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Célebre Editora, 2007.

MELOSSI, Dario; PAVARINI Massimo. Cárcere e fábrica. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Compliance e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei nº 12.683/2012 no mercado de seguros. Revista de Estudos Criminais, nº 54.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La expansión del Derecho penal aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito Penal Econômico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SMITH, Adam. Conferências no Bicentenário de "A Riqueza das Nações". Tradução de Margarida Maria de Vasconcellos Dias e Júlio César Montenegro. Rio de Janeiro: Núcleo editorial da UERJ, 1978.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. El Delito de Cuello Blanco. White Collar Crime. The Uncut Verson. Tradução Laura Belloqui. Bueno Aires: Euros Editora S.R.L., 2009.

TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TIEDEMANN, Klaus. Poder económico y delito: introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa. Barcelona: Ariel, 1985.

VICENTE MARTINEZ, Rosário de. Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica. Actualidad Penal, n. 1, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

A AVALIAÇÃO DE IMPACTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A REALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: É POSSÍVEL CONTROLE JUDICIAL?



Adriana da Costa Ricardo Schier¹

A concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático de Direito tem como premissa a realização dos direitos fundamentais, necessitando da atuação do poder público e, assim, da Administração Pública. Contudo, a atuação administrativa é previamente delimitada pelas políticas públicas estabelecidas pelo Estado. Ou seja, as políticas públicas englobam regras de decisão e distribuição de recursos dentro do Estado, definindo as prioridades de atuação do poder público.

¹ Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2009). Estágio Pós-Doutoral em Direito Público pela PUC-Pr (2018). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2001). Professora de Direito Administrativo do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil - na Graduação, no Mestrado e Doutorado em Direito e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar - Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional - NUPECONST, líder da linha de pesquisa Direito Administrativo e Estado Sustentável DAES. Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo e da Rede de Direito e Políticas Públicas. Presidente da Comissão de Estudos em Fomento e Poder de Polícia do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Vice-Presidente da Comissão de Infraestrutura e Desenvolvimento da OAB-Seccional Paraná. Advogada e Consultora. E-mail: adrianadacostaricardoschier@gmail.com Orcid: 0000-0003-0094-4231 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1577207769232336>



Cecília Basilio Beltrame²

Conseqüentemente, nasce a necessidade de um mecanismo de controle ex ante, com a produção de um documento denominado de Avaliação de Impacto, ferramenta de tomada de decisão, voltada a um juízo de antecipação de resultados, permitindo conectar políticas públicas no ambiente de planejamento, verificando se os fins desejados são viáveis e estão conectados aos instrumentos de sua execução. Tal análise é realizada antecipando riscos e averiguando se tais opções vigoram em favor dos objetivos do Estado, conforme art. 3º da CRFB, com suporte no art. 20, Parágrafo único, da LINDB.

Palavras-chave: políticas públicas; direitos fundamentais; avaliação de impactos; princípios da prevenção e precaução.

² Graduanda de Direito. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6321714976202383>; E-mail: aceciliabasilio@gmail.com ORCID: 0009-0008-2308-029X

INTRODUÇÃO

A título de introdução para uma compreensão das políticas públicas e da necessidade de Avaliação de Impactos.

No âmbito do Estado Democrático de Direito, com a conformação adotada pela Constituição da República de 1988, a forma mais eficaz para a resolução das crises que são enfrentadas no campo de efetivação dos direitos fundamentais é a instrumentalização e aperfeiçoamento das políticas públicas. No entanto, para que tais planos de ação do poder público cumpram seu desiderato, dentre tantos outros fatores é necessário que ocorra o devido controle, seja pelos agentes públicos, seja pela sociedade.

No cenário nacional, constata-se que a atuação controladora acaba-se focando nos resultados de tais políticas, limitando-se, diuturnamente, ao controle de constitucionalidade das leis e de legalidade dos atos administrativos inseridos no bojo da atuação do poder público.

O problema que se apresenta nesta seara, contudo, é o fato de que a ausência de controle ex ante poderá comprometer a qualidade da atuação estatal. Seja na ineficiência das soluções encontradas pelo poder público para o atendimento das demandas em concreto, seja na ausência de um planejamento adequado, que permita evitar consequências danosas, a não utilização de instrumentos jurídicos que possam dar concretude aos princípios da precaução e da prevenção aumenta significativamente o risco de falhas e consequências indesejadas. Por tais razões, a hipótese adotada na presente pesquisa é a de que a avaliação ex ante de políticas públicas, também conhecida como Avaliação de Impacto, poderá contribuir para um ambiente de maior eficácia da ação estatal, colaborando para evitar riscos e resultados que possam comprometer a realização dos direitos fundamentais.

Partindo-se desta hipótese, importa delinear que, no presente artigo, entende-se por política pública "um programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados (...) visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados." (Bucci, 2013, p. 32). Trata-se de um conjunto de ações estatais coordenadas, que decorrem de decisões de determinada comunidade, partindo de premissas jurídicas e de caráter reflexivo, sendo estruturadas em volta do planejamento, vinculando-se à utilização de instrumentos da Administração Pública e a

metas desejáveis, sobretudo voltadas à realização de direitos fundamentais (Bitencourt; Reck, 2021).

Ainda em termos de considerações gerais é vital mencionar que a agenda¹ das políticas públicas está intrinsecamente ligada ao cumprimento dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro. Com isso, apresentam-se como o meio pelo qual o Estado e a sociedade podem concretizar a promessa constitucional de inclusão social de forma contínua (Salgado, 2015).

A Constituição da República possui uma agenda pré-estabelecida, desde seu art. 3º, ao estabelecer que são objetivos do Estado construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização. Impôs, ainda, o constituinte originário, o dever do Estado de reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos. Além desses, foram trazidos no texto outros tantos outros dispositivos que impõem ao Estado brasileiro tais programas de ações em áreas como a saúde, a educação e a moradia, por exemplo.

Logo, por se referirem, as políticas públicas, à forma de enfrentamento de problemas relacionados a áreas absolutamente sensíveis ao desenvolvimento e à cidadania, é essencial que todas as instâncias institucionais envolvidas em sua formulação evidenciem que a opção apresentada é admissível – do ponto de vista jurídico. Também deve ser demonstrada sua viabilidade em face da perspectiva do alcance dos resultados esperados para atender à demanda objeto da política pública em específico. Também deverá ser demonstrada sua eficiência, inclusive no que se refere ao dispêndio de recursos públicos.

Além disso, devem ser embasados os impactos esperados, a partir de um juízo de evidências empíricas, juntamente com o desenho de um plano para evidenciar a forma como serão enfrentados tais impactos. Finalmente, é preciso que sejam justificadas as opções tomadas como sendo as melhores para o atendimento dos direitos fundamentais em concreto. Essas são as linhas mestras que norteiam a edição deste documento denominado de Avaliação de Impacto (o instrumento do controle ex ante), que permitirá, então, o controle prévio à edição das políticas públicas.

Este é o objeto de investigação da presente pesquisa, que se utilizando do método hipotético-dedutivo, embasando-se na análise de doutrina e decisões dos Tribunais Pátrios, será desenvolvido em 2 itens, a partir desta introdução. No primeiro, buscar-se-á tratar do estado da arte em relação ao instituto da

¹ Quando se menciona o termo agenda, em relação às políticas públicas, refere-se ao conjunto de temas que possuem atenção prioritária dos agentes formuladores de tais políticas. Trata-se, em suma, dos problemas considerados prioritários a serem enfrentados pelo poder

público. Ver, nesse sentido, a obra de RECK, Janriê. **O direito das políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 36 e ss.

avaliação *ex ante*. Na sequência, procurar-se-á apontar a relevância dos princípios da prevenção e da precaução, no âmbito da formulação de políticas públicas, buscando-se demonstrar de que maneira a avaliação ex ante permite a densificação de tais princípios. Por fim, no segundo item serão trazidas ao debate a possibilidade de nulidade dos atos administrativos em que se consubstanciem as políticas públicas em face das previsões da LINDB, permitindo-se, inclusive, a judicialização de tal temática.

Pretende-se demonstrar, ao fim, que a agenda administrativa do Brasil deve dar relevância ao planejamento e à análise dos impactos, que envolve a estimativa dos efeitos, sendo eles diretos ou indiretos, na formulação das políticas públicas, uma vez que essas são consideradas programas essenciais do Estado Constitucional. O principal objetivo é garantir, de forma eficaz, mediante o uso do mecanismo de avaliação ex ante a realização de prioridades definidas de forma fundamentada, para assegurar a efetividade no cumprimento dos compromissos constitucionais.

1 A AVALIAÇÃO DE IMPACTO NO ÂMBITO DA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A avaliação *ex ante*, em estudo na presente investigação, deverá estar inserida no ciclo das políticas públicas. Neste sentido, tem-se que a criação de uma política pública se inicia com a identificação de um problema que exige intervenção estatal e com o reconhecimento de tal relevância pelos atores competentes, em compatibilidade com os direitos plasmados no ordenamento jurídico (agenda). A partir daí dá-se a sua formulação, fase na qual serão elaboradas propostas para lidar com os problemas identificados. Posteriormente, ocorre a tomada de decisão entre as diferentes alternativas apresentadas.² Para informar os agentes sobre a melhor decisão a ser tomada é que deverá ser adotada a análise ex ante.

A análise ex ante, então, ocorrerá mediante a produção de ato administrativo denominado Avaliação de Impacto, que consiste em avaliar a coerência dos desafios identificados pelo Estado, juntamente com suas prioridades e objetivos correspondentes (EUROPEAN UNION, 2001).

Adotando-se como referencial a enunciação de Juarez Freitas entende-se por Avaliação de Impacto a “estimativa dos efeitos diretos e colaterais das providências de regulação, formulação ou implementação de políticas públicas” (2015, p. 117). O

foco principal de tal instituto é identificar os problemas e demandas, prevendo-se os possíveis impactos das decisões, estimando-se os benefícios esperados e os riscos envolvidos.

Inserir-se, assim, na esfera da formulação das políticas públicas e tal documento deverá ser produzido pelos setores técnicos de cada área referente ao objeto dos programas de ações em concreto.

Assim, a Avaliação de Impacto é crucial por diferentes fatores, incluindo: (i) a possibilidade de previsão de resultados, que irá permitir um planejamento mais eficaz por parte do gestor; (ii) o estabelecimento de preferências, fazendo com que a escolha entre diversas alternativas de instrumentos a serem adotados possua uma justificativa para sua seleção embasada em critérios técnicos pré-estabelecidos; (iii) a criação de uma etapa informativa, integrando o ciclo de políticas públicas com caráter formal; (iv) a verificação de consistência e coerência, garantindo que os programas associados consigam atender os objetivos propostos; (v) a orientação de decisões eficazes, assegurando que os recursos públicos sejam utilizados de maneira otimizada e, por fim, (vi) por permitir a análise dos possíveis riscos e resultados antes da implementação da política pública, garantindo que essa seja sustentável.

Com a adoção desse mecanismo, exige-se da autoridade que elabora a política pública o ônus argumentativo de demonstrar, a partir de juízos concretos e com base em evidências empíricas, que a solução adotada é pertinente ao ordenamento jurídico interpretado sistematicamente e às consequências concretas que serão produzidas. Exige-se, portanto, que seja realizada uma projeção, uma análise de causa-efeito que considere a relevância política, social e econômica das decisões adotadas.³

A adoção deste instrumento, de avaliação ex ante, implica em criar uma etapa informativa durante o planejamento da política pública, anterior à tomada de decisão, momento no qual os órgãos técnicos envolvidos na elaboração da política em concreto deverão produzir o documento denominado de Avaliação de Impacto. Neste documento, então, deve-se verificar se os resultados pretendidos são capazes e eficientes para atender à demanda, incorporando um juízo preventivo a partir de uma análise de sustentabilidade multidimensional.⁴

Ao implementar a avaliação ex ante no processo de formulação de uma política pública, esta funciona como uma metodologia de decisão orientada para o futuro. A Avaliação de Impacto, assim, será

² Após esta fase, tem-se a implementação da política pública e posteriormente sua avaliação. Sobre o ciclo das políticas públicas, ver RECK, ref. 1, p. 99 e ss.

³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo et al. **Marco Legal das Agências Reguladoras** na Visão Delas. Belo Horizonte: Fórum, 2021

⁴ Para o conceito de sustentabilidade multidimensional, ver a obra de FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade. Direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

dividida em duas partes. Na primeira, antecipam-se os resultados esperados pelos atores responsáveis pela formulação das políticas públicas. Neste particular deve-se demonstrar que os resultados estão conectados ao atendimento do problema que ensejou a edição da política pública, bem como aos objetivos que informam a atuação estatal. Já na segunda parte, deve ser estabelecida uma relação de preferência entre as opções possíveis, justificando a escolha da alternativa considerada desejável à luz do critério selecionado – que sempre deverá ser definido a partir da máxima realização dos direitos envolvidos na política em concreto.

E tudo isso permitindo-se, ainda, verificar a consistência de uma política e a coerência dos programas a ela associados, inclusive em face das demais políticas públicas em execução. O fundamento da análise *ex ante*, portanto, é orientar a decisão para que ela recaia sobre a alternativa mais efetiva, eficaz e eficiente (IPEA, p.13).

Na elaboração de tal documento, destarte, os problemas e as demandas deverão ser identificados, observando-se os objetivos, sujeitos, localização territorial, metas e resultados esperados. Em face da previsão de tais resultados, percebe-se que, apesar da Avaliação de Impacto ser um documento produzido na fase de elaboração da política pública, tal documento torna-se uma referência obrigatória para o seu controle posterior⁵. Este documento viabiliza analisar, a posteriori, se as opções adotadas estão compatíveis com os objetivos buscados, avaliando-se, constantemente, os impactos previstos e os resultados almejados, em cotejo com as finalidades constitucionais. Por tais razões pode-se perceber que a Avaliação de Impacto se apresenta como um guia a orientar a ação dos controladores a posteriori.

Nesse particular a Avaliação de Impacto assume demasiada importância. Tem-se, com ela, a delimitação dos objetivos que serão buscados com as medidas adotadas, oferecendo, aos agentes,

controladores, as balizas que delimitarão o controle a posteriori, contribuindo com a formação de ambiente de maior segurança jurídica ao gestor. Um ambiente em que será feita a avaliação de resultados em face do que o próprio gestor explicitou no momento de elaboração da política pública – e não com base no que o agente controlador entenda por mais oportuno ou conveniente.

Como principal aspecto da Avaliação de Impacto identifica-se a utilização de técnicas para quantificar e qualificar as alternativas viáveis, com o objetivo de fornecer à tomada de decisão evidências empíricas, permitindo que a escolha ostente cunho técnico e se aproxime do resultado ótimo (Valente, 2013, p. 29). Por esses motivos, a Avaliação de Impacto pode ser considerada como um instrumento capaz de garantir o estudo e a apreciação técnica de toda matéria, em um ambiente de segurança jurídica, de proporcionalidade em concreto, mediante motivação qualificada.

A Avaliação de Impacto foi elaborada, inicialmente, como requisito para autorizações relativas à intervenção no meio ambiente e como instrumento de informação ao poder público no âmbito da atividade regulatória. Com efeito, nos Estados Unidos da América adota-se tal mecanismo, em ambas as áreas, desde meados de 1970.⁶ A Avaliação de Impacto atualmente é adotada pela maior parte dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE.⁷

No Brasil, a Avaliação de Impacto Ambiental, conhecida como AIA, foi criada como um dos elementos da Política Nacional do Meio Ambiente, editada pela Lei n. 6.938, de 1981. Desde então, tornou-se obrigatório realizar estudos prévios, embasados em critérios de análise técnica, com a finalidade de trazer parâmetros para o licenciamento ambiental em relação a atividades interventoras no meio ambiente.

No ambiente regulatório, por outro lado, a Avaliação de Impacto foi adotada apenas no atual século, pelas Agências Reguladoras.⁸ Talvez por esta razão, foi no Marco Legal das Agências Reguladoras, a Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019,

⁵ Na doutrina tradicional, a última fase do ciclo de políticas públicas é a fase de avaliação. Conferir, sobre o tema na obra de RECK, ref. 1, p.177.

⁶ Sobre o histórico de tais institutos na esfera internacional indica-se a leitura de: WIENER, Jonathan B.; RIBEIRO, Daniel L., *Impact Assessment: Diffusion and Integration*, in: BIGNAMI, Francesca; ZARING, David (Orgs.), **Comparative Law and Regulation: Understanding the Global Regulatory Process**, [s.l.]: Edward Elgar, 2016; DE FRANCESCO, Fabrizio, **Transnational Policy Innovation: The OECD and the Diffusion of Regulatory Impact Analysis**, [s.l.]: ECPR Press, 2013; LIVERMORE, Michael A.; REVESZ, Richard L. (Orgs.), **The Globalization of Cost-Benefit Analysis in Environmental Policy**, 1 edition. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2013.

⁸ A título de ilustração, o PRO-REG, instituído através do Decreto n.º 6.062, de 16 de março de 2007, é um programa de

fortalecimento da capacidade institucional para gestão e regulação, que já fazia referência à análise de impacto regulatório, motivo pelo qual as agências acabaram reiterando essa prática, ainda que de maneira não-vinculante e meramente opinativa, nos termos utilizados na Agência Nacional de Águas – ANA. Já a Resolução normativa n.º 798, da ANEEL, de 12 de dezembro de 2017: “Aprova a revisão da Norma de Organização ANEEL n.º 40, de 12 de março de 2013, que dispõe sobre a realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) no âmbito da Agência. Art. 2.º Para os efeitos desta Norma, entende-se: I – Análise de Impacto Regulatório (AIR) é o processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão.”

em seu art. 6º,⁹ que tal documento foi normatizado e passa a ser obrigatório que a expedição dos atos normativos seja precedida de análise de impacto regulatório, instrumento que será elaborado com informações e dados sobre os seus possíveis efeitos. Logo após a edição da Lei n. 13.848/2019 foi editada a Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Tal legislação, em seu art. 5º, também prevê a exigência de AIR sempre que houver proposta de edição ou alteração de atos normativos que sejam do interesse geral dos agentes econômicos ou dos usuários de serviços prestados.¹⁰ Nesse caso, a lei estende a obrigação aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal e impõe que tais atos devem conter informações e dados sobre os efeitos dos regulamentos de maneira a ser possível verificar a razoabilidade de seu impacto econômico.

Em 30 de junho de 2020 foi editado Decreto n. 10.411, tratando da Análise de Impacto Regulatório no âmbito das duas legislações precitadas. De acordo com referido Decreto, a Avaliação de Impacto Regulatório é um procedimento de avaliação prévia à edição dos atos normativos que conterá informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão.¹¹

Reportando-se tal noção para o objeto de estudo na presente investigação, pode-se definir que a análise de impacto apresenta-se como um mecanismo de qualificação das medidas e atos produzidos na elaboração das políticas públicas e, como visto anteriormente, tem o condão de subsidiar as decisões, visando o alcance dos melhores resultados possíveis, permitindo, inclusive, “a mediação entre os diversos interesses por vezes contrapostos de agentes econômicos, consumidores e cidadãos usuários de serviços públicos.” (Coutinho, 2014, p. 146).¹²

Tomando-se de empréstimo o instituto regulado no âmbito das agências reguladoras, tem-se que a utilização da avaliação ex ante funciona, portanto, como um mecanismo de autocontrole da atividade discricionária dos gestores públicos na formulação das políticas públicas. Trata-se de um aperfeiçoamento do procedimento a ser adotado, que obrigatoriamente

vincula os gestores ao mundo dos fatos. Torna possível, ainda, através de uma motivação adequada, verificar

qual a decisão é mais necessária, a mais pertinente, considerando as alternativas possíveis, em face de suas consequências concretas.¹³

Em termos práticos, pode-se afirmar que há um aperfeiçoamento, ou ainda, a aplicação concreta do controle da discricionariedade técnica (Zancaner, 2017).¹⁴ Este controle deve balizar-se pela análise das opções postas no caso concreto, para que os atores responsáveis pela formulação da política pública possam realizar a melhor escolha. E a escolha mais vantajosa será aquela que alcançar os resultados mais sustentáveis, tanto na esfera social, quanto econômica, quanto ambiental.

Como não houve, ainda, a regulamentação para padronizar a edição de tal documento de Avaliação de Impacto no âmbito das políticas públicas, toma-se de empréstimo o procedimento adotado nas “Diretrizes Gerais da análise do Impacto regulatório”¹⁵

Em tal normativa, tem-se a previsão de 3 etapas. Na primeira, de análise e definição do problema, deverão ser colhidas informações de maneira a compreender as dificuldades que estão sendo enfrentadas em concreto, buscando suas causas e consequências. Devem ser identificados os objetivos pretendidos com a política a ser implementada e os riscos envolvidos em sua adoção.

Nesta fase deverão ser viabilizados instrumentos de participação popular, de maneira a que a sociedade possa ser ouvida quanto às suas reais necessidades, participando, inclusive, das sugestões de enfrentamento do problema objeto da política pública. Em geral esta participação ocorre mediante audiências e consultas públicas.¹⁶

Na sequência deve ser averiguada, pela equipe técnica responsável, a fundamentação legal que gravita em torno da temática. A partir daí torna-se possível a identificação das opções a serem adotadas, fase em que serão mapeadas diversas soluções possíveis para resolver o problema identificado.

Finalmente, a equipe técnica deverá realizar a comparação entre as opções possíveis,

⁹ Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

¹⁰ Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

¹¹ Art. 2º, I, do Decreto n. 10.411/2020.

¹² Ainda que tal reflexão tenha sido feita em referência à regulação, tem-se que pode ser aplicada corretamente em relação às políticas públicas.

¹³ Sobre a análise consequencialista do Direito ver, especialmente, POSNER, 2009 e POSNER, 2007 e, ainda, POGREBINSCHI, 2008.

¹⁴ No mesmo sentido, Flávio José ROMAN, 2017.

¹⁵ Disponível em https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view. Acesso em 05 de nov 2019

¹⁶ Sobre a participação popular, conferir a obra de RECK, ref. 1, p.197

momento em que serão avaliados os reflexos das várias alternativas visando a escolha da solução mais adequada, eficaz e sustentável para o atingimento do objetivo pretendido.

Posteriormente, devem ser examinados os possíveis impactos da adoção da política pública, prevendo-se e avaliando-se os riscos na adoção da solução sugerida.

Também deverá ser prevista a sua forma de acompanhamento, de controle e fiscalização dos resultados almejados.

Com tal procedimento espera-se que a Avaliação de Impacto forneça um prognóstico da situação, servindo como baliza a direcionar as soluções e as eventuais consequências da adoção da política pública, com o desenho que lhe foi dado.

Por certo, não se poderá admitir que a Avaliação de Impacto vinculará a tomada de decisão. Aqui, pelo princípio da deferência ao agente público competente, não se pode esvaziar o espaço de decisão política e, por isso, é possível admitir que o gestor poderá decidir (i) pela adoção da alternativa ou da combinação de alternativas sugerida no documento de Avaliação de Impacto ou (ii) pela necessidade de complementação do referido documento, ou, ainda, (iii) pela adoção de alternativa contrária àquela sugerida pelos setores técnicos.

Porém, a análise sistemática do ordenamento vigente impõe que, em sendo afastadas as sugestões trazidas pela equipe técnica, embasadas em juízo de evidência empírica, o ônus argumentativo do gestor será o de demonstrar o motivo pela qual a sugestão por ele adotada é melhor, ou mais adequada ao atendimento do interesse público. Esta é a interpretação que decorre do art. 20, Parágrafo único, da LINDB, que será objeto do próximo item deste estudo.

Antes, todavia, cabe uma breve referência aos princípios da precaução e da prevenção, que ocupam lugar de destaque na Avaliação de Impactos das políticas públicas.

Com efeito, os atores responsáveis pela formulação das políticas públicas utilizar-se-ão do mecanismo da Avaliação de Impacto para dar concretude ao dever de prevenção e precaução, atuando previamente para evitar danos sociais, econômicos e ambientais em decorrência da adoção de suas determinações (Freitas, 2011, p. 310). Afinal, "não podem superestimar, nem subestimar os riscos reais, vedados os retrocessos" (Freitas, 2011, p. 269).

Tomando-se por simetria as prescrições do referido Decreto n. 10.411/2020, tem-se a referência expressa a tais princípios ao se estabelecer a

obrigatoriedade de que os entes observem a estimativa de custos diretos e indiretos que possam a ser sofridos ou custeados pelos agentes econômicos e pelos

cidadãos usuários dos serviços públicos e atividades econômicas reguladas.¹⁷

Adaptando-se tais prescrições às políticas públicas, tem-se que a equipe técnica, ao elaborar o documento de Avaliação de Impacto deverá prever os custos diretos e indiretos, assim como os riscos que poderão advir da adoção de uma ou outra opção adotada. Ou seja, conforme mencionado anteriormente, a análise de impacto tem por objetivo adotar medidas antecipatórias com intuito de prever riscos, além de analisar se determinada política pública é consistente e seus programas relacionados são efetivamente coesos.

A distinção entre os princípios da prevenção e da precaução reside no fato de que o primeiro deles parte da ótica de experiências anteriores, que possibilitam traçar uma relação de causalidade entre a ação a ser executada e os resultados adversos. Neste, os riscos já são conhecidos e podem ser previstos com base em dados empíricos. Por outro lado, o segundo atua sob a perspectiva da incerteza, com riscos em abstrato.¹⁸ (Grey, 2013)

Evidencia-se também que a ausência de dados prévios sobre um risco em potencial não significa que ele não exista, que não ofereça aos cidadãos, à esfera econômica ou ao meio ambiente uma probabilidade de que existam danos ou perdas. Por isso, a análise de impacto deverá considerar não apenas a existência de um perigo (algo certo e provável), mas também a sua eventualidade, expondo os interessados às suas consequências potenciais.

Por isso, faz-se necessário que a Avaliação de Impacto ofereça informações suficientes para que a tomada de decisões estratégicas possa estar embasada, igualmente, nas medidas de prevenção que deverão ser adotadas.

De igual forma, o conjunto de escolhas do gestor, fundamentadas na Avaliação de Impacto, deverá avaliar igualmente as atividades para as quais não há conhecimento científico acerca dos riscos, adotando-se medidas de precaução (Bottini, 2006).

Na seara da Administração Pública deve-se reconhecer o dever de evitar, seja por ação ou omissão, quaisquer fatos que possam resultar em impactos presumivelmente adversos. Portanto, existe a obrigação de prevenir atividades potencialmente prejudiciais, medidas preventivas que devem ser adotadas com base em um julgamento de probabilidade em relação ao

¹⁷ Art. 2º, IV, do Decreto n. 10.411/2020.

¹⁸ Sobre o tema, conferir a obra de GREY, Natália de Campos. **A boa administração pública na proteção da fauna: considerados os princípios da prevenção e da precaução e o**

dever de motivação dos atos administrativos. Revista de Direito Administrativo, v. 262, p. 179-198, Rio de Janeiro: FGV, 2013.

risco envolvido. Também se faz necessária a tomada de medidas proporcionais e previamente antecipadas, mesmo quando há incerteza acerca da produção de danos temidos.

De maneira crucial, é fundamental que os princípios da prevenção e precaução sejam incorporados na formulação e implementação de políticas públicas. Com a aplicação desses princípios, exige-se dos responsáveis pela formulação das políticas públicas uma ação cautelosa. O objetivo é evitar danos graves e potencialmente permanentes à sociedade. Estes são, em última análise, os propósitos almejados com a adoção do controle prévio das políticas públicas, foco desta investigação.

A aplicação do princípio da prevenção e precaução na análise de políticas públicas, portanto, permite antecipar os possíveis efeitos negativos a longo prazo, requerendo uma abordagem baseada em evidências, que permita identificar e mitigar os riscos antes que se tornem problemas irreversíveis.

Afinal, como bem ressalta Juarez Freitas, é preciso ultrapassar a incorreta compreensão de que “as políticas públicas seriam essencialmente programas de governo, implementáveis sem o estudo científico acerca de antecipáveis efeitos diretos e oblíquos (sociais, ambientais e econômicos).” Ao contrário, deverão ser “balanceando critérios e comparando custos e benefícios (de agir ou de não agir), na perspectiva de uma motivação racional (consistente e congruente) das escolhas efetuadas, ao oposto dos que apostam no domínio irremediável do irracionalismo político.” (Freitas, 2015, p. 116).

A Análise de Impacto proporciona, então, uma abordagem sistemática para a tomada de decisões, sendo baseada em evidências empíricas e técnicas, ajudando não apenas a prever os possíveis efeitos das políticas, mas também a avaliar sua eficácia e eficiência, antes de ocorrer a sua implementação.

Além disso, a Avaliação de Impacto permite fornecer balizas para o gestor tomar a melhor decisão também em face do princípio da eficiência.

Não é novidade sustentar que as políticas públicas devem ser orientadas por tal princípio, buscando o melhor aproveitamento dos recursos estatais. Por certo, não se adota no presente estudo uma análise economicista, não se admitindo que sua incidência será definida apenas pela relação menor custo financeiro, maior benefício. Pautando-se nas lições de Emerson Gabardo, tem-se que a eficiência vincula o administrador na procura pelo melhor

aproveitamento estatal, pautada por uma prospecção pelo ótimo, “entendido no sentido mais abrangente possível, de forma a representar um ideal de qualificação estrutural e funcional” (Gabardo, 2002, p.

100). E por ideal de qualificação pode-se adotar a análise pautada pela busca pelo desenvolvimento em suas múltiplas dimensões.¹⁹

Partindo-se dessa delimitação tem-se que o documento de Avaliação de Impacto, ao estabelecer um comparativo entre as soluções possíveis a serem adotadas no âmbito de uma política pública, permite que a decisão tomada seja aquela apta a produzir o melhor resultado, o fim ótimo capaz de realizar de maneira mais ampla e universal os compromissos constitucionais.

Justifica-se, assim, a relevância de tal documento para incrementar a qualidade das decisões tomadas no bojo da formulação das políticas públicas. Porém, nesta seara não parece ser suficiente demonstrar ao gestor que é recomendável a adoção de um estudo técnico a embasar a edição de uma política pública. É preciso avançar e demonstrar que, juridicamente, a ausência da Avaliação de Impacto, nos moldes aqui delineados, vicia a política pública, tornando ilegais os atos administrativos dela decorrentes, por descumprimento expresso das prescrições do art. 20, Parágrafo único, da LINDB, matéria que se enfrenta no próximo tópico.

2 A FUNDAMENTAÇÃO LEGAL PARA A EXIGÊNCIA DA AVALIAÇÃO DE IMPACTO COMO DOCUMENTO OBRIGATÓRIO NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: O ART. 20, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LINDB

A edição da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), consubstanciada na Lei n. 13.655, editada em 25 de abril de 2018, inaugura um novo paradigma hermenêutico no Direito Público Nacional. Com efeito, tal lei, ao repaginar a antiga Lei de Introdução ao Código Civil, retratando uma maior aposta em instrumentos eficazes de gestão e controle, na busca do aprimoramento da gestão pública²⁰, em prol da boa administração²¹.

Tais desideratos parecem mais próximos de ser alcançados mediante dispositivos que impõem limites e ônus aos agentes administrativos, notadamente no que se refere à fundamentação de suas decisões, que deverão ser editadas em respeito à legislação, mas também conectadas ao chamado “Direito real”²².

¹⁹ Para termos de entendimento, deve-se analisar a obra de SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento: Administração Pública, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento**. 1. ed. Curitiba: Íthala, 2019.

²⁰ MORAIS, Fausto Santos de; ZOLET, Lucas. **A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista**. In: Revista Jurídica, Curitiba, v. 4, n. 53, p. 497-523, 2018.

²¹ Freitas, Juarez. *Sustentabilidade. Direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

²² Moraes, Fausto Santos de; Zolet, Lucas. *Op. cit.*, p. 512.

Permite-se, assim, uma maior sindicabilidade das decisões fundadas em juízos discricionários.

A partir de tais considerações compreende-se o motivo pelo qual é este o dispositivo que pode ser utilizado como fundamento para exigir-se do gestor público a elaboração da Avaliação de Impacto.

O art. 20, da LINDB, como se observa, impõe o afastamento das decisões lastreadas em opiniões ou anseios dos julgadores, na medida em que determina a atenção não só aos pressupostos do julgamento – adequação jurídica dos fundamentos –, como na efetivação do resultado, com vistas à exequibilidade.

Nessa seara, despontam as previsões do art. 20, e seu parágrafo único:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Nos termos do referido dispositivo, então, impõe-se que a autoridade que decide atenda o ônus argumentativo que possa demonstrar, a partir de juízos concretos, que a solução adotada é pertinente (i) ao ordenamento jurídico interpretado sistematicamente e (ii) às consequências concretas que serão produzidas²³. Exige-se, portanto, do agente, que se realize uma projeção, uma análise de causa-efeito que considere a relevância política, social econômica e ambiental em face das serem decisões adotadas²⁴.

Os autores que tratam do tema, em sua maioria, preocupam-se em afirmar que, apesar do teor do texto normativo, não se está admitindo a teoria consequencialista do Direito, fundada na doutrina de Posner, por exemplo²⁵. Sustentam que não há que se admitir o abandono dos referenciais normativos nas soluções propostas, mas tão somente buscar-se um devido processo legal decisório, interessado nos fatos,

em que seja possível, através da motivação, verificar se a decisão foi necessária, se foi a mais adequada, considerando as alternativas possíveis, em face de suas consequências concretas. Como advertem Floriano de

Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, exige-se do agente uma motivação que vai além do art. 50, da Lei n. 9.784/99, com o objetivo de permitir o controle de tais decisões²⁶. É a exigência, portanto, de uma rigorosa justificação, que impõe demonstrar que o ato administrativo é adequado inclusive diante de alternativas.

Busca-se, assim, o equilíbrio entre fundamentação adequada e resultado prático das decisões. Esta é a essência do art. 20, Parágrafo único, da LINDB. Tal dispositivo diz respeito não só à fundamentação da decisão, mas também impõe que se atente para as suas consequências práticas.

Reportando-se tal normativa para o âmbito da formulação de políticas públicas tem-se, então, a obrigação legal que importa na produção da Avaliação de Impacto como fundamento da decisão do agente competente.

A sua não observância macula de validade a edição dos atos administrativos na seara das políticas públicas ensejando a declaração de sua nulidade, seja na esfera da própria Administração Pública, seja no âmbito do controle jurisdicional.²⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS: O CONTROLE E A DEFERÊNCIA AO GESTOR PÚBLICO NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O reconhecimento da necessidade de um controle ex ante de políticas públicas, consubstanciado no documento Avaliação de Impacto, é consequência da compreensão de que o administrador, ainda, que tenha reconhecida a deferência para a escolha dos meios de realização dos direitos fundamentais, no exercício da função pública, deverá fazê-lo de forma justificada, apreciando não só as circunstâncias concretas que impõe a construção da política pública, mas também as diversas possibilidades que se apresentam. Deverá além disso considerar as consequências práticas da decisão a ser tomada, bem como deverá ponderar sobre os riscos envolvidos nas soluções propostas.

Tais balizadas não só limitam o juízo de discricionariedade do administrador, mas também funcionam como limite ao agente controlador.

23 Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 29.

24 Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 20.

25 POSNER, Richard. Perspectivas filosóficas e econômicas. Para além do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 e POSNER, Richard. A abordagem econômica do Direito. Problemas da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007 e, ainda, POGREBINSCH, Thamy. A Normatividade dos Fatos, as Consequências Políticas das Decisões Judiciais e o

Pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA). In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 247, p. 181-193, 2008.

26 Marques Neto, Floriano de Azevedo; Freitas, Rafael Vêras de. Op. cit.

27 Sobre a nulidade dos atos administrativos ver a obra clássica de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 36. ed., São Paulo, 2023, p. 350 e ss.

Com efeito, o documento Avaliação de Impacto fornece os parâmetros para a realização do controle, inclusive o controle de resultados.

Em face da incidência do art. 20, Parágrafo único, da LINDB, pode-se sustentar, inclusive, que uma

política pública que se consubstancie em atos que não foram apreciados em um documento de Avaliação de Impacto tem maculada sua validade, ensejando inclusive o controle judicial.

Assim, com a adoção da avaliação ex ante espera-se uma maior abrangência no que se refere ao controle de políticas públicas, sem trazer engessamento à gestão, mas delimitando responsabilidades. Com efeito, o Estado Democrático de Direito impõe que, diante de uma necessidade pública, a sociedade possa estar ciente de (i) quais são as escolhas políticas; (ii) quais são os instrumentos escolhidos para a efetivação de tais escolhas; (iii) quais são os resultados esperados; (iv) porque foram escolhidas essas e não outras opções e (v) se tais resultados estarão vinculados com o paradigma da sustentabilidade multidimensional.

Tais diretrizes, a partir do enfoque adotado na presente investigação pesquisa, permitirão a edição de políticas públicas eficientes e sustentáveis, direcionadas a compatibilizar a atuação do Estado com os objetivos traçados na Constituição da República e com os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS:

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê. O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas. Curitiba: Íthala, 2021.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 61, jul.-ago. 2006.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Avaliação de Políticas Públicas: Guia Prático de Análise ex-Ante. 1. ed. Brasília: Governo Federal, 2018.

BRASIL. Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020. Regulamenta a Análise de Impacto Regulatório de que

trata a Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 1 jul. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.

COUTINHO, Jair Pereira. Reconfiguração do modelo de solução de conflitos à luz do constitucionalismo contemporâneo: processo e mediação no Estado Democrático de Direito. Fortaleza: Unifor, 2014.

DE FRANCESCO, Fabrizio. Transnational Policy Innovation: The OECD and the Diffusion of Regulatory Impact Analysis. ECPR Press, 2013.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. São Paulo: Atlas, 2013.

EUROPEAN UNION. European Commission Budget. Ex Ante Evaluation: A Practical Guide for Preparing Proposals for Expenditure Programmes. Bruxelas, 2001.

FREITAS, Juarez. Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. Sequência (Florianópolis), jan. 2015.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2019.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade, Direito ao Futuro. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GABARDO, Emerson. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. São Paulo: 4 Dialética: 2002

GREY, Natália de Campos. A boa administração pública na proteção da fauna: considerados os princípios da prevenção e da precaução e o dever de motivação dos atos administrativos. Revista de Direito Administrativo, v. 262, p. 179-198. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

LIVERMORE, Michael A.; REVESZ, Richard L. (Orgs.). The Globalization of Cost-Benefit Analysis in Environmental Policy. 1. ed. Oxford; New York: Oxford University Press, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 36. ed., São Paulo, 2023

MORAIS, Fausto Santos de; ZOLET, Lucas. A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista. Revista Jurídica, Curitiba, v. 4, n. 53, 2018.

POSNER, Richard. A abordagem econômica do Direito. Problemas da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard. Perspectivas filosóficas e econômicas. Para além do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

POGREBINSCHI, Thamy. A normatividade dos fatos, as consequências políticas das decisões judiciais e o pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 247, p. 181-193, 2008.

RECK, Janriê Rodrigues. O Direito das Políticas Públicas: Regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Muller. Categorias de análise de políticas públicas e gestão complexa e sistêmica de políticas públicas. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 66, out./dez. 2016.

SALGADO, Eneida Desiree. Políticas públicas, inclusão social e desenvolvimento democrático. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, v. 2, n. 1, p. 91, jan./jun. 2015. Argentina: Universidad Nacional del Litoral.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Fomento: Administração Pública, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento. 1. ed. Curitiba: Íthala, 2019.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo et al. Marco Legal das Agências Reguladoras na Visão Delas. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.

VALENTE, Patricia Pessôa. Análise de impacto regulatório. Uma ferramenta à disposição do estado. Belo Horizonte: Forum, 2013.

WIENER, Jonathan B.; RIBEIRO, Daniel L. Impact Assessment: Diffusion and Integration. In: BIGNAMI, Francesca; ZARING, David (Orgs.). Comparative Law and Regulation: Understanding the Global Regulatory Process.: Edward Elgar, 2016.

ZANCANER, Weida. Convalidação dos atos administrativos. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

A PRESENÇA DA MULHER NA POLÍTICA – AVANÇOS E RETROCESSOS COM BASE NA ANÁLISE DA FRAUDE À COTA DE GÊNERO



Emma Roberta Palú Bueno¹

A efetiva participação feminina na política perpassa obstáculos que a legislação eleitoral, por si só, não foi capaz de resolver até o presente momento. Em que pese o histórico legislativo e jurisprudencial demonstre um efetivo avanço no compromisso com uma maior presença feminina nos espaços públicos, a ausência de democracia intrapartidária faz com que as alterações legislativas e decisões judiciais não sejam suficientes para permitir que haja um efetivo reflexo do número de mulheres no eleitorado e na população nos cargos eletivos. O grande número de cassações envolvendo fraude à cota de gênero por parte da justiça eleitoral denota, contudo, a necessidade de um maior respeito ao cumprimento da norma por parte dos partidos políticos.

¹ Advogada. Mestra em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Pós-graduada em Processo Civil pela ABDCost, Direito Eleitoral pela Universidade Positivo e Direito Civil e Empresarial pela PUC/PR. Presidente da Comissão das Mulheres Advogadas e membra da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/PR. Diretora Jurídica do Instituto Política por. de. para Mulheres, membra da ABRADep e tesoureira do IPRADE. Pesquisadora do LiderA Observatório Eleitoral, vinculado ao IDP. E-mail: emmarobertabueno@gmail.com - Orcid: <https://orcid.org/0009-0002-0972-5852>.



Gabriella Franson e Silva²

Contudo, em que pese o caminhar no sentido de exigir um maior compromisso das agremiações em prol da participação efetiva das mulheres na política, projetos de lei tramitam em sentido contrário, demonstrando que se trata de um desafio ainda bastante complexo e não completamente harmônico.

Palavras-chave: fraude à cota de gênero; ações afirmativas; democracia intrapartidária.

² Advogada. Pós-graduanda em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela PUC/PR. Membro do IPRADE. Relatora do VIII Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral (CBDE). E-mail gabi_franson@icloud.com - Orcid id: 0009-0003-5818-2601.

INTRODUÇÃO

A ministra do Tribunal Superior Eleitoral Edilene Lobo, ao realizar uma palestra no Congresso da Magistratura Mineira de 2023, abordou a problemática quanto à baixa participação feminina na política, tendo explicitado que a “democracia sem mulher não é democracia”, sendo que o combate à baixa representatividade das mulheres deve ser promovido, “para que a Constituição brasileira não seja um quadro na parede da memória”.

Isso porque, em que pese o texto constitucional preveja em seu Art. 5º a igualdade entre homens e mulheres em todos os seus direitos e obrigações, na prática, é possível observar uma grande desigualdade entre esses pares, em especial no setor político.

Segundo o Portal de Dados Abertos do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), as mulheres constituem em 2024 cerca de 52% do eleitorado brasileiro – aproximadamente 76,5 milhões possuem cadastro na Justiça Eleitoral –, porém, o índice de cadeiras no Poder Executivo não ultrapassa a marca de 10%. Em relação à esfera municipal, o TSE aponta que nas eleições municipais ocorridas em 2020, cerca de 651 prefeitas (12,1%) foram eleitas, ao passo que 4.750 (87,9%) homens assumiram o posto de Chefe do Executivo Municipal.

Essa baixa representação feminina na esfera política, contudo, não deve ser justificada por uma falta de interesse em participar ativamente nesses assuntos. Pelo contrário, uma vez que os dados do Tribunal Superior Eleitoral também indicam que aproximadamente 45% dos filiados a partidos políticos são do gênero feminino.

Com isso, qualquer afirmação atribuindo a baixa representatividade feminina na esfera pública a uma falta de interesse é equivocada. Nesse sentido, pesquisadores políticos defendem que essa exclusão das mulheres na vida política se dá, sobretudo, pelo forte patriarcado que marcou a história do Brasil, em que o homem sempre foi visto como o sujeito que possuía qualificação para exercer a vida pública, enquanto a mulher era a responsável por cuidar de seu lar e criação dos filhos (Salgado, Guimarães, Monte Alto, 2015, p. 157).

Sendo assim, pode-se afirmar que a sub-representação feminina na política constitui um mero reflexo do contexto histórico brasileiro (e mundial), marcado pelo pensamento de que os homens seriam os verdadeiros responsáveis pelo comando político, social e econômico.

Partindo dessa premissa, no Brasil, apenas em 1932, por meio da promulgação do Código Eleitoral, é que

o sufrágio feminino foi conquistado em âmbito nacional, ainda que facultativo, vindo a ser proibido novamente com a criação do Estado Novo pela ditadura, em 1937. A Constituição de 1946 tornou obrigatório o voto para ambos os sexos, conquista que, segundo Alice Bianchini, Silvia Chakian, Mariana Bazzo e Letícia Garcia deve ser vista com ressalvas, já que embora louvável era dada apenas aos alfabetizados, tornando-se elitista à medida em que a maior parte das mulheres não era alfabetizada, vindo a ser superada apenas em 1985 com a extensão do direito ao voto também aos analfabetos (Bianchini, 2024, p.43). Porém, apenas a expressa permissão das mulheres de votarem não foi suficiente para superar a exclusão que elas sofriam da vida política, sendo que “esse direito se constituiu como uma condição necessária, mas não suficiente para garantir o exercício pleno dos direitos políticos das mulheres” (Espino, 2010, p. 19).

Dessa forma, será objeto de análise no presente artigo a evolução legislativa e normativa em prol de uma maior participação feminina na política, a atuação das agremiações partidárias quanto às previsões legislativas que buscam combater essa sub-representação, bem como a sua direta relação com o grande número de cassações de mandatos políticos nos últimos anos. Por fim, será abordado ainda as novas disposições legislativas sobre o tema, as quais serão aplicadas a partir das Eleições de 2024.

1 O HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO ELEITORAL EM PROL DE UMA MAIOR PARTICIPAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA.

A partir do Art. 11, §3º da Lei nº 9.100/1991, o país adotou o sistema de cotas de sexo para reduzir a desigualdade entre homens e mulheres na política, por meio da previsão de que “vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres” (Gomes, 2018, p. 416).

Contudo, além do fato de o texto prever que as cotas seriam adotadas apenas na esfera municipal, a norma ainda dispunha que os lugares ocupados aumentariam de 100% para 120%, com apenas 20% de reserva às mulheres, o que, na prática, representou uma previsão legislativa totalmente ineficaz.

¹Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995 (Diário Oficial da União de 02/10/1995)

Artigo 11. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara Municipal até cento e vinte por cento do número de lugares a preencher.

§3º Vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres.

§4º Em todos os cálculos, será sempre desprezada a fração, se inferior a meio, e igualada a um, se igual ou superior.

Com isso, no ano seguinte, a promulgação da Lei nº 9.504/1992 realizou uma nova alteração, passando a prever que a porcentagem mínima seria 30%, excluindo-se ainda a palavra "mulheres", de modo que essa reserva legal promovida pelas agremiações poderia ser feita a qualquer um dos sexos, ainda que se saiba que o sexo minorizado é o feminino. Ampliou-se, ainda, a sua aplicação às eleições proporcionais, estaduais e federais (Gomes, 2018, p. 416).

Porém, em referido normativo dispositivo, não foi observada uma obrigatoriedade em seu cumprimento, tendo em vista que a sua redação era composta pelas palavras "deverá reservar". Dessa forma, na prática, as agremiações partidárias deixavam de apresentar uma parcela de suas candidaturas, deixando-as reservadas para mulheres, ainda que nenhuma fosse registrada. Em outras palavras, se ao partido político era permitida a apresentação de 10 candidaturas, estes apresentavam somente 7 homens, reservando as 3 vagas remanescentes, deixando de apresentar mulheres como candidatas.

Diante desse quadro de flagrante ineficiência para com o objetivo da norma que era justamente o de aumentar a participação feminina na política, doze anos após sua promulgação, a Lei nº 12.034/2009 alterou o Art. 10, §3º da Lei das Eleições, reforçando-se a tese de que o cálculo de 30% deve ser promovido com base nas candidaturas efetivamente registradas, concedendo às cotas o seu caráter obrigatório. A partir disso, os partidos políticos não possuíam mais a liberdade de, no exemplo dado, apresentar 7 candidatos e renunciar às outras 3 vagas, pois a reserva de gênero deveria ser realizada em relação às candidaturas efetivamente registradas. A legislação passou a prever expressamente que cada partido ou coligação deveria preencher o mínimo de 30 e o máximo de 70 por cento das vagas com candidaturas de cada sexo.

O avanço, ainda que muito significativo, não resultou em um aumento expressivo do número de mulheres eleitas e sequer apresentou uma resposta imediata no aumento de mulheres candidatas. Analisando as estatísticas oficiais apresentadas pelo Tribunal Superior Eleitoral referente as eleições de 2010 – logo após a alteração legislativa – apenas 22,7% dos candidatos a deputado federal eram mulheres, menos de

30%, portanto. Esse número inferior ao previsto em lei passou a demonstrar a facilidade em burlar a norma, fosse através da renúncia ou desistência de candidatas mulheres, ou outro contexto que resultasse em um número inferior ao legalmente exigido, o que passou a ser investigado e apurado como fraude à cota de gênero.

Para além da cota de candidaturas, já que essa previsão, por si só não foi capaz de individualmente garantir a ampliação da participação feminina na política (Bueno, Costa, 2018, p. 57) o compromisso com o princípio da necessária participação das minorias (Salgado, 2010, p. 145) baseou o julgamento do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5617 que, ao tratar de financiamento de campanha determinou no ano de 2018 que a distribuição dos valores do Fundo Partidário a serem utilizados nas campanhas eleitorais deveria ser proporcional ao número de mulheres candidatas, respeitado o mínimo de 30% previsto na legislação. Ao acompanhar o voto do Ministro Relator Luiz Edson Fachin, a então Ministra Rosa Weber afirmou que apenas através de políticas públicas e incentivos que assegurem a igualdade formal é que a participação feminina irá aumentar.

No mesmo ano, aplicando a mesma *ratio decidendi*, o Tribunal Superior Eleitoral respondeu afirmativamente a Consulta n.0600252-18 determinando que o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) previsto no art. 16-C e 16-D da Lei das Eleições também deveria respeitar o percentual mínimo de 30% para candidaturas femininas, respeitando esse mesmo percentual para a destinação do tempo da propaganda de rádio e tv. Analisando as eleições realizadas naquele mesmo ano de 2018, uma pesquisa da Fundação Getúlio Vargas concluiu que a diferença média dos valores absolutos investidos nas campanhas de homens e mulheres diminuiu significativamente entre as eleições de 2014 e 2018. Isso porque, em 2014, a média de gasto das campanhas de mulheres representava aproximadamente de 27,8% da média de gastos das campanhas dos homens, enquanto em 2018 esse valor passou para 62,4% (FGV, 2018), demonstrando um considerável aumento que, resultou no maior percentual de mulheres no Congresso Nacional, com 15% do número de eleitos.

Perante o Congresso Nacional, a Lei n. 12.034 de 2009 modificou a Lei dos Partidos Políticos

² Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Diário Oficial da União de 01/10/1997)

Artigo 10. Do Registro de Candidatos – "Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher.

§1º No caso de coligação para as eleições proporcionais, independentemente do número de partidos que a integram, poderão ser registrados candidatos até o dobro do número de lugares a preencher.

§2º Nas unidades da Federação em que o número de lugares a preencher para a Câmara de Deputados não exceder de vinte, cada partido poderá registrar candidatos a Deputado

Federal e a Deputado Estadual ou Distrital até o dobro do das respectivas vagas; havendo coligação, estes números poderão ser acrescidos de até mais cinquenta por cento.

§3º Do Registro de Candidatos – "Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar no mínimo trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo".

³Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação "preencherá" o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.

(Lei n. 9.096 de 1995) passando a prever a obrigatoriedade de destinação de no mínimo 5% do total das verbas recebidas pelo Fundo Partidário na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, sendo que seu descumprimento pode levar não só à desaprovação das contas do partido como também à aplicação de multas, suspensão de repasses entre outras sanções. Da mesma forma, a alteração determinou a promoção e difusão da participação feminina com a dedicação do mínimo de 10% do tempo de propaganda partidária, sob pena de diminuição ou perda do tempo.

Em que pese a existência de disposição legal prevendo a reserva da cota de gênero no âmbito político, bem como determinação de incentivo para promoção da participação feminina através dos partidos políticos, o que se observou ao longo dos anos foi uma expressa desobediência da norma pelos partidos políticos e agremiações.

2 ATUAÇÃO PARTIDÁRIA NA APLICAÇÃO DA COTA DE GÊNERO E A EXISTÊNCIA DE FRAUDE

Os partidos políticos, a partir do processo redemocratização brasileiro passaram a ser personagens de destaque no sistema político do país, sobretudo em razão da exigência do Art. 17, §1º do texto constitucional, que determina a necessidade de os cidadãos que pretendem concorrer a um cargo eletivo, serem escolhidos em convenção partidária.

Em razão disso, a legislação assegura às agremiações partidárias uma autonomia para a sua atuação, nos termos do Art. 17, §1º da Constituição da República e Art. 3º da Lei dos Partidos Políticos.

Nesse sentido, em que pese essas disposições, a existência de autonomia partidária não deve ser confundida como premissa para desrespeito às disposições do ordenamento jurídico, especificamente no que se refere àquelas que buscam combater a sub-representatividade feminina na política.

Com efeito, a ministra do Tribunal Superior Eleitoral Maria Cláudia Buccianeri Pinheiro (Pinheiro, APUD. Gomes, 2018, p. 415) compreende que essa autonomia dos partidos não pode ser confundida com soberania, uma vez que não se sobrepõe à obrigação prevista na constituição de resguardar os direitos fundamentais. Sendo assim, em que pese se compreenda por uma premissa de não intervenção estatal na estrutura interna dos partidos políticos, inexistente qualquer imunidade em relação aos regramentos e princípios constitucionais, inclusive no que tange ao princípio da igual dignidade de todos. Com isso, tem-se como possível qualquer intervenção no âmbito da atuação partidária quando observada uma violação aos regramentos impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, conforme exposto anteriormente, a adoção de ações afirmativas visando superar a baixa representatividade feminina não ensejou grandes resultados, sobretudo em razão da desobediência por parte dos partidos políticos em seu cumprimento. Segundo Polianna Santos, Julia Barcelos e Roberta Gresta "a própria atuação dos partidos reforça a compreensão de que a política de cota de gênero, tal como formulada atualmente no Brasil, não é eficaz", isso porque, segundo as autoras "os partidos se dedicam a cumprir formalmente a exigência legal de apresentar o percentual mínimo de mulheres, mas não se ocupam em desenvolver o capital político dessas mulheres, ou em assegurar a existência de chances reais de elegibilidade" (Santos, 2019. p. 33)

A modalidade mais comum utilizada para frustrar a imposição legal da cota de gênero é a utilização de candidaturas fictícias, chamadas comumente de candidaturas "laranjas". Em linhas gerais, essa prática se dá pelo registro, pelas agremiações partidárias, de mulheres que não possuem um compromisso, muito menos a intenção, de obter sucesso na vida política, sendo utilizadas apenas para preencher a porcentagem da cota de gênero, de modo a permitir que mais homens sejam registrados e, assim, a ofender os princípios da democracia participativa (Macedo, 2014, p. 224).

Nesse aspecto, em um primeiro momento, essa conduta não possuía uma previsão legal com a sua expressa proibição, sendo que o primeiro momento em que referida prática foi apreciada pelo Tribunal Superior Eleitoral com vistas a reprimenda da conduta se deu em 2019, em uma Ação de Investigação Judicial Eleitoral, de origem em Valença do Piauí, por meio do Recurso Especial nº 193/92.

Naquela ocasião, a Corte apreciou as coligações Compromisso com Valença I" e "Compromisso com Valença II", que juntas disputaram os cargos da Câmara Municipal, tendo compreendido que cinco, das vinte e nove candidaturas apresentadas, eram fictícias, pelos seguintes fundamentos: i) receberam um número inexpressivo de votos; ii) não realizaram atos de campanha; iii) não declaram gastos em sua prestação de contas.

A partir desse julgamento, foi sedimentada na jurisprudência a possibilidade de cassação de mandato eletivo pelo reconhecimento de fraude à quota de gênero, independente de prova de conhecimento dos candidatos beneficiados. E, diante dos inúmeros casos trazidos às Cortes Eleitorais de todo o país ao longo dos anos, foi necessário que o entendimento adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral a partir do julgamento de Valença do Piauí e dos inúmeros outros casos que foram surgindo fosse sedimentado em texto resolutivo, que será aplicado a partir das eleições municipais de 2024.

Assim, independente da motivação que faça com que os partidos políticos passem a adotar mais critérios para prestigiar uma maior presença de mulheres nas agremiações e em candidaturas competitivas, certo é que a atuação em sentido contrário fará – como vem fazendo – com que haja diversas cassações de mandatos por fraude à cota de gênero. Ressalta-se, ainda, que essa burla no preenchimento da cota de gênero, por meio da utilização de candidaturas fictícias, além de ser considerada fraude à legislação eleitoral, representa uma violência política contra a mulher, tendo em vista constituir um impeditivo no aumento da representatividade feminina na política, motivo pelo qual deve ser devidamente fiscalizada e combatida pela justiça eleitoral (Bianchini, 2024, p. 208).

3 OS AVANÇOS TRAZIDOS COM A LEI DE VIOLÊNCIA POLÍTICA DE GÊNERO, BEM COMO PELA RESOLUÇÃO Nº 23.735/2024, E O ANTAGÔNICO PROJETO DE NOVO CÓDIGO ELEITORAL.

A violência política de gênero promovida pelos partidos políticos não se dá apenas pelo lançamento de candidaturas fictícias, tendo em vista que a não distribuição de recursos de campanha é considerada pela doutrina como uma violência econômica (Bianchini, 2024, p. 208). Referida interpretação decorre da própria definição do ilícito trazida pelo Art. 3º da Lei 14.192/2021, que denomina a violência política de gênero como “toda ação, conduta ou omissão com a finalidade de impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos da mulher”, prevendo ainda, em seu parágrafo único, que “constituem igualmente atos de violência política contra a mulher qualquer distinção, exclusão ou restrição no reconhecimento, gozo ou exercício de seus direitos e de suas liberdades políticas fundamentais, em virtude do sexo”.

Referida legislação inaugurou no país a tipificação da violência política de gênero, mais uma importante conquista para assegurar a viabilidade de candidaturas femininas, já que estabelece expressamente normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher. Segundo Alice Bianchini, Silvia Chakian, Mariana Bazzo e Letícia Garcia a lei determina que as autoridades competentes do sistema de justiça eleitoral priorizem o imediato exercício do direito violado, conferindo especial importância às declarações das vítimas e aos elementos indiciários, justamente “visando garantir os direitos de participação política da mulher no acesso às instâncias de representação política e no exercício de funções públicas nos cargos eletivos que conquistarem” (Bianchini, 2024, p. 203).

Apesar do reconhecimento de que diversas condutas adotadas pelos partidos políticos

representarem violência política de gênero, bem como o alto número de julgamentos proferidos no país cassando mandatos em virtude da utilização de candidaturas fictícias – indicando um certo avanço no combate à sub-representatividade feminina na política – tem-se que a atuação legislativa atualmente demonstra estar caminhando em sentido oposto, tendo em vista a tramitação de projetos que representam um verdadeiro retrocesso em relação ao tema.

Nesse contexto, destaca-se a Proposta de Emenda à Constituição 18/21, a qual pretende anistiar os partidos políticos que deixaram de utilizar os percentuais mínimos de recursos destinados ao financiamento de candidaturas femininas à promoção de participação de mulheres na política nas eleições de 2022.

Além disso, tramita no Congresso Nacional o projeto do novo Código Eleitoral (PLP 112/2021) que além de consolidar toda a legislação eleitoral atualizara o Código Eleitoral atual, datado da época da ditadura militar (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965). Em março de 2024 foi apresentado pelo relator no Senado, o senador Marcelo Castro (MDB-PI) o relatório sobre o projeto que está sendo analisado na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), após ter sido aprovado na Câmara dos Deputados ainda em 2021. O texto da Câmara, no artigo 190, parágrafo segundo, estabelecia que “do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido político preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) com candidaturas de cada sexo, considerando-se o sexo declarado no cadastro eleitoral”, mantendo o termo “preencherá”. No entanto, o relator no Senado propôs a substituição do termo “preencherá” por “reservará”, o que poderá comprometer os avanços normativos alcançados até aqui, gerando potenciais retrocessos na garantia da representatividade de gênero.

Na contramão do parecer, o Tribunal Superior Eleitoral publicou em março de 2024 a Resolução nº 23.735 que, pela primeira vez, dispõe sobre os ilícitos eleitorais. A Resolução é de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, Presidente do Tribunal Superior Eleitoral nas Eleições de 2024 e dispõe expressamente sobre o que é considerado fraude a cota de gênero. O artigo 8º de referida resolução prevê expressamente em seu parágrafo segundo que critérios como a votação zerada ou irrisória de candidatas, prestação de contas com idêntica movimentação financeira e a ausência de atos efetivos de campanha em benefício próprio serão considerados como fraude à cota de gênero, independente de alegação de desistência tácita da competição por parte das candidatas supostamente fictícias, desde que essa não seja comprovada.

Ainda, e de forma inédita, a resolução prevê que também configura fraude a negligência do partido político ou da federação na apresentação e no pedido de registro de candidaturas femininas, em casos nos

quais haja o pedido de registro de candidaturas com inviabilidade jurídica patente, bem como naqueles casos em que há inércia da agremiação ou da federação em sanar pendência documental – cujo prazo na justiça eleitoral é de apenas 3 dias –, ou ainda em situações de revelia e de ausência de substituição de candidata que venha a ter seu registro indeferido.

Ou seja, diferente do entendimento que por muito tempo foi predominante na jurisprudência, o percentual mínimo de 30% de candidaturas femininas precisa estar presente até o final do pleito, não havendo que se falar em indeferimento de candidatura como justificativa para que o percentual seja menor, cabendo ao partido político – sob pena do reconhecimento de fraude – a substituição de eventual candidata que venha a ter o registro indeferido.

A resolução prevê também em seu art. 8º, § 5º que “a fraude à cota de gênero acarreta a cassação do diploma de todas as candidatas eleitas e de todos os candidatos eleitos” prevendo ainda a invalidação da lista de candidaturas que dela tenha se valido e a anulação dos votos nominais e de legenda, de modo que independente da participação ou do conhecimento dos demais candidatos, a cassação de toda a chapa será medida legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O histórico envolvendo a participação feminina na política e o compromisso legislativo e jurisprudencial contra a sub representatividade das mulheres nos espaços públicos demonstra que as ações afirmativas em suas diversas formas foram essenciais para que a política caminhe para um espaço mais plural. Contudo, é inegável que a fraude a cota de gênero é uma realidade, de modo que qualquer medida contrária aos avanços conquistados significa grande prejuízo a um ideal de democracia que ainda está longe de ser verdadeiramente alcançado no Brasil.

Contudo, as ações afirmativas somadas a obrigatoriedade de registro de mulheres e a análise exemplar do cumprimento dessa determinação por parte da justiça eleitoral faz com que o desenvolvimento efetivo do capital político de mulheres, de modo que se tornem candidatas competitivas, se torne uma necessidade dentro dos partidos políticos.

Assim, demonstrou-se que a participação feminina na política proporcional a presença das mulheres na sociedade demanda uma atuação firme e efetiva também dos partidos políticos, que são atores indispensáveis na democracia, de modo que políticas internas são essenciais e indispensáveis para se conquistar igualdade de gênero na sociedade.

De outro lado, em que pese o Tribunal Superior Eleitoral tenha editado Resolução demonstrando seu compromisso com a participação feminina na política, foi possível observar como nada é completamente uníssono, uma vez que existem projetos de lei em trâmite que visam regressar ao status quo legislativo, no qual a necessidade de registro de mulheres candidatas é sequer obrigatória.

Desse modo, tem-se que a participação feminina na política deve ser vista como um processo que está em constante mudança, a qual, além de necessitar de um auxílio do Estado, por meio da promoção de ações afirmativas, requer ainda que os partidos políticos exerçam um papel ativo na sua concretização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barbieri, C. H. C., & Ramos, L. de O. Democracia e representação nas eleições de 2018: campanhas eleitorais, financiamento e diversidade de gênero: relatório final (2018 - 2019) /coordenação Catarina Helena Cortada Barbieri, Luciana de Oliveira Ramos. - São Paulo: FGV Direito SP, 2019.

BIANCHINI, ALICE... (et. al.). Manual de Direito Eleitoral e Gênero: Aspectos Cíveis e Criminais. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Estatísticas e resultado da Eleição. 2010. <https://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-2010/estatisticas>. Acesso em 22 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. No Congresso da Magistratura Mineira, ministras do TSE falam sobre participação das mulheres na política. Disponível em: [https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Ago sto/no-congresso-da-magistratura-mineira-ministras-do-tse-falam-sobre-participacao-das-mulheres-na-politica](https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Ago%20sto/no-congresso-da-magistratura-mineira-ministras-do-tse-falam-sobre-participacao-das-mulheres-na-politica). Acesso em: 22 abr. 2024.

BUENO, Emma Roberta Palú. COSTA, Tailaine Cristina. Meu pé de cota laranja – A Justiça Eleitoral e seu papel na garantia da efetivação da participação da mulher na política. IN SALGADO, Eneida Desiree; KREUZ, Letícia Regina Camargo; BERTOTTI, Bárbara Mendonça (Orgs.) Mulheres por Mulheres: memória do I Encontro de Pesquisa Por/De/Sobre Mulheres. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

ESPINO, Adriana Medina. La participación política de las mujeres. De las cuotas de género a la paridade.

México: Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género – CEAMEG, 2010.

GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

LÓSSIO, Luciana Christina Guimarães. Apud VOLPATO, Eliane Bavaresco. Candidaturas femininas obrigatórias. A falibilidade do sistema de inclusão de gênero nos parlamentos brasileiros. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL, Curitiba, 2018.

MACEDO, Eliane Harzheim. A cota de gênero no processo eleitoral como ação afirmativa na concretização de direitos fundamentais políticos: tratamento legislativo e jurisdicional. Revista da Ajuris, v. 41, 2014.

SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Eleitorais. Belo Horizonte- Fórum, 2010.

SALGADO, Eneida Desiree; GUIMARÃES, Guilherme Athaides; MONTE-ALTO, Eric Vinicius Lopes Costa. Cotas de gênero na política: entre a história, as urnas e o parlamento. Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito. João Pessoa, ano 2015, n. 03, out, dez, 2015.

SANTOS, Polianna; BARCELOS, Júlia Rocha da; GRESTA, Roberta M. Debates sobre a participação feminina no Parlamento Brasileiro: Sub-Representação, Violência e Assédio. IN Resenha Eleitoral: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. v. 23, n.1 (2019) – Florianópolis: TRE, 2019.

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS E A PROBABILIDADE REPARÁVEL



Glenda Gonçalves Gondim Queiroz¹

No final do século XIX, muitas foram as teorias criadas com o objetivo de melhor adequar as respostas aos danos suportados pelas vítimas à época. Dentre elas, destacam-se o afastamento do pressuposto da culpa pela teoria do risco, a responsabilidade por fato de terceiro e por coisa inanimada, assim como a teoria da perda de uma chance. Esta última iniciou sua aplicação no Brasil no final do século XX, quando a partir de 1990, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul passou a aplicá-la em casos de responsabilidade médica. Mas, foi em 2004, quando o Superior Tribunal de Justiça julgou o caso comumente denominado como "show do milhão" (RESP n.º 788.459/BA) que ganhou relevância em todos os tribunais do país. Mesmo diante das críticas, que se tornaram cada vez mais escassas, a chance perdida foi acolhida pela jurisprudência e considerada pelo Superior Tribunal de Justiça como um dano autônomo e reparável. Com aplicação em diversas áreas, foi no âmbito da responsabilidade dos profissionais liberais o seu maior campo de aplicação, objeto do presente estudo, diante das controvérsias ainda existentes e a importância de serem discutidas, em especial, diante da sua inclusão na proposta de reforma do Código Civil. O objeto deste estudo é analisar a teoria da chance perdida, seus pressupostos e como ocorre a sua aplicação para casos que envolvam a atuação de profissionais liberais,

¹ Doutora (2015) e Mestre (2010) pelo PPGD da Universidade Federal do Paraná. Professora substituta da UFPR. Professora de Direito Civil em cursos de especialização no Brasil. Advogada.

com ênfase às atividades médicas e advocatícias. Para tanto, foi realizada uma revisão bibliográfica, desenvolvida por meio do método indutivo, assim como pesquisa de caráter empírico, por meio da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Palavras-chave: chance; dano; reparação.

INTRODUÇÃO

A teoria da perda de uma chance apresenta uma série de controvérsias na sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, o que justifica voltar aos olhos para as suas características principais e as alterações ocorridas ao longo dos últimos anos. Este estudo é realizado não apenas pela revisão bibliográfica, mas, também, pelos julgados do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que foi nos Tribunais que a teoria foi criada e dentro deles que se desenvolveu.

Em verdade, a responsabilidade civil como um todo tem uma relação muito especial com a jurisprudência. Pois, muitos são os conflitos que versam sobre este tema e batem às Portas do Judiciário, uma vez que abarca desde discussões sobre inadimplementos absolutos ou relativos de contratos até as formas como as pessoas devem se comportar nas relações sociais mais especiais. Nas palavras de Cavalieri Filho, quando desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, as ações sobre a responsabilização e indenização ocupavam cinquenta por cento dos recursos a serem julgados nas sessões (2003, 21). Em razão deste expressivo número, diante da estática legislação omissa para com a adequação aos problemas sociais, doutrina e jurisprudencial são as fontes primordiais para sua compreensão.

É por isso, que durante o presente estudo é analisada tanto a doutrina quanto a jurisprudência, para descrever as características e requisitos desta teoria, assim como a discussão sobre ser (ou não) um dano autônomo, bem como a sua aplicação nos específicos casos de responsabilidade médica e advocatícia.

O recorte realizado nestas duas possibilidades de aplicação foi realizado diante das peculiaridades e relação para com a chance perdida, eis que um deles representa a vantagem esperada, enquanto o outro diz respeito a obstar um prejuízo, duas situações que perpassam a compreensão da chance perdida de maneira geral. Ainda, porque são os casos de maior expressão dentro dos julgamentos realizados especificamente pelo Superior Tribunal de Justiça.

Toda a revisão bibliográfica e os julgados pesquisados estão mencionados ao final nas referências.

1 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

¹ Especificamente, o caso foi julgado pela "Chambre de Requetes", em 1889 e, em 1911 pela "Chambre Civile". (Chartier, 1983, p. 33)

² O processo restou assim ementado: "Responsabilidade civil. Médico. Cirurgia seletiva para correção de miopia, resultando névoa no olho operado e hipermetropia. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado é

Durante o período do século XIX, enquanto muitas teorias eram desenvolvidas para melhor adequar a realidade jurídicas a todas as demandas que eram submetidas a apreciação do Judiciário, a jurisprudência francesa criou a teoria da perda de uma chance. Mais precisamente, no ano de 1889, há a notícia sobre a condenação de um funcionário ministerial, que não disponibilizou a documentação necessária para um cidadão e, em razão disso, acarretou a impossibilidade de êxito deste em uma ação judicial. Ao se deparar com a improcedência do seu pedido, o cidadão processou o funcionário que agiu de forma omissiva e não cumpriu o seu dever. No caso, não havia causalidade entre o dano final (improcedência do pedido) e a conduta do funcionário, mas havia ligação entre a probabilidade perdida e a omissão na disponibilidade do documento solicitado (Chartier, 1983, p. 33). Considera-se que, a partir de então, foi criada a possibilidade de reparação da chance perdida, aprimorada durante os anos.

No direito brasileiro, é do ano de 1990 a notícia sobre o primeiro julgamento que mencionou expressamente a "teoria da perda de uma chance", inclusive na ementa. Tratava-se de um julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo objeto era a responsabilidade médica de um oftalmologista. O julgamento foi relatado pelo então desembargador daquele Tribunal Ruy Rosado de Aguiar Júnior, nos autos da Apelação Cível n.º 5890699962. Portanto, quase cem anos após o primeiro julgamento na França. E naquela década, doutrinadores, especialmente, do Estado do Rio Grande do Sul, passaram a se debruçar sobre o tema, como o professor Clóvis de Couto e Silva (1997, p. 222).

Mas, foi apenas em 2004, que a teoria ganhou notoriedade no Brasil com o julgamento que ficou conhecido como "show do milhão" (STJ, 2005, Resp n.º 788.459/BA), nome do programa televisivo que gerou a discussão judicial. Não obstante seja um caso de grande repercussão, são apontados alguns dos elementos principais e relacionados com o objeto deste estudo.

Tratava-se de um programa de premiação, por meio do qual o participante era submetido a uma série de questionamentos e ao final, se acertasse todas as perguntas, poderia obter o prêmio de um milhão de reais. Na discussão judicial, a candidata tinha acertado todas as perguntas que lhe foram apresentadas, quando então, foi submetida a uma última pergunta. Neste momento, pelas regras do jogo, caso acertasse receberia o prêmio total de um milhão, se errasse iria para casa com

de indenização por perda de uma chance" (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 589069996**. Quinta Câmara Cível. Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgamento: 12 de junho de 1990. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>, Acesso em: 10 mar. 2024).

um prêmio de consolação e, como terceira opção, poderia desistir e ir para casa com o valor até então acumulado. Acontece que ao verificar a última questão, a candidata percebeu que não havia resposta correta.

É que a pergunta era sobre qual o percentual de terras reservadas pela Constituição Federal aos indígenas e como não há tal percentual previsto, a candidata desistiu, pois era impossível saber qual das respostas seria correta. Como houve um erro na elaboração da questão, o que impossibilitou a candidata de alcançar o prêmio, ela propôs uma ação de indenização em face da organizadora do programa. Acontece que não era possível saber se a candidata acertaria, acaso a pergunta fosse formulada corretamente, portanto, não há certeza sobre a perda do prêmio, pois mesmo que formulada corretamente a pergunta, poderia a candidata errar. Assim, não é possível uma indenização no valor total da premiação. Contudo, havia uma probabilidade de acerto, que era de 25% (vinte e cinco por cento), visto que existiam quatro alternativas a serem assinaladas e é essa probabilidade de ganho que foi retirada da candidata pelo erro da formulação da pergunta.

Este é um exemplo da teoria da perda de uma chance e como se opera a sua reparação. Não há certeza sobre a ocorrência do dano final, mas há certeza sobre uma probabilidade existente e que foi perdida.

A responsabilização por muito tempo partia do pressuposto do "tudo ou nada", isto é, se não existisse uma causalidade entre a antijuridicidade³ e o dano total suportado pela vítima, não importaria em indenização. Assim, ainda que fosse notória a influência e causalidade entre o fato em discussão e o dano, as demais concausas poderiam excluir totalmente a indenização. Contudo, tal exclusão não seria correta e muito menos justa. Por isso, passou-se a considerar a contribuição ou facilitação do resultado não esperado como um dano reparável (Aguir Jr, 1995, p. 51).

Para isso, considera-se um curso natural de desencadeamento de fatos, o qual ao final atingiria uma vantagem esperada ou obteria um resultado, mas que foi interrompido, por um fato antijurídico. No momento desta interrupção, não há certeza sobre a possibilidade de se alcançar este resultado satisfatória, mas há probabilidade. É esta probabilidade que será reparada pela teoria da perda de uma chance (Rosenvald e Braga Netto, 2024, p. 589).

Portanto, a teoria da perda de uma chance não trata a reparação do dano final, mas sim o dano chance, ou seja, aquela probabilidade certa, séria e real que existia de alcançar um resultado satisfatório, caso o desencadeamento de fatos que se desenvolvia não tivesse sido indevidamente interrompido por um fato antijurídico. Portanto, não é analisada de forma isolada o resultado e o dano final suportado pela vítima, mas sim a probabilidade que existia e foi perdida. Tal probabilidade deve ser entendida como algo sério e real, não apenas uma mera esperança, por isso, a nomenclatura mais adequada seria a perda da probabilidade (Gondim, 2013, p. 72).

Este dano chance não é o dano final, mas sim a chance (ou probabilidade) perdida, por isso, diz-se que seria uma "zona intermediária" (Bénabent, 1997, p. 403). Mas, que precisa conter os mesmos requisitos do dano, ou seja, precisa ser certa⁴. Por isso, é importante a existência da certeza para a probabilidade, uma vez que não se repara o dano incerto.

Assim, o seu mais adequado conceito é a probabilidade certa e real existente em um desencadeamento de fatos que interrompido por uma antijuridicidade, impediu a ocorrência do resultado esperado, seja uma vantagem que seria alcançada ao final ou o afastamento de um prejuízo.

A situação da vantagem esperada pode ser exemplificada pelo caso do show do milhão ou pela propositura de uma demanda judicial, por exemplo, quando a vítima esperava ter um resultado favorável, que pode ser inclusive patrimonial. Enquanto o afastamento de um prejuízo tem como exemplo situações médicas em que se espera a cura de uma doença, por exemplo.

No que diz respeito ao nexos causal, haverá causalidade entre o fato antijurídico e a chance perdida e não o dano final. É que a chance se aplica exatamente nos casos em que há dúvidas sobre o nexos de causalidade entre o dano e a antijuridicidade. Portanto, não haverá casualidade certa com o resultado (dano final), mas haverá com a probabilidade perdida (dano chance). No exemplo, do show do milhão, verifica-se que mesmo que a pergunta fosse correta, não há causalidade com a perda do prêmio total, pois a candidata poderia errar, mas, há causalidade com a chance perdida, isto é, com a probabilidade de acerto de 25% (vinte e cinco

³ Fala-se em antijuridicidade para abranger o pressuposto da conduta culposa da responsabilidade subjetiva, prevista na redação do *caput* do art. 927 do Código Civil, assim como das ilicitudes previstas para aplicação da responsabilidade objetiva, disposta no parágrafo único do mesmo art. 927. Mas, é preciso compreender que antijuridicidade se diferencia de ilicitude. É que a primeira corresponde apenas ao que é considerado contrário ao ordenamento jurídico, enquanto a antijuridicidade diz respeito a violação

jurídica e que ofende a esfera jurídica alheia. É que "O comportamento antijurídico se instala no omento em que o agente ofende o dever genérico e absoluto de não ofender, sem consentimento, a esfera jurídica alheia" (Rosenvald e Braga Netto, 2024, p. 365).

⁴ Dano certo é aquele cuja existência acha-se completamente determinada, de tal modo que dúvidas não parem quanto à sua efetividade" (Montenegro, 2001, p. 25)

por cento), caso a pergunta tivesse sido formulada adequadamente.

Portanto, a análise a ser realizada é a partir da probabilidade perdida, eis que esta é que será o dano a ser reparado, por isso, aqui mencionado como dano chance e, da mesma forma, o nexa causal entre esta chance e a antijuridicidade ocorrida. Com isso, afasta-se a necessidade de uma nova interpretação do nexa causal (Silva, 2007, p. 74-75), pois, trata-se de uma análise independente do resultado (dano final).

É por essa razão que se diz que não se trata de alteração ou criação de novos pressupostos, mas sim da sua interpretação pelo viés da probabilidade perdida, que passa a ser o dano reparável, a antijuridicidade (conduta culposa, se for caso de responsabilidade subjetiva ou a contrariedade à lei, em caso de responsabilidade objetiva) e o nexa causal entre esta e a chance em análise.

Presentes todos os pressupostos e uma probabilidade, repita-se, séria e real, há a possibilidade de reparação, com fundamento nesta teoria, que pode ser aplicada em diversas áreas, como o direito administrativo, tal como em concursos e licitações, no direito de trabalho, em casos de equiparações ou demissões, além do direito civil, como por exemplo na atuação dos profissionais liberais. Tais exemplos demonstram que se trata de uma teoria que pode ser aplicada em diversas áreas e, portanto, com amplo campo de atuação.

E foi pelo crescimento do seu âmbito de aplicação e o expressivo número de casos que versam sobre este tema, que, atualmente, na proposta de reforma do Código Civil brasileiro, consta a inclusão desta teoria no Capítulo III sobre as indenizações, com a propositura de inserção do art. 944-B, § 1º e 2º que, caso aprovados e efetivamente incluídos no Código Civil, versarão sobre a possibilidade de indenização para este dano (dano chance), bem como sobre como deverá ser realizada a sua reparação.

A proposta do Código Civil não apaziguou as discussões e controvérsias sobre o tema, em verdade, fomentou, especialmente em relação ao parágrafo 2º, do art. 944-B, que menciona uma necessidade de se avaliar o dano final (resultado integral suportado pela chance) e a chance perdida (dano que poderá ser reparado), o que fez com que ressurgisse a discussão se a probabilidade perdida é um dano autônomo ou não. Tema que se passa a analisar.

2 A CHANCE COMO DANO AUTÔNOMO

Em razão da proposta existente para alteração do Código Civil, uma dúvida que surge está na possível controvérsia sobre o que é a chance a ser reparada. É que na proposta apresentada e submetida ao Congresso Nacional, diz-se que a indenização deverá ser

proporcional a probabilidade existente à época e com isso, surge (ou ressurgiu) a dúvida se a chance é um dano por si só ou depende do dano final.

Tal dúvida pode trazer para a vítima uma discussão desnecessária e, também, um desgaste, pois obriga que se aguarde o resultado para provar se é possível reparar ou não o dano chance (Silva, 2007, p. 50-51). Mas, a probabilidade é independente e deve ser reparada de forma independente do dano final (Gondim, 2013, p. 68-70), o que faz com que não seja necessário comprovar se o resultado ocorreu e, portanto, afasta-se a necessidade em se aguardar o desencadeamento dos fatos para verificar o todo que seria suportado pela vítima. Este é o entendimento majoritário da doutrina brasileira (Silva, 2007, P. 51) e internacional (Gualano, 2004, p. 125), apesar da existência de entendimentos de que a chance somente poderá ser reparada quando o resultado não foi atingido (Aagaard, 1987, p. 05).

Na doutrina brasileira, tem-se que a chance é um prejuízo distinto do resultado esperado (Noronha, 2007, p. 679). Ela por si só é um dano, por isso, chamado neste estudo como dano chance. É um prejuízo específico a ser reparado, como um prejuízo por si só (Savater, 1939, p. 09). Não se fala em um terceiro dano, mas sim uma lesão na esfera de bens jurídicos da vítima (patrimonial e extrapatrimonial) que é analisado pela probabilidade específica, com consequências que podem ser tanto de ordem material, quanto moral.

A dificuldade é em verificar a certeza e seriedade da probabilidade, pois é necessário restar caracterizado que no momento da indevida interrupção, havia chances de se concretizar (Noronha, 2007, p. 679), para que se possa reparar.

Para melhor compreensão, apesar de criticado pela sua simplicidade, mas diante da didática que contém, apresenta-se o exemplo do cavalo de corrida. Mesmo antes do início da corrida, é possível saber a probabilidade que o cavalo teria para ganhar ou perder a corrida, a partir dos outros animais envolvidos e os seus resultados anteriores. Assim, mesmo que um cavalo não inicie uma corrida, porque o seu transportador não cumpriu o contrato e o seu inadimplemento faz com que não entregue o bem na data ajustada, é possível saber qual foi a probabilidade perdida.

Neste exemplo, diante de possíveis concausas, não é possível responsabilizar o transportador pelo dano final, que seria o não ganhar a corrida, mas sim pela probabilidade de ganho que existia. Guardadas as devidas proporções, compara-se à probabilidade de ganhar em um jogo da loteria, desde o momento que é feito um jogo, sabe-se quais são as probabilidades de ganho. O fato de efetivar o jogo não significa que se ganhará.

Por isso, a chance pode ser reparada, pois há prova da probabilidade (Chartier, 1983, p. 21). Para esta análise não se parte do resultado esperado, eis que este é incerto, mas sim da probabilidade ao

resultado esperado, a qual é anterior ao resultado (dano final) e, por isso, independente dele (Pereira, 1990, p. 46). É possível dizer que a chance é certa e “incerto será apenas saber se essa oportunidade, se não tivesse sido perdida, traria o benefício esperado” (Noronha, 2007, p. 672).

A chance é um dano em si mesma (Chartier, 1983, p. 30 e Memeteau, 1985, p. 520), com característica da certeza (Benucci, 1958, p. 46) e independente do resultado esperado e não alcançado (Silva, 2007, p. 19), em razão da interrupção ocasionada por um fato antijurídico.

Feitos tais esclarecimentos, tem-se que a chance a ser reparada é independente e não pode ser interpretada apenas pelo resultado (Jourdain, 1992, p. 109). O seu conteúdo econômico pode ser apurado em relação ao que se esperava. Posicionamento que foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 1.335.622/DF, que sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas da Terceira Turma, entendeu que “A simples chance (de cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada.” (STJ, 2012, RESP n.º 1.335.622/DF).

Por ser considerado como um dano por si só, ela é denominada neste estudo como dano chance.

A sua análise para com o resultado não é pela sua existência, mas para sua reparação. É o que se verifica, por exemplo, no julgamento proferido pelo Ministro Og Fernandes. Trata-se de um caso em que a paciente sofreu uma parada cardíaca e o seu marido entrou em contato com o serviço de emergência do Município. Contudo, houve um atendimento inadequado, pois, não havia ambulância disponível para o atendimento, uma vez que ela estava estragada. O procedimento adequado e esperado era que fosse requerido o deslocamento de outra ambulância existente e disponível o mais próximo possível da localidade. Como não ocorreu, a paciente teve que ser deslocada pelo seu próprio marido, amputado de uma mão e que, apesar de suas dificuldades físicas, foi obrigado a colocar a esposa em veículo de passeio, para levá-la ao pronto socorro mais próximo. Ao chegar no local, a paciente veio a óbito.

Não é possível atribuir a responsabilidade do óbito ao não atendimento, visto que outras concausas poderiam impedir a sobrevivência da paciente, ainda que a ambulância tivesse sido disponibilizada desde o início do atendimento, mas é possível verificar que a falha em não disponibilizar uma ambulância e com isso, atrasar o atendimento, retirou da paciente a chance de sobreviver que deveria ser reparada. Como não há certeza entre o dano final, a reparação foi arbitrada no percentual de 20% (vinte por cento) sobre os valores usuais de indenização por morte de ente querido da família, eis que

considerou a probabilidade (dano chance) e não o resultado óbito (dano final) (STJ, 2022, AgInt no AREsp n.º 2.000.983/SC).

Desta forma, como o dano final é aleatório (Rètif, 2008, p. 12), a reparação refere-se não ao que se esperava obter (seja pela vantagem esperada ou por obstar um prejuízo), mas às chances que existiam de conseguir essa vantagem, “ligada não à vida, mas à sobrevivência, não a perda de um processo, mas ao seu êxito e não a permanência de uma enfermidade, mas de sua cura” (Chabas, 1991, p. 132).

Portanto, é a “frustração de se experimentar uma oportunidade que pudesse levar a vítima a uma situação mais favorável” (Gaburri, 2008, p. 85) que será reparada. Por ser um dano específico, poderá ter consequências tanto patrimoniais, quanto extrapatrimoniais.

A chance como dano material corresponde à verba que, provavelmente, já integrava o patrimônio do autor quando da ocorrência da antijuridicidade que interrompeu o desencadeamento de fatos. Por isso, considera-se como dano emergente (Gualano, 2004, p. 128). Este posicionamento não é unânime, mas atualmente, é o mais adotado, diante da efetiva consequência da atualidade, uma vez que a probabilidade estava presente no patrimônio do ofendido quando da interrupção do desencadeamento de eventos e, por isso, presente o caráter da atualidade, não se tratando de verba que viria a ser agregada, como é o caso dos lucros cessantes.

Por outro lado, também poderá restar caracterizada a consequência moral, seja pela perda da chance de sobreviver, como no caso acima apontado, bem como pela frustração de não obter o resultado, pela indevida interferência do ofensor. Desde que a probabilidade esteja relacionada a lesão a um bem jurídico extrapatrimonial.

Esclarecidos os pontos sobre a chance reparável, passa-se a analisar sua aplicação em casos de responsabilidades de profissionais liberais, com ênfase aos advogados e médicos, por se referir ao maior âmbito de aplicação.

3 A APLICAÇÃO NA ATUAÇÃO DOS MÉDICOS E ADVOGADOS

Como a teoria da perda de uma chance é a probabilidade que não foi alcançada, em razão de uma interferência antijurídica que interrompeu um desencadeamento de fatos que acarretaria um resultado, tem-se duas hipóteses, quando sem a indevida interrupção alcançaria uma vantagem ou quando o objetivo era obstar um prejuízo.

O resultado esperado difere-se para os casos que são analisados no presente estudo e por isso, analisados separadamente abaixo, sob o olhar

da atuação dos profissionais liberais do direito (advogados) e da saúde (médicos).

Para compreensão da atuação destes casos, imperioso ressaltar que a responsabilidade dos profissionais liberais é analisada pelo viés da subjetividade, diante do que está previsto no art. 927 do Código Civil e do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor. Assim, necessária a caracterização do pressuposto da conduta culposa e voluntária, a existência do dano reparável (chance séria e real) e o nexo causal.

Além de se tratar de uma responsabilidade subjetiva, não se pode olvidar que apesar do cliente ou paciente esperar um resultado, a sua obtenção não depende da atuação dos profissionais (com a exceção da cirurgia estética). Com isso, o efeito esperado pode não ser alcançado e mesmo assim o profissional ser considerado como adimplente, pois se trata de uma obrigação denominada como de meios, isto é, o adimplemento obrigacional está limitado ao atuar de maneira diligente, com os meios existentes e disponíveis à época (Giostri, 2001, p. 102)⁵.

3.1. RESPONSABILIDADE ADVOCATÍCIA

Dentro da modalidade da frustração em obter uma vantagem esperada, tem-se a responsabilidade advocatícia, de maneira geral. É importante compreender que mesmo quando o indivíduo deseja afastar um prejuízo e por isso, é proposta uma demanda judicial, o objetivo da atuação do advogado é uma vantagem, ou seja, obter êxito, mesmo que o efeito deste seja, posteriormente, afastar um prejuízo. Como exemplo, cita-se a propositura de uma ação judicial que verse sobre o tema de saúde, eis que mesmo que o objetivo seja obstar um prejuízo, a propositura da ação tem o propósito de obter um medicamento ou um tratamento, isto é, um benefício esperado.

Por se tratar de obrigação de meio, a procedência ou improcedência do pedido, não pode ser atribuída ao patrono e, portanto, não se considera como ato antijurídico a imputar a responsabilidade, conseqüentemente, tal fato por si só não acarretará a responsabilização do profissional.

A antijuridicidade existirá se houver a atuação indevida, ou seja, de forma contrária aos interesses do cliente ou em descumprimento aos prazos processuais. Para a condenação é preciso avaliar o dano suportado

⁵ A divisão entre obrigação de meio e obrigação de resultado foi consagrada juridicamente pelo jurista René Demogue. Na obrigação de resultado, deve ser atingido o objetivo final, independentemente da conduta do pretense ofensor. Enquanto na obrigação de meio, deve restar demonstrado que foram adotadas todas as condutas para melhor desempenho do pactuado. Nas palavras de Giostri: "Em uma prestação obrigacional caracterizada por uma *obrigação de meio*,

pela vítima e causado por esta atuação (nexo causal). E neste ponto, repita-se, a improcedência ou procedência não pode ser imputada exclusivamente ao advogado, diante de possíveis concausas envolvidas. Conseqüentemente, será analisada qual era a probabilidade de êxito, se acaso tivesse ocorrido a adequada atuação advocatícia. Esta análise deverá ser realizada, a partir do momento processual em que o desencadeamento de fatos ocorria.

É tarefa difícil provar o êxito quando da propositura de uma demanda judicial, uma vez que se está no início do processo, sequer foi formado o contraditório, não existem os pontos controversos, não foram produzidas as provas e, conseqüentemente, trata-se de um momento em que a análise das probabilidades é mais incerta. Se o cliente não teria êxito, ainda que a atuação do advogado fosse impecável e brilhante, ou se não é possível avaliar qual seria a sua chance, trata-se de um caso de incerteza que não deverá ser reparado. Pois, não pode o advogado ser responsável em ressarcir algo que não seria recebido pelo cliente. STOCO entende que "admitir a possibilidade de o cliente obter reparação por perda de uma chance é o mesmo que aceitar ou presumir que essa chance de ver a ação julgada conduzirá, obrigatoriamente, a uma decisão favorável a ele" (Stoco, 2006, p. 549).

Portanto, sem a comprovação da certeza da probabilidade de êxito, não há o que se reparar, eis que é preciso que o dano chance deve ser certo. Tal probabilidade é tarefa difícil acaso esteja diante de uma ação inédita, em que realmente, não é possível precisar qual era a probabilidade de êxito. Mas, esta interpretação será diferente quando se trata de casos análogos.

Temas repetitivos e ações semelhantes que envolvam temas análogos, ainda que apenas uma mesma parte, torna possível prever o contraditório a ser formado, em comparação com as ações já propostas, bem como as próprias decisões judiciais. É que, de acordo com as regras atuais do Código de Processo Civil, busca-se uma uniformização da jurisprudência e com isso, é mais fácil avaliar a probabilidade do resultado.

É preciso, apenas, ressaltar que o cuidado e a atenção para os pontos que distinguem cada situação fática, vez que, por exemplo, o mesmo contrato bancário celebrado com uma única instituição financeira poderá ter diferenças para cada cliente, que podem alterar o resultado e, com isso, a certeza da chance perdida.

o devedor se comprometeria a empregar todos os meios apropriados para a obtenção de um determinado resultado sem, contudo, se vincular a obtê-lo. (...) Por outro lado, em uma prestação obrigacional, na qual estivesse inserida uma *obrigação de resultado*, o devedor se obrigaria - por determinado ato ou procedimento - a atingir um resultado preciso, adremente avençado entre as partes" (Giostri, 2001, p. 102)

Portanto, não se diz que antes da propositura da ação não se aplica a teoria da perda de uma chance, apenas que pode ser tarefa mais difícil a depender do tema em discussão, caso não tenha como prever a probabilidade de êxito.

E a responsabilidade do advogado pode resultar de outro momento processual, como no caso da não interposição de recurso. Nesta situação, há elementos no próprio processo que permitem avaliar qual seria o resultado ou a reforma da decisão. Há quem defenda que a não interposição de recurso, por si só, retira a chance do cliente em ter a sua causa julgada pela instância superior e neste caso, "Se a vitória não podia ser afirmada, também o insucesso não o podia" (DIAS, 2006, p. 426). Tal afirmação deve ser considerada com muita parcimônia, uma vez que não se pode retirar a certeza da probabilidade, especialmente, quando o advogado não tenha recorrido por saber da ausência de chances de reverter a decisão. Com isso, um advogado conhecedor da jurisprudência de um determinado Tribunal que opte por não recorrer não pode ser punido, mesmo que tenha falhado em não comunicar o cliente sobre esta decisão. Cabe aqui a frase acima mencionada de Stoco, se o cliente não receberia, não pode o advogado ser condenado a realizar tal pagamento.

Outra situação que pode ser exemplo de chance perdida para atuação advocatícia é quando da não apresentação dos meios de defesa adequados. Porque, neste caso, torna-se possível fazer o raciocínio das probabilidades que existiria acaso fosse realizada a correta defesa e quais seriam as probabilidades de êxito dos interesses do cliente. Neste sentido, tem-se o julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no acórdão de lavra da relatora Ministra Nancy Andrighi, que houve omissão dos advogados que, apesar de devidamente contratados, não realizaram qualquer atuação em defesa do seu cliente. A partir desta ausência de defesa ou manifestações em nome do cliente, apurou-se qual seria a probabilidade de sucesso se a atuação tivesse ocorrido diligentemente (STJ, 2022, REsp n.º 1.877.375/RS). Em consequência, os advogados foram condenados pela probabilidade perdida, acaso a defesa tivesse ocorrido adequadamente.

Estes são os exemplos mais comuns da atuação advocatícia da aplicação da teoria da perda de uma chance e a possibilidade de sua reparação, diante da configuração da certeza da probabilidade.

3.2. RESPONSABILIDADE MÉDICA

Para os casos da responsabilidade médica, o resultado pretendido, usualmente, é obstar um prejuízo, como por exemplo, quando um paciente busca um

médico para um tratamento e a cura de uma doença. A pretensão é que a patologia seja curada e extinta.

Atualmente, pouca é a resistência dos doutrinadores para aplicação da probabilidade perdida para casos médicos, especialmente, diante da consolidação dos conceitos e pressupostos para aplicação desta teoria e o posicionamento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, que entende ser "plenamente cabível, ainda que se trate de erro médico, acolher a teoria da perda de uma chance para reconhecer a obrigação de indenizar (...)" (STJ, 2015, AgRg no AREsp n.º 553.104/RS). E realmente, não há o que se opor na aplicação em responsabilidade médica, quando, por erro de diagnóstico ou de tratamento, a recuperação da doença preexistente se torna impossível e, assim, o ofendido perde a chance de cura ou de sobrevivência (Branco, 1996, p. 65).

Como ocorreu no caso em que a paciente foi submetida a uma mastectomia parcial ao ser diagnosticada com câncer, quando o correto tratamento seria a mastectomia radical e o tratamento de quimioterapia. Por ter ocorrido o inadequado tratamento, a paciente veio a óbito. Ao analisar o caso, a Ministra Nancy Andrighi entendeu que houve a frustração da cura da paciente, pois "fato é que a chance de viver lhe foi subtraída, e isso basta." (STJ, 2012, REsp n.º 1.254.141/PR).

A análise será verificada pelas probabilidades de cura que o paciente possuía antes da conduta culposa do médico, isto é, ao não adotar um tratamento adequado que apresentasse sérias chances de cura, com a consequência de impedir que a vítima pudesse ser curada (Anrys, 1974, p. 192). A probabilidade é analisada quando da intervenção médica, ou seja, quando o médico atendeu o paciente e as chances que existiam naquele momento.

A teoria da perda de uma chance não pode ser utilizada para afastar a responsabilidade médica. É que a análise dos percentuais de cura, por exemplo, apenas transfere o risco para o paciente (1996, p. 68), por isso, entende-se que em responsabilidade médica, dificilmente alcançará a causalidade de 100% (cem por cento) de cura. Portanto, acaso o paciente tinha oitenta por cento de chances de se recuperar, quando a conduta do médico reduziu tal chance a vinte por cento ou até mesmo a zero, a reparação é do prejuízo total, eis que o erro de diagnóstico ou de tratamento possui maior repercussão no resultado do que a própria doença preexistente (Aagaard, 1998, p. 01).

Com isso, só será utilizada a probabilidade e, consequentemente, diminuir a reparação, quando a probabilidade for menor que este percentual de 80% (oitenta por cento), caso contrário, estar-se-á

apenas beneficiando o profissional médico, eis que em toda a sua atuação, nunca seria responsabilizado⁶.

Dentro da atuação médica, percebe-se que a jurisprudência tem caminhado para aplicar cada vez mais em casos de sobrevida, que significa quando o paciente perdeu a chance de continuar a viver ou de ter um tratamento adequado, independentemente do resultado que seria alcançado. Estas foram as primeiras situações em que se iniciou a aplicação desta teoria na seara da saúde, tanto que era denominada como "la perte d'une Chance de survie", pois dizia respeito, exatamente, a interrupção da possibilidade de continuar a viver (Kfoury Neto, 2013, p. 75). Esta chance está "ligada não à vida, mas à sobrevivência, não a perda de um processo, mas ao seu êxito e não a permanência de uma enfermidade, mas de sua cura" (Chabas, 1991, p. 133).

A partir de 2012, existiu um movimento de aceitação e consagração desta teoria exatamente neste campo, em razão do julgamento, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, do Recurso Especial n.º 1.335.622/DF. Neste caso concreto, uma criança de oito meses de vida foi internada em um hospital, mas diante do seu quadro clínico, houve a recomendação para encaminhamento a outro local, com melhores recursos. Diante da ausência de condições financeiras dos genitores, foi recomendada a propositura de uma ação judicial para autorizar esta transferência, o que foi feito. Ao ser obtida a liminar para que a criança fosse encaminhada a outro nosocômio, o novo hospital negou a transferência e requereu cópia da decisão liminar. O médico responsável pelo tratamento da criança no primeiro estabelecimento, encaminhou pessoalmente a decisão judicial, mas, houve recusa, por se entender que era uma cópia da internet e não poderia ser aceita. Em razão do injustificado óbice, a criança foi mantida em ventilação em equipamento ultrapassado e veio a falecer.

Proposta ação de indenização pelos genitores, diante da gravidade do estado de saúde da paciente e pelo desrespeito a decisão judicial que havia autorizado e determinado o seu imediato internamento, o hospital foi condenado ao pagamento de indenização pela perda da chance de sobrevida, eis que restou comprovado que "caso o tratamento fosse realizado, poderia a filha dos autores ter tido a chance de, ao menos, sobreviver" (STJ, 2012, REsp n.º 1.335.622/DF).

Não restou demonstrada as chances de cura, mas sim as chances de sobrevida, ou seja, que o

tratamento postergaria a vida da menor. Assim, verifica-se que não se está a tratar de situações em que a probabilidade é analisada pelo afastamento total da doença até a total cura, mas sim da possibilidade de uma maior sobrevida, quer dizer, de mais tempo para que a pessoa possa viver.

A partir deste julgamento, percebe-se uma mudança de posicionamento e a possibilidade para reparar a probabilidade perdida que permitiria uma sobrevida ao paciente, independentemente da duração desta. Foi o que ocorreu no caso julgado, também, pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas (STJ, 2017, REsp n.º 1.677.083/SP), em que uma paciente que era acometida por leucemia sofreu tonturas, desmaiou e veio a óbito por traumatismo craniano. No caso, a descrição dos fatos revela que, por diversas vezes, a paciente esteve no hospital com sintomas que poderiam levar a crer da sua patologia, o que seria constatado por um simples hemograma completo. Não há certeza de que a queda foi ocasionada única e exclusivamente pela doença que lhe acometia, mas há certeza de que o melhor atendimento e verificação em tempo da sua doença teria evitado o mal maior. Por isso, entendeu-se que o erro de diagnóstico "retirou da paciente uma chance concreta e real de ter o mal que a afligia corretamente diagnosticado e de ter um tratamento adequado, ou seja, de obter uma vantagem".

Além dos casos já citados (como STJ, 2022, AgInt no AREsp n.º 2.000.983/SC), tem-se o julgamento proferido pela relatoria do Ministro Humberto Martins, no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 2.023.510/GO, no qual o paciente menor foi atendido em um hospital, mas constatada a necessidade de sua internação em uma Unidade de Tratamento Intensivo (UTI), inexistente no local da internação, foi determinada a sua transferência para outro nosocômio. Acontece que, o motorista da ambulância não foi localizado, o que acarretou a demora do ato. Este atraso para adoção dos procedimentos recomendados não foi a causa direta da morte do paciente, mas, foi constatada que contribuiu para a perda da chance de sobrevida. Do acórdão extrai-se o seguinte trecho: "A teoria da perda de uma chance está pacificada no âmbito do STJ e refere-se à possibilidade séria e real de êxito, e ampara a pretensão ressarcitória por uma conduta omissiva que, se praticada a contento, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima" (STJ, 2024, AgInt no AREsp

⁶ Sobre o tema, Como afirma Miguel Kfoury Neto: "O exercício da arte médica envolve os médicos em freqüentes riscos para combater as doenças. O resultado do tratamento não depende apenas de seus conhecimentos científicos e competência. Depende, igualmente, das características pessoais do doente, da eficácia dos medicamentos e de toda sorte de fatores imprevisíveis inerentes à atividade curativa. O dano

resultante do ato médico não é necessariamente decorrente de culpa médica. (...) Exigir dos médicos audácia e aceitação de riscos – e, ao mesmo tempo, na outra ponta, recusar o insucesso – significa condenar o médico a exercer sua profissão em clima de insegurança e aumentar seus riscos profissionais, que já não são pequenos". (Kfoury Neto, 2002, p. 102-103)

n.º 2.023.510/GO). Outro caso que teve a mesma conclusão foi relatado, também, pelo Ministro Humberto Martins, no Recurso Especial n.º 2.108.182/MG, no qual houve a aplicação da teoria da perda de uma chance, uma vez que após acidente ocorrido durante um evento automobilístico, houve a demora para o resgate do acidentado e entendeu-se que "existia chance séria e concreta de que a recorrida, se tivesse enviado a ambulância ao local do acidente de forma imediata, teria conseguido promover o resgate em menor tempo e prestar assistência médica, aumentando significativamente as chances de sobrevivência do piloto (marido da recorrente)" (STJ, 2024, REsp n.º 2.108.182/MG).

Portanto, desde 2012, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça tem não apenas aplicado a teoria da perda de uma chance nas probabilidades de tratamentos e curas, mas pela própria perda da oportunidade de sobrevivência, que significa o não atendimento adequado no momento oportuno.

4 À GUIA DE UMA CONCLUSÃO

A teoria da perda de uma chance aplicada no Brasil desde a década de 1990, ainda é objeto de discussões entre doutrinadores e julgadores, o que foi impulsionado diante da previsão legal na proposta de reforma do Código Civil. Por isso, trata-se de tema que deve ser sempre revisitado para que sejam discutidos e esclarecidos os seus pontos principais.

Não se trata de uma digressão dos pressupostos da responsabilidade civil, eis que deve restar presente a antijuridicidade (culpa em responsabilidade subjetiva e o risco ou previsão legal em responsabilidade objetiva), assim como o dano e nexa causal. Acontece que o dano a ser reparado não é o resultado suportado pela vítima, eis que as concausas a ele relacionadas impedem tal reparação, mas sim a chance perdida.

Essa chance é analisada a partir do desencadeamento de fatos que, acaso seguisse o seu curso natural, alcançaria um resultado, seja por uma vantagem esperada, seja por obstar um prejuízo. Contudo, não foi possível obter, em razão da interferência injustificada e antijurídica do ofensor. Com isso, será verificada qual era a probabilidade de êxito existente quando desta interferência e essa é a chance perdida, portanto, o dano chance a ser reparado.

A causalidade, com isso, é avaliada, entre a antijuridicidade e chance perdida (dano chance) e não o resultado integral suportado pela vítima ou seus familiares (dano final). Por tal análise, entende-se que o dano é autônomo e com isso, não necessita da análise do resultado ou aguardar a avaliação que ele seja concretizado.

Como há as duas hipóteses sobre o resultado, foram analisados os casos de responsabilidade advocatícia e médica, pois o primeiro representa a vantagem esperada e o segundo, o obstar o prejuízo.

No caso da atuação advocatícia, constatou-se que os momentos processuais podem facilitar ou dificultar a avaliação da probabilidade. Mas, esta deve ser sempre certa para que exista reparação, a fim de impedir que um profissional seja condenado a reparar um prejuízo que não deu causa. Norteia esta avaliação, a interpretação da vantagem que seria obtida ao cliente se a atuação do advogado tivesse sido brilhante e impecável. Acaso não seja possível avaliar qual a probabilidade de êxito, não haverá chance a ser reparada.

Por sua vez, na atuação médica é casos de avaliar que o resultado esperado seria obstar um prejuízo, na maioria das vezes, por isso, é preciso analisar qual era a probabilidade quando da conduta culposa do profissional médico. Pela avaliação jurisprudencial, verificou-se que atualmente, a reparação por chances tem sido utilizada mesmo quando não há uma probabilidade entre a chance de cura, mas sim a probabilidade de um melhor tratamento.

Os julgados da última década têm se desenvolvido no sentido da reparação da chance de sobrevivência, isto é, a probabilidade de tratamento que aumentaria as chances de vida, não necessariamente de cura do paciente. Isso tem se mostrado necessário e eficaz para proteção da vítima e com isso, a melhor aplicação da dignidade da pessoa humana.

Por este estudo e a avaliação jurisprudencial, é possível afirmar que a teoria da perda de uma chance foi criada pela jurisprudência e nela encontra o seu desenvolvimento, por meio da interpretação e adequação aos casos concretos, com vistas a melhor proteção da vítima e sempre, dentro dos conceitos e pressupostos da responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AAGAARD, Todd S. Identifying and valuing the injury in lost chance cases. *Michigan Law Review*, n.96, review 1335, p. 1.335-1.361, 1998.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos tribunais*, São Paulo: RT, v. 718, p. 33-53, 1995.

ANRYS, Henri. *La responsabilité civile médicale*. Bruxelas: Maison Ferdinand Larcier, 1974.

BÉNABENT, Alain. *Droit Civil: Les obligations*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1997.

BENUCCI, Eduardo Bonasi. La responsabilidad civil. Traducción Juan V. Fuentes Lojo e José Peré Raluy. Barcelo: José M^a Bosch, 1958.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. Revista dos tribunais, São Paulo: RT v. 733, p. 53-75, 1996.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 5. ed., rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003.

CHABAS, François. La perte d'une chance em droit français. In: GUILLOD, Olivier (Ed.). Développements recents du droit de la responsabilité civile. Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991.

CHABAS, François. Responsabilité civile et responsabilité penale. Paris: Editions Montchrestien, 1975.

CHARTIER, Yves. La réparation du préjudice: dans la responsabilité civile. Paris: Dalloz, 1983.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 217-234, 1997.

AGUIAR DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11. ed. ver., atual. de acordo com o Código Civil de 2002. aument. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. Revista trimestral de direito civil. Rio de Janeiro: Padma, v.5, p. 101-116, 2001.

GONDIM, Glenda Gonçalves. A reparação civil na teoria da perda de uma chance. São Paulo: Clássica, 2013.

GABURRI, Fernando. Dano material. In: HIRONAKA, Giselda M.F. Novaes (Orient.) e ARAÚJO, Vaneska Donato de (Coord.). Direito civil: responsabilidade civil. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GUALANO, Tommaso. Perdita di chance. In: VETOORI, Giuseppe (Org.). Il danno risarcibile. v. 1. Milão: CEDAM, p. 121-190, 2004.

JOURDAIN, Patrice. Responsabilité civile. Revue Trimestrielle de droit civil. Paris: Sirey, n. 1, 1992.

KFOURI NETO, Miguel. Culpa médica e ônus da prova. São Paulo: RT, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MÈMETEAU, Gerard. Le droit médical. Paris: Litec, 1985. (Collection Jurisprudence française).

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. Ressarcimento de danos: pessoais e materiais. 7. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil, 2.ed., rev. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SAVATIER, René. Traité de la responsabilité civile en droit français. Paris: L.G.D.J., 1939. t.1.

SILVA, Rafael Peteffi. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2007.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil do advogado à luz das recentes alterações legislativas. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade: responsabilidade civil. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RÉTIF, Samuel. Conditions de la responsabilité délictuelle. Responsabilité civile et assurances. Juris classeur, Paris: JCP, n.5. 2008

7. Referências jurisprudenciais

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4^a Turma). Recurso Especial n.º 788.459. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 08 de novembro de 2005. Disponível em: www.stj.gov.br Acesso em: 25 de maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4^a Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 553.104/RS. Relator Ministro Marco Buzzi. Julgamento em 01 de dezembro de 2015. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 07 de dezembro de 2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3^a Turma). Recurso especial n.º 1.254.141/PR. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 04 de dezembro de 2012. Publicado no Diário da Justiça eletrônico

em 20 de fevereiro de 2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial n.º 1.335.622/DF. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 18 de dezembro de 2012. Publicado no Diário da Justiça eletrônico de 27 de fevereiro de 2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 25 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial n.º 1.677.083/SP. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 14 de novembro de 2017. Publicado no Diário da Justiça eletrônico de 20 de novembro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso especial n.º 1.877.375/RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 08 de março de 2022. Publicado no Diário da Justiça eletrônico de 15 de março de 2022. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 25 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 2.000.983/SC. Relator Ministro Og Fernandes. Julgamento em 02 de agosto de 2022. Publicado no Diário da Justiça eletrônico de 09 de agosto de 2022. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 25 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 2.023.510/GO. Relator Ministro Humberto Martins. Julgamento em 26 de fevereiro de 2024. Publicado no Diário da Justiça eletrônico de 29 de fevereiro de 2024. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 20 jun. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 589069996. Quinta Câmara Cível. Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgamento: 12 de junho de 1990. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2024.

A (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA INTEGRALIZADO A UMA HOLDING



Rita Vasconcelos¹

A impenhorabilidade do bem de família exige ainda muita reflexão, seja em razão da complexidade que envolve o direito fundamental à moradia, seja em decorrência das constantes transformações no perfil do organismo familiar. Entre tantos temas ainda

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Professora Titular da PUCPR e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniBrasil. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Membro do Instituto Paranaense de Direito Processual - IPDP. Membro do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. Advogada. E-mail: rita@vasconcelosadvocacia.adv.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1638558833524445>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0514-0662> vinculação: PUCPR.

controvertidos, este estudo se dedica à análise da incidência da impenhorabilidade legal do bem de família no contexto da instituição das holdings familiares. O objeto da pesquisa é saber se, na hipótese de o imóvel residencial ser integralizado a uma holding, passando à titularidade da pessoa jurídica, continuaria ou não a ser protegido pelo benefício da impenhorabilidade legal. Apesar de haver decisão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a respeito, a questão não está pacificada. Verifica-se, assim, a relevância do estudo sobre a (im)penhorabilidade do bem de família integralizado a uma holding, pois a extensão da proteção à moradia da família continua suscitando discussão, e o Direito precisa de atualização constante.

Palavras-chave: impenhorabilidade; bem de família; holding.

INTRODUÇÃO

A impenhorabilidade legal do imóvel residencial da família e dos bens que o guarnecem existe, no ordenamento jurídico brasileiro, desde 1990, mas até hoje se discutem questões relativas ao sentido e ao alcance da lei que a introduziu. Ao conferir proteção ao devedor e à sua família, a Lei 8.009/90 ampliou consideravelmente a abrangência do bem de família disciplinado no Código Civil - condicionado à iniciativa do instituidor -, pois instituiu a impenhorabilidade do bem de família por norma de ordem pública, de caráter imperativo.

O bem de família descrito na Lei 8.009/90 é o imóvel residencial urbano ou rural - e/ou móveis que o guarnecem - do casal ou da entidade familiar, impenhoráveis por determinação legal. O instituidor do bem de família, aqui, é o próprio Estado, pois resguarda a moradia (CF, art. 6º) por norma de ordem pública, conferindo proteção ao devedor e aos seus familiares.

A impenhorabilidade do bem de família exige ainda muita reflexão, seja em razão da complexidade que envolve o direito fundamental à moradia, seja em decorrência das constantes transformações no perfil do organismo familiar. A evolução do conceito de família e os modelos de entidade familiar que surgem com as transformações sociais desafiam o intérprete a, muitas vezes se afastando do texto da lei, buscar no sistema jurídico a real extensão do instituto e o verdadeiro alcance do benefício da impenhorabilidade instituída pela Lei 8.009/90.

Entre as questões mais debatidas em torno da Lei 8.009/90, já esteve a que diz respeito ao alcance da expressão entidade familiar, a fim de identificarem-se os beneficiários da impenhorabilidade legalmente instituída. A autora deste texto já defendeu, em obra sobre o tema (VASCONCELOS, 2015), que não havia como sustentar uma interpretação restritiva do disposto no art. 1º da Lei 8.009/90 - no tocante ao conceito de entidade familiar -, uma vez que não se poderia admitir um Direito dissociado da realidade social, que ignorasse os novos modelos familiares. Seria necessário estruturar a reflexão sobre a impenhorabilidade do bem de família a partir dos princípios constitucionais, dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, ressaltando-se a importância do papel do intérprete na busca de soluções que atendam à finalidade da lei, sem abandonar os valores que informam todo o ordenamento jurídico. A jurisprudência brasileira felizmente se firmou no sentido da interpretação constitucional, e o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a impenhorabilidade legal se estende às pessoas solteiras, separadas ou viúvas (Súmula 364). Foi um grande avanço, mas não o bastante para que se deixe de refletir sobre a abrangência do benefício instituído pela Lei 8.009/90. Novas questões surgiram desde então, e para que o Direito desempenhe

a contento sua função de instrumento da ordem social, deverá corresponder às mudanças sociais e acompanhá-las.

Para bem aplicar a impenhorabilidade legal do bem de família, deve-se compreender que, além de não poder estipular o modo pelo qual a família se constitui, a lei não esgotará as formas de concretização do benefício. Entre tantos temas ainda controvertidos, optou-se por dedicar este estudo à análise da incidência da impenhorabilidade legal do bem de família no contexto de uma das formas de planejamento sucessório pela via societária, qual seja, a instituição das holdings familiares.

A questão é saber se, na hipótese de o imóvel residencial que abriga a entidade familiar ser integralizado a uma holding, passando, portanto, à titularidade da pessoa jurídica, continuaria ou não este imóvel a ser protegido pelo benefício da impenhorabilidade legal. O Superior Tribunal de Justiça enfrentou o tema no julgamento do Recurso Especial nº 1.514.567/SP (Quarta Turma, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 14/3/2023, DJe 24/4/2023). Reformando-se a decisão do TJSP, entendeu-se pela necessidade de apuração da circunstância de os sócios, efetivamente, residirem no imóvel. Confirmada tal circunstância, seria possível reconhecer o imóvel como bem de família, ainda que de propriedade da sociedade e não dos sócios.

A referida decisão, contudo, não pacifica a discussão, pois enfrentou situação peculiar, qual seja, a holding possuir, em seu ativo, unicamente um imóvel que servia de moradia aos sócios, fazendo com que a penhora das quotas levasse à penhora do bem de família. Verifica-se, assim, a relevância do estudo sobre a (im)penhorabilidade do bem de família integralizado a uma holding, pois a extensão da proteção à moradia da família continua suscitando discussão, e o Direito precisa de atualização constante.

Num primeiro momento, serão tecidas considerações sobre o campo de incidência da impenhorabilidade legal do bem de família, analisando-se a extensão da expressão 'imóvel próprio' contida no art. 1º da Lei 8.009/90. Será abordado, também, o crescimento da utilização das holdings familiares como forma de planejamento sucessório e os impactos da opção por essa via societária na proteção do bem de família. Ao final, serão tecidas considerações sobre a impenhorabilidade do bem de família integralizado a uma holding familiar, mencionando-se o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica e as implicações do que se tem denominado 'desconsideração positiva da personalidade jurídica'. Os temas serão abordados prioritariamente à luz da mais recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

1 O IMÓVEL RESIDENCIAL PRÓPRIO E O CAMPO DE INCIDÊNCIA DA IMPENHORABILIDADE LEGAL.

O conteúdo da Lei 8.009/90 pode ser traduzido, em resumo, no disposto em seu art. 1º, caput, segundo o qual “o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam”, salvo nas hipóteses previstas na própria lei.

Sobre a definição do imóvel próprio, inicialmente se observa que o objeto da impenhorabilidade legal, tal como definido na Lei 8.009/90, pode consistir, em tese, tanto na mais simples quanto na mais luxuosa residência, visto que a lei não faz qualquer menção à área ou à localização do imóvel, tratando do assunto com uma injustificável generalidade (STJ - Jurisprudência em Teses 203 - Tese 4: A impenhorabilidade do bem de família da Lei n. 8.009/1990 remanesce ainda que se trate de imóvel de alto padrão ou de luxo, independentemente do seu valor econômico).

Sem que se deixe de reconhecer a importância do instituto do bem de família, que vem garantir a dignidade da pessoa humana, o patrimônio mínimo e o direito à moradia, a generalidade no tocante à definição do imóvel próprio a que alude a Lei 8.009/90 sempre foi alvo de críticas, na doutrina. Para Frederico dos Santos Messias, ainda que se devam interpretar restritivamente as exceções legais, deve-se considerar penhorável o imóvel residencial luxuoso, privilegiando-se o legítimo direito do credor, pois o instituto do bem de família “não se coaduna com a má-fé, ou seja, com a sua utilização desvirtuada para fins de blindagem patrimonial” (2023, p. 427).

É oportuno mencionar que no Anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), além de revogarem-se as disposições relativas ao bem de família voluntário (passando a prever a impenhorabilidade da “casa de morada onde habitam o devedor e sua família, se única em seu patrimônio”), está prevista a intangibilidade por ato de excussão do credor - salvo para cumprimento de obrigação alimentar - “o patrimônio mínimo existencial da pessoa, da família e da pequena empresa familiar”. No tocante aos imóveis luxuosos, ou de alto padrão, a disciplina proposta é a da penhorabilidade até a metade do valor da “casa de morada”, mantendo-se a impenhorabilidade sobre a outra metade, “considerado o valor do preço de mercado do bem, a favor do devedor executado e de sua família”. Seguem os termos dos artigos 391 e 391-A do Anteprojeto:

“Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações, respondem todos os bens do devedor, suscetíveis de penhora.

Art. 391-A. Salvo para cumprimento de obrigação alimentar, o patrimônio mínimo existencial da pessoa, da família e da pequena empresa familiar é intangível por ato de excussão do credor. § 1º Além do salário-mínimo, a qualquer título recebido, bem como dos valores que a pessoa recebe do Estado, para os fins de assistência social, considera-se, também, patrimônio mínimo, garantido por bens impenhoráveis:

I - a casa de morada onde habitam o devedor e sua família, se única em seu patrimônio;

II - o módulo rural, único do patrimônio do devedor, onde vive e produz com a família;

III - a sede da pequena empresa familiar, garantida pelos bens que a lei processual considera como impenhoráveis, se coincidir com o único local de morada do devedor ou de sua família; (...)

§ 3º A casa de morada de alto padrão pode vir a ser executada pelo credor, até a metade de seu valor, remanescendo a impenhorabilidade sobre a outra metade, considerado o valor do preço de mercado do bem, a favor do devedor executado e de sua família.”

A inexistência de critérios seguros para definir o imóvel residencial impenhorável fez com que a jurisprudência evoluísse no sentido de admitir o desmembramento do imóvel tido como residencial familiar, aplicando-se analogicamente o § 2º do art. 4º da Lei 8.009/90, a fim de que a impenhorabilidade recaia somente sobre a área indispensável à fixação da residência, quando esta comportar individualização (STJ - Jurisprudência em Teses 200 - Tese 5: É possível a penhora de fração ideal de bem protegido pela Lei n. 8.009/1990, desde que o desmembramento não descaracterize o imóvel; STJ - Jurisprudência em Teses 200 - Tese 6: É possível mitigar a proteção legal

conferida ao bem de família quando o imóvel possuir frações com destinações distintas e separadas uma da outra, permitida a penhora da fração de uso comercial; STJ - Jurisprudência em Teses 200 - Tese 7: É possível a penhora de imóvel contíguo ao bem de família, que possua matrícula própria no Registro de Imóveis, sem que se viole o parágrafo único do art. 1º da Lei do Bem de Família).

Esse entendimento vai ao encontro da ressalva contida no rol dos bens impenhoráveis, no Código de Processo Civil, no sentido de não se considerarem impenhoráveis os móveis de elevado valor ou que "ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida" (art. 833, II). Trata-se de se respeitar o "equilíbrio entre o sustento do executado e a satisfação do crédito do exequente" (Oliveira Neto; Prado, 2022, p. 666-667). A esse respeito, Sidnei Amendoeira Junior afirma que o médio padrão de vida é "conceito vago que será interpretado pelo juiz, caso a caso, levando em conta (...) as características da comarca" (2021, p. 720).

No tocante à titularidade do bem, a despeito da caracterização como bem de família, o imóvel continua pertencendo ao seu respectivo titular, e não propriamente à família, que não é ente dotado de personalidade jurídica, tampouco se estabelece um condomínio com divisão de quotas do imóvel entre os membros da família (pereira, 2022, p. 799). Importa, sim, a destinação do bem à moradia. E não apenas a propriedade é protegida pela impenhorabilidade legal, mas também a posse. Ainda que a penhora deva incidir sobre bens de propriedade do executado, é possível que, diante da aparência de domínio, a penhora recaia sobre a posse do devedor sobre o bem. Mesmo nesses casos, a finalidade social da Lei 8.009/90 admite sua aplicação para proteger a moradia do devedor e de sua família. A expressão "imóvel residencial próprio", vale dizer, compreende também o imóvel que está sendo adquirido, desde que incontroverso o compromisso de compra e venda.

Em interpretação flexível do caput do art. 1º da Lei 8.009/90, precisamente no tocante ao que se deve entender por imóvel residencial próprio, a jurisprudência se firmou no sentido de que a impenhorabilidade poderá incidir sobre o imóvel destinado à moradia da família, mesmo que o devedor lá não resida (STJ - Jurisprudência em Teses 44 - Tese 2: Os integrantes da entidade familiar residentes no imóvel protegido pela Lei n. 8.009/90 possuem legitimidade para se insurgirem contra a penhora do bem de família).

Ainda sobre a definição do imóvel próprio, observe-se que o benefício da impenhorabilidade legal pode ser pleiteado pelo devedor quando a penhora incidir sobre o seu quinhão do imóvel indivisível, em condomínio (mencione-se, nesse aspecto, a regra do art. 843, § 1º, do

CPC). Também os familiares do devedor, na hipótese de propriedade condominial (frequentemente adquirida por sucessão), desde que residam no bem atingido pela constrição e se não figurarem como coexecutados, podem arguir a impenhorabilidade do bem de família por meio de embargos de terceiro (CPC, art. 674).

Nos casos em que os demais condôminos não integram a família do devedor, deve ser admitida a penhora do quinhão pertencente ao executado, sem que as outras quotas sejam atingidas. E, se indivisível o bem, o coproprietário que não teve sua fração ideal atingida pela constrição, deve ser cientificado da alienação judicial, na ação executiva, com pelo menos cinco dias de antecedência (CPC, art. 889, II). Isto para que possa, se assim quiser, exercer o seu direito de preferência na arrematação (CPC, art. 843, § 1º).

Outra consideração importante - e pertinente ao objeto deste estudo -, é a de que o benefício da impenhorabilidade legal se dirige às pessoas naturais. O instituto do bem de família, a princípio, não foi concebido para beneficiar pessoas jurídicas, que podem - desde a instituição da proteção legal ao bem de família - ser beneficiadas de forma indireta, quando do reconhecimento da impenhorabilidade arguida pelo sócio, quanto ao bem de sua propriedade.

Tem-se admitido, no entanto, por construção doutrinária e jurisprudencial - que o Anteprojeto de Lei para revisão e atualização do Código Civil pode tornar disposição legal, como acima mencionado -, que a impenhorabilidade seja reconhecida em favor do empresário individual, bem como em favor de pequenas empresas de caráter essencialmente familiar, com sede muitas vezes na própria moradia dos sócios, integrantes da família (FACHIN, 2006, p. 144-145). Isto porque, numa verdadeira confusão de patrimônios, há casos em que, não havendo bens da empresa, são os bens dos membros da família que respondem pelas obrigações por ela contraídas.

A relação entre bem de família e pessoa jurídica tem assumido feições mais complexas, que vão além de se proteger a sede da pequena empresa familiar se esta coincidir com o único local de morada do devedor ou de sua família, levando o Judiciário a buscar soluções adequadas, para situações diversas, que preservem a finalidade social da impenhorabilidade instituída pela Lei 8.009/90.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, relacionando-se bem de família e pessoa jurídica, a jurisprudência se consolidou nos sentidos que a seguir se enumeram: "É impenhorável o bem de família pertencente a sociedade empresária de pequeno porte oferecido como caução em contrato de locação e utilizado como moradia de sócio ou de sua família" (STJ - Jurisprudência em Teses 201 - Tese 3); "É penhorável o

bem de família quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, logo cabe aos proprietários o ônus de demonstrar que a família não se beneficiou dos valores auferidos" (STJ - Jurisprudência em Teses 201 - Tese 4); "É impenhorável o bem de família dado em garantia real por um dos sócios da pessoa jurídica devedora, cabe ao credor o ônus de provar que o proveito se reverteu à entidade familiar" (STJ - Jurisprudência em Teses 201 - Tese 5); "A desconsideração da personalidade jurídica, por si só, não afasta a impenhorabilidade do bem de família, ressalvadas as exceções previstas na Lei n. 8.009/1990" (STJ - Jurisprudência em Teses 201 - Tese 6).

Mas há, ainda, muitos desafios a serem enfrentados pelo Judiciário envolvendo bem de família e pessoa jurídica. Passa-se, então, à análise da incidência da impenhorabilidade legal do bem de família integralizado a uma holding familiar, sendo esta modalidade societária cada vez mais frequente como forma de planejamento sucessório. Na hipótese de o imóvel residencial que abriga a entidade familiar ser integralizado a uma holding, passando, portanto, à titularidade da pessoa jurídica, indaga-se se dito imóvel manteria ou não a intangibilidade por ato de excussão do credor.

2 A DISPONIBILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA E A HOLDING FAMILIAR COMO FORMA DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO.

Há entendimento predominante, na doutrina e na jurisprudência, no sentido de que não se pode renunciar ao benefício da impenhorabilidade legal do bem de família, mas o titular pode livremente dele dispor. Na doutrina há quem sustente a possibilidade de renúncia, inclusive por meio de negócios jurídicos processuais (MAIDAME, 2022, p. 529-530). Na jurisprudência, tem-se considerado nula cláusula contratual que afasta a incidência da impenhorabilidade, pelo interesse público envolvido na proteção do bem de família, sendo o benefício legal, por essa razão, irrenunciável ["A impenhorabilidade do bem de família é questão de ordem pública, razão pela qual não admite renúncia pelo titular" (STJ - Jurisprudência em Teses 44 - Tese 17)].

Admite-se, no entanto, que o titular do imóvel residencial dele disponha, e até mesmo o ofereça como garantia real. Trata-se, neste caso, da exceção prevista no inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90, segundo o qual a impenhorabilidade do bem de família não poderá ser arguida "na execução de hipoteca sobre o imóvel residencial oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar". Esta exceção ao benefício da impenhorabilidade legal deixa claro que os bens impenhoráveis não são necessariamente inalienáveis, podendo o titular deles dispor, apresentando-se

penhorável em face do credor hipotecário o imóvel residencial oferecido como garantia real.

Enfatize-se que o imóvel residencial oferecido como garantia real apresenta-se penhorável tão somente em face do credor hipotecário. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em relação ao bem de família oferecido como garantia real, a jurisprudência se consolidou nos sentidos que a seguir se enumeram: "Tratando-se de execução proposta por credor diverso daquele em favor do qual fora outorgada a hipoteca, é inadmissível a penhora do bem imóvel destinado à residência do devedor e de sua família, pois não incide a regra excepcional do art. 3º, V, da Lei n. 8.009/1990" (STJ - Jurisprudência em Teses 204 - Tese 5); "A ausência de averbação da hipoteca no cartório de registros de imóveis, por si só, não afasta a exceção à regra de impenhorabilidade prevista no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/1990" (STJ - Jurisprudência em Teses 204 - Tese 4); "A impenhorabilidade do bem de família hipotecado não pode ser oposta nos casos em que a dívida garantida se reverteu em proveito da entidade familiar" (STJ - Jurisprudência em Teses 44 - Tese 12); "É válido acordo judicial homologado no qual devedor oferta bem de família como garantia de dívida, portanto a posterior alegação de impenhorabilidade do imóvel prevista na Lei n. 8.009/1990 contraria a boa-fé e a eticidade" (STJ - Jurisprudência em Teses 200 - Tese 8).

Além de ser possível oferecer o imóvel residencial em hipoteca ou alienação fiduciária para garantia de dívida, o bem de titularidade da pessoa natural pode ser voluntariamente transferido ao patrimônio da pessoa jurídica para, por exemplo, integralização da quota do sócio no capital da sociedade. Pode haver, assim, livre disposição capaz de afastar a caracterização do imóvel como bem de família.

Há casos em que a situação pode assumir especial complexidade, porque a finalidade da disposição do imóvel residencial não seria, simplesmente, fazê-lo integrar o capital da sociedade. A movimentação societária pode ter, como principal finalidade, o planejamento sucessório, situação em que os integrantes da pessoa jurídica nem sempre se dão conta de que o imóvel poderia, em tese, perder a condição de bem de família.

Não está entre os objetivos deste estudo apresentar e discutir o conceito de holding no direito societário. Mas é inegável que, a despeito de possíveis impropriedades conceituais, tem crescido nos últimos anos a adoção dessa modalidade societária, que se tem denominado holding familiar, como forma de planejar a sucessão patrimonial.

As holdings familiares têm sido constituídas para gerenciar bens que integram o patrimônio familiar - incluindo bens imóveis -, preservando esse patrimônio para os sucessores integrantes da pessoa jurídica e,

em alguns casos, reduzindo a carga tributária quando aberta a sucessão dos titulares desses bens. Algumas vezes o objetivo é facilitar o processo sucessório, evitando-se a complexidade que envolve a divisão patrimonial no longo e oneroso procedimento de inventário.

Com a constituição de uma holding familiar, integralizando-se o patrimônio familiar no capital social de uma pessoa jurídica, a sucessão pode se dar, por exemplo, por meio de doação de quotas sociais da pessoa jurídica aos herdeiros e sucessores, mantendo-se o controle patrimonial mediante disposições sobre a administração da sociedade e mesmo a instituição de usufruto (sendo os herdeiros e sucessores nuproprietários). É possível, ainda, preservar o patrimônio familiar gravando as quotas sociais doadas com cláusulas restritivas, como, exemplificativamente, as de inalienabilidade, de impenhorabilidade, de incomunicabilidade e de reversão. Por várias razões, embora não se afastem a incidência tributária e os custos de manutenção de uma pessoa jurídica, respeitadas as peculiaridades de cada situação, pode ser desejável que a sucessão seja regulada por regras próprias do direito empresarial.

O que não se pode perder de vista é a eventual possibilidade de o planejamento sucessório mediante a constituição de uma holding familiar fazer com que o imóvel residencial que abriga a entidade familiar, integralizado no capital da sociedade, venha a perder a condição de bem de família. O Superior Tribunal de Justiça enfrentou o tema no julgamento do Recurso Especial nº 1.514.567/SP (Quarta Turma, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 14/3/2023, DJe 24/4/2023), cujo acórdão se passa a analisar, em que se entendeu relevantíssima a verificação da boa-fé dos sócios integrantes da empresa familiar.

3 A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA INTEGRALIZADO A UMA HOLDING FAMILIAR.

Nos tópicos anteriores abordou-se a complexidade que envolve a caracterização, como bem de família, de imóvel residencial que passa a integrar o patrimônio de pessoa jurídica. E a questão não se torna menos complexa pelo fato de a empresa constituir-se em uma holding familiar, criada como forma de planejamento sucessório. Isto porque, mesmo havendo exceções consolidadas no âmbito da doutrina e da jurisprudência, a interpretação literal do art. 1º, caput, da Lei 8.009/90, indica que o benefício da impenhorabilidade legal se dirige às pessoas naturais, não tendo sido concebido para beneficiar pessoas jurídicas.

Como anteriormente mencionado, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.514.567/SP (Quarta Turma, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 14/3/2023, DJe 24/4/2023), enfrentou o

tema e adotou solução que envolve a análise de dois pontos cruciais: a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, e a desconsideração da personalidade jurídica para beneficiar o devedor de boa-fé.

O caso levado a julgamento envolve a incidência ou não do benefício da impenhorabilidade legal do bem de família em imóvel que, mesmo integrando o patrimônio de pessoa jurídica, seria usado como moradia dos sócios.

Resumidíssimamente, no juízo de primeiro grau houve requerimento e efetivação de penhora de quotas sociais de uma empresa de administração de imóveis próprios, tendo havido impugnação ao cumprimento de sentença em que se alegou, entre outras questões, que o único ativo da sociedade era um imóvel destinado há mais de vinte anos à moradia dos devedores. A penhora foi mantida e as quotas sociais adjudicadas pela credora. Em sede de agravo de instrumento o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a expropriação, ao fundamento de que o imóvel não pertencia às pessoas naturais, mas, sim, à pessoa jurídica, sendo inaplicáveis as disposições da Lei 8.009/90.

No recurso especial, a parte devedora, além de alegar dissídio jurisprudencial, arguiu a violação ao art. 1º da Lei 8.009/90, por ser admissível se considerar bem de família o imóvel de propriedade da pessoa jurídica, que serve como moradia dos seus únicos sócios. O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial e determinou o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça de São Paulo, para que se possa constatar, em instrução probatória, se os sócios devedores realmente residem no imóvel atingido pela constrição patrimonial. Ao assim decidir, o STJ, como se referiu linhas acima, sopesou dois fundamentos relevantíssimos para a solução do conflito. O primeiro deles, consiste na reconhecida autonomia patrimonial das pessoas jurídicas. O segundo, na possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica para beneficiar o devedor de boa-fé.

Sob a ótica da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, unicamente, certamente não haveria que se falar em incidência da proteção legal ao bem de família. E não apenas porque o benefício da impenhorabilidade legal se dirige às pessoas naturais, e não, a priori, às pessoas jurídicas. Haveria de se considerar o conjunto de regras que, reforçando a premissa de que há personalidades jurídicas distintas, regulam a responsabilidade patrimonial dos sócios e das sociedades.

As regras relativas à responsabilidade patrimonial (CPC, art. 789) são isonômicas na medida em que protegem tanto os bens dos sócios em relação às dívidas da sociedade, quanto os bens desta em relação a dívidas daqueles. O Código de Processo Civil, no art. 795, caput e § 1º, estabelece que "os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade,

senão nos casos previstos em lei", e que "o sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade." A regra está em consonância com a do art. 1.024 do Código Civil, segundo a qual "os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais". A autonomia patrimonial das sociedades está, ainda, claramente evidenciada no art. 49-A do Código Civil, introduzido pela Lei nº 13.874, de 2019, que no caput e no parágrafo único, respectivamente, assim dispõe: "A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores"; "autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos".

Tendo presente a autonomia patrimonial das sociedades, e considerando que o bem de família é legalmente protegido, mas não impede que seu titular dele livremente disponha, o Ministro Raul Araújo, no acórdão que ora se analisa, assim ponderou:

"É preciso compreender que a edição da Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família se deu exatamente em razão da percepção de que o empresário, premido por dificuldades financeiras próprias da realidade empresarial, se via forçado a lançar mão do único bem imóvel residencial da família para ofertá-lo como garantia de empréstimos sociais. (...) é preciso compreender que a Lei institui a regra de impenhorabilidade do bem de família justamente porque o empresário tende a expor esse bem da família aos riscos de seu negócio. Não porque aja de má-fé, mas porque atua pressionado pelas circunstâncias, pelas necessidades da empresa, num momento de verdadeiro desespero em que busca a obtenção de crédito para evitar a quebra, a falência".

Tais ponderações permitem concluir que a Lei 8.009/90, que vem concretizar a garantia constitucional à moradia (CF, art. 6º), também alcança imóveis que passaram à titularidade de uma pessoa jurídica, desde

que neles estejam residindo os sócios e sua família. Certamente esse entendimento, como bem pontuou o Ministro Raul Araújo no trecho do acórdão, acima transcrito, só se mantém se constatada a boa-fé dos devedores. Tanto é assim que, no julgamento do caso em exame, pontuou-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser penhorável o imóvel que serve de residência à família, se constituído como bem de família em fraude à execução (REsp 1.575.243/DF).

No caso que se analisa não se constatou má-fé, e verificou-se ser o imóvel objeto da controvérsia, usado como moradia dos sócios e de seus familiares, o único ativo integralizado na sociedade. Isso permite concluir que, mantendo-se a adjudicação das quotas sociais em favor do credor, se estaria permitindo, indiretamente, a adjudicação do bem de família.

O segundo fundamento analisado no julgamento do Recurso Especial nº 1.514.567/SP foi a desconconsideração da personalidade jurídica para beneficiar o devedor de boa-fé. Discorreu-se, no acórdão, sobre a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica à luz do art. 50, § 2º, do Código Civil, mencionando-se a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica e seus sócios, em desrespeito ao princípio da autonomia patrimonial de que antes se tratou. A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, nas palavras de Elias Marques de Medeiros Neto e André Pagani de Souza, "é aquela que permite ao magistrado desconsiderar a autonomia da pessoa jurídica em relação aos seus membros, sempre que ocorra, no caso concreto, fraude e abuso de direito" (2022, p. 602).

No caso em exame, no entanto, não se pretende atingir bem do sócio por dívida da sociedade, tampouco autorizar a constrição de bem da sociedade por dívida do sócio (o que se denomina desconconsideração inversa da personalidade jurídica). Trata-se, isso sim, de se desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade para se conferir proteção ao bem imóvel de sua titularidade, por constituir, este imóvel, a moradia dos sócios.

É o que se denominou, na doutrina, "desconconsideração da personalidade jurídica positiva" (BRASILINO, 2014), sendo positiva precisamente porque autoriza a incidência da Lei 8.009/90 para conferir proteção a imóvel pertencente à pessoa jurídica, no qual residem os sócios. Segundo Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino (2014), a desconconsideração pode ser utilizada também "sob o ponto de vista positivo, ou seja, para resguardo da dignidade da pessoa e outros valores constitucionais".

Justifica-se, assim, a excepcional flexibilização do princípio da autonomia patrimonial da sociedade, para conferir proteção a bem imóvel da sociedade familiar, cujo patrimônio se confunde com o dos seus sócios.

Essa flexibilização é excepcional, como dito, e se sujeita à verificação de pressupostos como a ausência de fraude e de má-fé, inexistindo desvio de finalidade da pessoa jurídica e confusão patrimonial com o intuito de lesar credores. Impõe-se, como antes referido, que se verifique a boa-fé dos envolvidos, exigindo-se – entre outras circunstâncias aplicáveis aos casos singulares –, para que incida a proteção legal do bem de família, que o imóvel usado como moradia dos sócios tenha passado à titularidade da pessoa jurídica antes da exigibilidade das obrigações, e que o patrimônio da sociedade se confunda com o patrimônio familiar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de ter esgotado o tema, este estudo voltou-se à análise da impenhorabilidade do imóvel residencial integralizado a uma holding familiar.

Analisou-se o campo de incidência da impenhorabilidade legal do bem de família, examinando-se, com base em doutrina e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a extensão e o alcance da expressão 'imóvel próprio' contida no art. 1º da Lei 8.009/90.

Diante da crescente utilização das holdings familiares como forma de planejamento sucessório, foram abordados os impactos da opção por essa via societária na proteção do bem de família. A complexidade do tema gira em torno do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica e da excepcionalidade de sua eventual flexibilização. À luz da mais recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fundamentada na aplicação da denominada 'desconsideração positiva da personalidade jurídica', verificou-se ser possível desconsiderar a personalidade jurídica da empresa de forma positiva, ou seja, autorizando-se a incidência da Lei 8.009/90 para conferir proteção a imóvel pertencente a pessoa jurídica, no qual – comprovadamente – residam os sócios.

A excepcional flexibilização do princípio da autonomia patrimonial da sociedade, para conferir proteção a bem imóvel da empresa familiar, cujo patrimônio se confunde com o dos seus sócios, sujeita-se à verificação de pressupostos como a ausência de fraude – inexistindo desvio de finalidade da pessoa jurídica e confusão patrimonial com o intuito de lesar credores – e de má-fé. A boa-fé dos envolvidos, a autorizar a incidência da proteção legal do bem de família a imóvel que integra o patrimônio da empresa, se evidencia, principalmente, pelas circunstâncias de o imóvel usado como moradia dos sócios ter passado à titularidade da pessoa jurídica antes da exigibilidade das obrigações, e de o patrimônio da sociedade confundir-se com o patrimônio familiar.

Analisando-se os fundamentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso

Especial nº 1.514.567/SP, verificou-se que a Corte Superior, adequadamente, considerou os motivos que levaram à instituição do benefício da impenhorabilidade legal do bem de família, quais sejam, a proteção à moradia e a garantia de um patrimônio mínimo, garantindo-se a estabilidade social daí advinda.

REFERÊNCIAS.

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. As impenhorabilidades e a efetividade da execução. Processo de Execução e Cumprimento da Sentença. Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues. A desconsideração da personalidade jurídica positiva. Revista de Direito Empresarial: ReDE, v. 2, n. 6, p. 91-105, nov./dez. 2014.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MAIDAME, Márcio Manoel. Impenhorabilidade não é Questão de Ordem Pública: reflexo nos negócios jurídicos processuais. Processo de Execução e Cumprimento da Sentença. Volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

Medeiros Neto, Elias Marques de; Souza, André Pagani de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Processo de Execução e Cumprimento da Sentença. Volume 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

MESSIAS, Frederico dos Santos. O bem de família luxuoso e a sua desvirtuada utilização para fins de blindagem patrimonial. Processo de Execução e Cumprimento da Sentença. Volume 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; PRADO, Pedro Pierobon Costa do. Penhora, bens penhoráveis e impenhorabilidades. Processo de Execução e Cumprimento da Sentença. Volume 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direito de família. Volume 5. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

VASCONCELOS, Rita. A impenhorabilidade do bem de família. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Escrito em 19/07/2024

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1638558833524445>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0514-0662>
vinculação: PUCPR

ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SUA DIMENSÃO PSICOLÓGICA



Maristela Sobral Cortinhas¹

Neste artigo busca-se apresentar elementos que subsidie a discussão sobre a dimensão psicológica do estupro de vulnerável. Consta-se que no Brasil aproximadamente 75% dos casos de violência sexual ocorrem entre meninas, da infância à puberdade, cujo pico da ocorrência se dá por volta dos 13 anos de idade. Destes, de 70 a 80% dos casos, a violência acontece na residência da vítima e é perpetrada por um familiar ou pessoa da sua confiança. Tal perfil imprime à violência sexual contra crianças e púberes características especiais, pois trata-se de uma violência que ocorre em meio às relações primordiais da criança ou do/a adolescente, que, por sua vez, encontra-se em processo de constituição psíquica. Para fundamentar tal discussão, ancora-se em um estudo longitudinal realizado sobre o perfil do estupro no Brasil (Cortinhas e Dias, 2023) e na Psicologia de base Histórico-cultural Latino-americana (Vygotsky, 1984, 2000; González Rey, 2002, 2012). Além disso, utiliza-se, como categorias de base para compreensão da dimensão psicológica do estupro de vulnerável, os conceitos de sentido e significado no processo de constituição da subjetividade humana.

¹ Psicóloga, Doutoranda em Tecnologia e Sociedade pelo Programa de Pós-Graduação em Tecnologia e Sociedade (PPGTE), da Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR) e Psicóloga Judiciária do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4119069700277698>; E-mail: mcspsico@gmail.com ou msoc@tjpr.jus.br, Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7519-6894>



Maria Sara de Lima Dias²

Parte-se do pressuposto de que a violência sexual é um fenômeno psicossocial que traz, e ao mesmo tempo constitui, os elementos da subjetividade individual e social, e de que a psicologia pode contribuir para a sua compreensão nas diferentes etapas de desenvolvimento do ser humano, especificamente da infância e da adolescência, e na garantia de direitos da infância e da juventude. Os estudos apontam diferenças significativas dos sentidos e dos significados que a violência sexual pode assumir nas diferentes etapas de desenvolvimento da subjetividade de crianças e adolescentes e, tais diferenças, têm uma relação direta com a etapa de desenvolvimento infanto-juvenil em que a vítima se encontra e como se estabelece a relação entre a vítima e o perpetrador da violência. Neste sentido, observa-se que cada situação de violência tem a sua singularidade e assim deve ser analisada para a proteção e a garantia de direitos da infância e da juventude. Espera-se que este artigo sirva de base para o aprofundamento da compreensão do fenômeno do estupro de vulnerável e para a realização de novas pesquisas sobre o tema.

Palavras-chave: estupro de vulnerável; subjetividade; psicologia jurídica.

² Psicóloga, Pós-Doutorado pela Universitat Autònoma de Barcelona (UAB), Espanha, Professora do Departamento Acadêmico de Filosofia e Ciências Humanas (DAFCH), Professora do Programa de Pós-Graduação em Tecnologia e Sociedade (PPGTE) da Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR), Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4807954398668607>; E-mail: mariadias@professores.utfpr.edu.br; Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7296-6400>

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo apresentar elementos teóricos que subsidiem à discussão sobre a dimensão psicológica do estupro de vulnerável, tendo como base a teoria da subjetividade humana. A motivação para a escrita deste artigo relaciona-se com a prática profissional da autora, somada à pesquisa realizada durante o seu processo de doutoramento, e ambos se referem ao depoimento em juízo de crianças e adolescentes em situação de violência sexual e à proteção da subjetividade da infância e adolescência.

O recorte etário proposto justifica-se pela prioridade que têm crianças e adolescentes na legislação brasileira e por elas se encontrarem em uma etapa sensível do seu desenvolvimento biopsicossocial. Além disto, pesquisas (Cortinhas; Dias, 2023) demonstram a alta incidência do abuso sexual nesta fase da vida.

Sendo assim, ancora-se nas legislações nacionais e internacionais, que garantem direitos à infância e à adolescência, tais como: a Declaração Universal dos Direitos da Criança (UNICEF, 1959), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990), a Lei da primeira infância (Brasil, 2016) e a lei que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência (Brasil, 2017). Adota-se como base teórica e metodológica a Psicologia de base Histórico-cultural e a teoria da subjetividade, defendida por Vygotsky (1984, 2000) e González Rey (2002, 2019, 2020).

Cabe, desde já, o esclarecimento de alguns termos que se utiliza neste artigo, sendo estes: violência sexual, abuso sexual e estupro de vulnerável. Optou-se pelas definições que se encontram no Decreto-Lei n. 2.848/1940 (Brasil, 1940), tendo-se em conta as suas alterações com a promulgação da Lei Federal n. 12.015/2009 (Brasil, 2009) e na Lei Federal n. 13.431/2017 (Brasil, 2017).

No que se refere às definições de estupro, a Lei Federal n. 12.015/2009, que altera o Código Penal Brasileiro (CPB), no seu Art. 213, define estupro como sendo: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso" (Brasil, 2009). No que se refere ao estupro de vulnerável, o CPB, o Art. 217-A, descreve-o como sendo a prática da conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 anos de idade (Brasil, 2009).

A violência sexual praticada contra crianças e adolescentes vem descrita na Lei n. 13.431/2017, o Art. 4º que afirma:

III - violência sexual, entendida como qualquer conduta que constranja a criança ou o adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, inclusive exposição do corpo em foto ou vídeo por meio eletrônico ou não, que compreenda: a) abuso sexual, entendido como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para fins sexuais, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso, realizado de modo presencial ou por meio eletrônico, para estimulação sexual do agente ou de terceiro; b) exploração sexual comercial, entendida como o uso da criança ou do adolescente em atividade sexual em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação, de forma independente ou sob patrocínio, apoio ou incentivo de terceiro, seja de modo presencial ou por meio eletrônico; c) tráfico de pessoas, entendido como o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da criança ou do adolescente, dentro do território nacional ou para o estrangeiro, com o fim de exploração sexual, mediante ameaça, uso de força ou outra forma de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade, aproveitamento

de situação de vulnerabilidade ou entrega ou aceitação de pagamento, entre os casos previstos na legislação (Brasil, 2017).

Desde a definição acima, percebe-se que a Lei traz uma compreensão ampla do fenômeno, que busca abranger os atos que envolvem a referida violência, nas suas diversas nuances e formas, sendo elas o abuso sexual, a exploração sexual e o tráfico de pessoas para fins sexuais. E, como bem apontado pela legislação, o abuso sexual é uma das especificidades da violência sexual, "entendido como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para fins sexuais, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso, realizado de modo presencial ou por meio eletrônico, para estimulação sexual do agente ou de terceiro" (Brasil, 2017).

No que se refere à dimensão psicológica que a vivência da violência sexual pode adquirir para crianças e adolescentes, Sanderson (2005), ao discutir sobre o impacto do abuso sexual nesta etapa da vida, sinaliza que tal vivência pode trazer inúmeras consequências ao nível físico e emocional para a vítima. Algumas características do ato da violência podem torná-la mais profunda e estrutural, dependendo da etapa de desenvolvimento em que a vítima se encontra no período em que sofreu a violência, do tempo de vivência da violência, de quem foi o perpetrador e qual a qualidade da violência: se houve o uso da força, os tipos de atos sexuais e/ou libidinosos, se houve dano físico, ameaças, chantagens envolvendo família e/ou pessoas queridas, se foi um episódio único, se foram episódios frequentes, ou se tais situações fizeram parte da rotina da criança ou adolescente, dentre outros fatores.

Com base nos pressupostos teóricos da Psicologia Histórico-cultural (PHC), objetivamente tais características qualificam e significam a experiência subjetiva da violência sexual para a vítima e é neste ponto que pretendemos nos aprofundar neste artigo. Segundo Vygotsky (1984) e González Rey (2002, 2019), a relação entre o contexto social, e acontecimento da vida social/íntima, com a etapa de desenvolvimento em que a vítima se encontra repercute no processo de desenvolvimento, posto que toda a vivência interfere, e é interferida, pela história de vida da pessoa.

1 A DIMENSÃO PSICOLÓGICA

No que se refere a formação do psiquismo humano, parte-se do pressuposto teórico de que o processo de desenvolvimento ontogenético¹ do ser humano é biopsicossocial e se dá a partir da inter-relação dialética entre a criança e o meio ambiente – primordialmente entre ela e seus cuidadores e cuidadoras, levando-se em conta não apenas a qualidade dessa inter-relação, mas também o contexto econômico e sociocultural em que ela se estabelece. A criança traz em si o potencial do desenvolvimento filogenético² da sua espécie, que lhe é transmitido geneticamente, e, em relação dialética com o ambiente sócio historicamente construído, desencadeia-se o processo de desenvolvimento ontogenético (Vygotsky, 1984). Cabe ressaltar a importância da qualidade das relações primordiais que se estabelecem entre a criança e o seu meio ambiente, desde o seu nascimento, para que seu desenvolvimento biopsicossocial seja saudável, privilegiando-se a primeira infância, pois este é também o momento em que se estrutura a rede neural, o Sistema Nervoso Central (SNC) e estabelece-se os primeiros vínculos da criança com outros seres humanos que mediam a relação entre este e o social de forma que ela seja inserida na sua cultura e humanize-se (Vygotsky, 1984, 2000).

¹ Processo de desenvolvimento humano desde o nascimento até a morte.

² Processo de desenvolvimento da espécie.

Neste caso, a comunicação com outros seres humanos é a condição necessária, e faz parte das habilidades que são especificamente humanas, para o seu desenvolvimento em sociedade, que estimula todas as outras. É o meio pelo qual é transmitida a cultura, quando a criança absorve os significados sociais e por onde vai se estabelecendo para ela os sentidos das coisas do mundo (Leontiev, 1978). A linguagem adquire uma importância central, pois a palavra vem sempre eivada de significados que são sócio historicamente construídos desde um contexto histórico determinado e, através da relação interpessoal que se estabelece entre a criança e as pessoas a sua volta, vem adquirindo um sentido pessoal.

Segundo Leontiev (1978), a significação é o reflexo da realidade independentemente da relação individual ou pessoal do ser humano. Ao nascer, a pessoa encontra um sistema de significações pronto, elaborado historicamente, e apropria-se dele tal como um instrumento. Sendo assim, a comunicação entre adultos inseridos em uma mesma cultura se faz sem que seja necessário que se explique os termos utilizados, pois existe um contexto histórico-cultural em que os significados são compartilhados naquele grupo social ao qual se pertence e são compreendidos.

É primordialmente na infância que se inicia o processo de apropriação dos significados. Vygotsky (2000, p. 06) afirma que "uma palavra sem significado é um som vazio. [...] Uma vez que o significado da palavra é simultaneamente pensamento e fala, e é nele que encontramos a unidade do pensamento verbal que procuramos". O autor logra o ápice de sua reflexão apontando que o método de pesquisa em psicologia deve seguir em direção à análise da palavra, pois ela traz em si o processo de construção histórica, material e simbólica dos significados das coisas e das vivências e, ao mesmo tempo, o sentido pessoal e a construção da subjetividade humana.

Vygotsky (2000), [...] demonstra a existência de um sistema dinâmico de significados em que o afetivo e o intelectual se unem" (Vygotsky, 2000, p. 09), dando origem ao processo de construção dos sentidos pessoais que as coisas e as vivências têm para cada pessoa. Portanto, percebe-se que o sentido pessoal aglutina em si, não apenas a apreensão cognitiva dos significados socialmente determinados ao longo da história, mas as relações afetivas aí imbricadas.

González Rey (2012) reafirma "[...] que essa nova unidade do afetivo e do cognitivo é definida por Vygotsky nesse momento pela categoria de sentido" (González Rey, 2012, p. 92-3). O autor apropria-se desta ideia e passa a definir "[...] sentido pela sua relação inseparável com a subjetividade" (González Rey, 2022, p. 20). Sendo assim, a subjetividade constitui-se a partir dessa relação complexa e dialética entre o ser humano e a sociedade em que ele vive. Portanto, ela aglutina em si o sentido pessoal e os significados sociais que são produzidos na vida cultural e pertence a ela as emoções humanas. A subjetividade está sempre em processo de construção no sujeito, é plurideterminada e contraditória, não existe uma linearidade que a defina, pois o sujeito é constituído historicamente e encontra-se sempre em processo de desenvolvimento biopsicossocial (González Rey, 2002, 2019).

Nas palavras de González Rey (2012, p. 275-6), "o desenvolvimento da subjetividade individual não é um processo isolado, mas sim uma fonte permanente de novas configurações no interior da subjetividade social". O autor considera que o estudo da subjetividade exprime "uma dimensão de caráter histórico, social e cultural da psique humana.

Considera-se que, a partir da perspectiva da PHC, a subjetividade do sujeito pode ser acessada por meio de suas interações humanas (biológicas, psicológicas e sociais) e da comunicação interpessoal. Assim, a dimensão da subjetividade individual/social condensa o processo ontológico do que se deseja estudar, ou seja, a dimensão psicológica do estupro de vulnerável.

2 QUANDO A PUBERDADE É UM FATOR DE RISCO

No que se refere à violência sexual, pesquisas apontam que tal situação é um fenômeno universal, que ocorre em diferentes culturas e nacionalidade, atinge em maior ou menor grau a todas as idades, classes sociais e etnias e pode vir associada a outros tipos de violência, tais como: a violência física e/ou a violência psicológica (Amendola, 2009; Cortinhas; Dias, 2023).

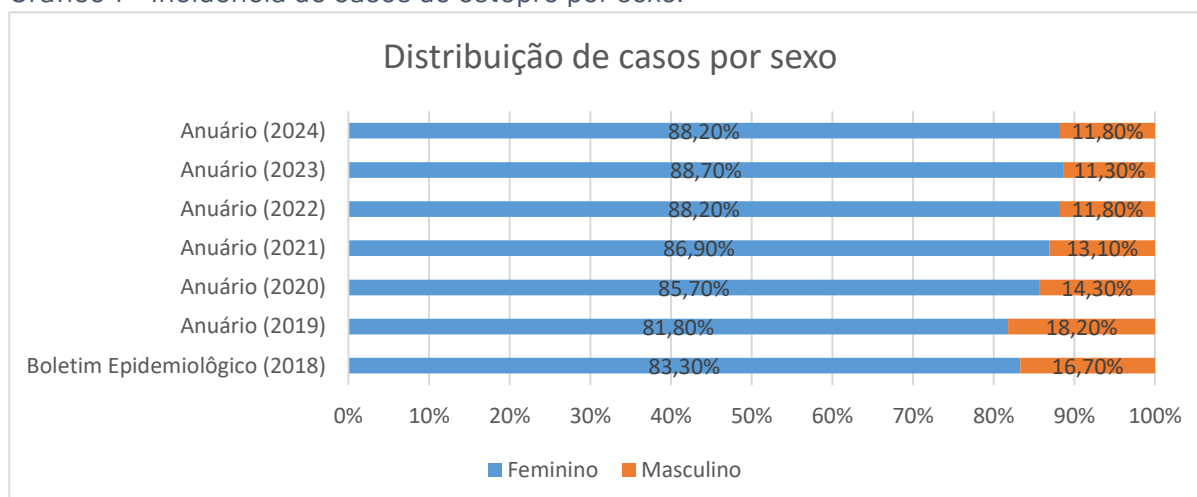
Defende-se que a violência sexual é um problema de saúde pública, pois, no seu desdobramento, ela pode desencadear na vítima desequilíbrio emocional e/ou requerer intervenções médicas. Sabe-se, no entanto, da sua complexidade sociocultural, pois, tal violência diferencia-se de outros tipos de violência pelas suas características intrínsecas. Há, segundo Amendola (2009), duas características fundamentais na relação entre o/a perpetrador/a da violência e a criança ou adolescentes que a sofrem: o dano causado a quem a recebe e o poder de quem a exerce. Sendo o dano de fundo psicológico e físico e a relação de poder se refere àquela exercida por quem desempenha, de alguma forma, o poder sobre o outro. Neste caso, sendo o poder de um adulto sobre uma criança ou adolescente ou de um adolescente sobre uma criança (Cortinhas; Dias, 2023).

Outra característica relevante refere-se ao que Furniss (1993) denomina como a síndrome do segredo, que diz respeito à omissão da vivência da violência sexual por parte de quem a vivencia. Tal situação pode ocorrer por diversos motivos, tais como: ameaças, pactos de segredo, vergonha, medo, dentre outros. Nas palavras de Cortinhas e Dias (2023, p. 85) "... é comum que a omissão da violência, e a sua vivência solitária, desencadeia sentimentos contraditórios de medo, culpa, raiva, abandono, dentre outros, que, a depender da sua dinâmica de funcionamento interno, pode desencadear estado de estresse emocional". Segundo Sanderson (2005), tais sentimentos podem desencadear sintomas de Transtorno de Estresse Pós-traumático (TEPT)³.

Além destes aspectos, o estudo longitudinal de 2011 a 2021 realizado por Cortinhas e Dias (2023), sobre o perfil da violência sexual no Brasil, e complementado para este artigo com informações até 2023 (FBSP, 2023, 2024), traz à tona a singularidade embutida na violência sexual contra crianças e adolescentes púberes. Tal estudo revela o perfil feminino da vítima de violência sexual no Brasil, ou seja, de 81,8% a 88,7% do total de casos de violência sexual registrado entre 2011 e 2023 ocorreram contra mulheres e meninas, como se pode observar no Gráfico 1.

³ "O TEPT é um transtorno de ansiedade precipitado por um trauma. O traço essencial deste transtorno é que seu desenvolvimento está ligado a um evento traumático de natureza extrema. Uma fração significativa dos sobreviventes de experiências traumáticas irá desenvolver uma constelação aguda de sintomas de TEPT, que pode ser dividida em três grupos: revivência do trauma, esquiva/entorpecimento emocional e hiper estimulação autonômica" (Figueira & Mendlowisz, 2003, p. 14).

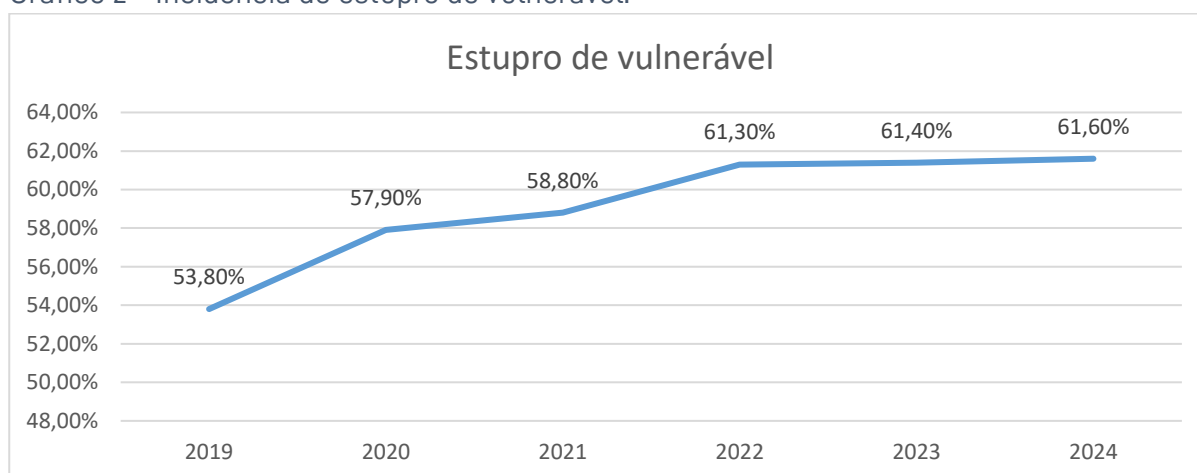
Gráfico 1 – Incidência de casos de estupro por sexo.



Fonte: adaptado do Boletim Epidemiológico Brasileiro (Brasil, 2018) e do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024).

Além disto, as informações obtidas a partir dos Anuários Brasileiros de Segurança Pública, referente aos anos de 2018 a 2023, (FBSP, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024) são unânimes quando demonstram estatisticamente que mais da metade da incidência deste tipo de violência ocorre entre a infância e a puberdade, como demonstrado no Gráfico 2.

Gráfico 2 – Incidência de estupro de vulnerável.



Fonte: Adaptado do Anuário Brasileiro de Segurança Pública do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024).

Constatar que mais da metade das vítimas de violência sexual tem até 14 anos de idade, por si só, é um dado de extrema relevância quando se pensa na dimensão psicológica desta qualidade de violência, mas adquire uma outra dimensão quando se percebe que, dentre estas crianças e adolescentes púberes, há uma diferenciação significativa quando se estuda a incidência entre pessoas de gênero masculino e feminino. Nos referimos aqui a dimensão da constituição de subjetividades feminina e masculina.

Os dados trazidos pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2019 (FBSP, 2020) relativos ao estupro de vulnerável em pessoas de gênero feminino, segundo Bueno e Sobral (2020), mostram que:

Se entre as vítimas do sexo masculino, os casos estão mais concentrados durante a infância, entre as vítimas do sexo feminino a violência sexual acontece mais frequentemente durante a adolescência. Nesse sentido, o auge da vitimização entre as vítimas do sexo masculino se dá aos 4 anos de idade, enquanto entre as vítimas do sexo feminino isto acontece aos 13 anos (Bueno; Sobral, 2020, p. 134).

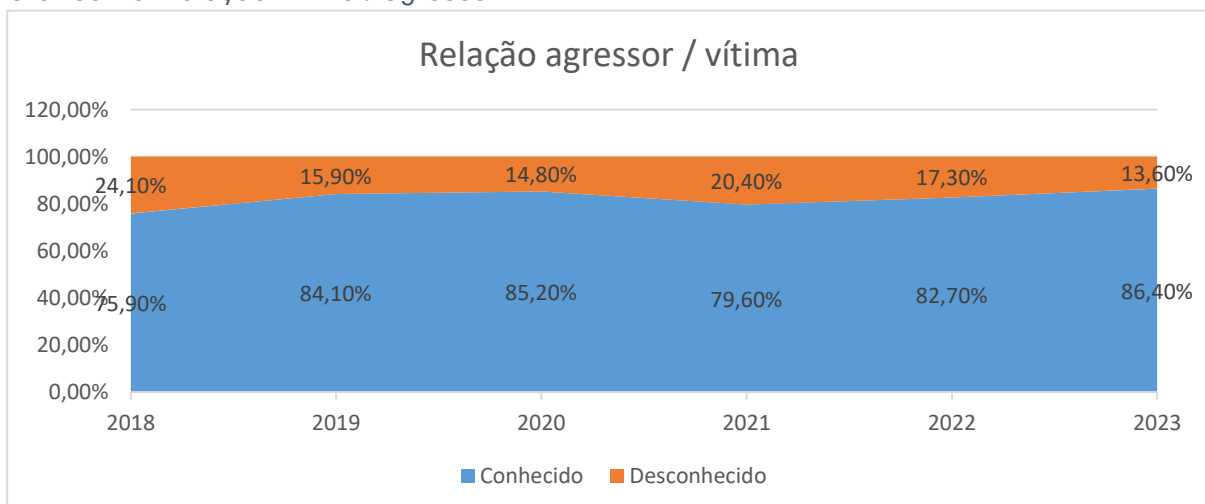
As autoras (Bueno e Sobral, 2024) ao analisarem as informações trazidas pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2024 (FBSP, 2024), corroboram mais uma vez a informação acima quando concluem que, em 2023

O cruzamento entre sexo e idade mostra as diferenças na vitimização entre meninos e meninas. Entre meninas o auge da vitimização se dá aos 13 anos, embora apresente patamares muito elevados a partir dos 3 anos. Já entre os meninos a incidência é maior entre os 4 e 6 anos de idade e praticamente inexistente na idade adulta (Bueno; Sobral, 2024, p. 166).

Outra especificidade da violência sexual refere-se à forte tendência de que ela seja perpetrada por um ente familiar, do sexo masculino, podendo ser pelo próprio genitor, padrasto ou por pessoa da confiança deste ou de seus responsáveis legais. Temer (2022) conta que, a partir da análise realizada com base nos dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022 (FBSP, 2022), percebeu que a grande maioria dos perpetradores da violência sexual são homens (95,4%) e conhecidos da vítima (82,5%), sendo que destes “40,8% eram pais ou padrastos; 37,2% irmãos, primos ou outro parente e 8,7% avós” (Temer, 2022, p. 249). Embora não haja uma sequência de microdados que nos permita fazer um levantamento longitudinal do decorrer dos anos, os Anuários Brasileiros de Segurança Pública de 2023 e 2024 mostram que, respectivamente, 64,4% e 64% dos agressores sexuais de crianças e adolescentes até 13 anos de idade são familiares e que, durante o ano de 2022 e 2023, respectivamente, 71,6% e 64,7% dos casos de estupro de vulnerável ocorreram dentro da casa da vítima (FBSP, 2023, 2024).

A sequência dos Anuários Brasileiros de Segurança Pública referente aos anos de 2018 a 2023 (FBSP, 2019, 2020, 2022, 2023, 2024) nos permite demonstrar a relação entre a vítima e o agressor na dualidade: conhecido / desconhecido, como demonstrada no Gráfico 3.

Gráfico – 3: Relação vítima / agressor.



Fonte: Adaptado do Anuário Brasileiro de Segurança Pública do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024).

Em que pese não seja o objetivo deste artigo fazer uma discussão sobre o perfil do agressor, essa informação passa a ser relevante quando se percebe que a maior incidência de violência sexual se refere ao estupro de vulnerável, entre meninas, com maior incidência na puberdade e perpetrada por um ente familiar, ou da confiança deste ou de seus responsáveis legais, ou, no mínimo, por um conhecido da vítima. Além disto, a violência tende a acontecer dentro da casa da vítima, o que torna o caminho da menina à puberdade fator de risco para a vivência de violência sexual.

3 A DIMENSÃO PSICOLÓGICA DA VIOLÊNCIA SEXUAL

Em que pese alguns autores discorram genericamente sobre as consequências sofridas pelas vítimas de violência sexual, o que não se pode deixar de considerar, tais como os citados na sessão anterior referentes aos danos físicos e psicológicos sofridos advindos da síndrome do segredo, ameaças, medo, culpa, etc., quando se fala especificamente na violência sexual de crianças e adolescentes é imperativo que se faça uma análise considerando-se aspectos relativos à etapa de desenvolvimento em que a violência aconteceu. Neste sentido, tendo-se como base de análise o processo de desenvolvimento da linguagem, entre a infância e a puberdade encontram-se diferenças significativas no processo de desenvolvimento infantojuvenil e, conseqüentemente, na dimensão psicológica da violência sexual.

Vygotsky (2000) mostra, nos seus estudos, que a criança, durante a primeira infância, ainda não adquiriu plenamente o sentido adultocêntrico das situações que lhe ocorrem no cotidiano. Isto porque, nessa fase do desenvolvimento ontogenético, ela ainda está introjetando os significados e a cultura em que se encontra imersa a partir da relação dialética com o ambiente em que ela se encontra e, ao mesmo tempo, está desenvolvendo as condições neurológicas e cognitivas para o pleno exercício da comunicação oral, da organização do pensamento e para o desenvolvimento das habilidades que são especificamente humanas.

Outro aspecto a ser considerado, para a busca da compreensão psicológica do fenômeno da violência sexual na infância e puberdade, diz respeito ao perfil do abuso sexual envolvendo pessoas nesta faixa de idade. Tal perfil traz à tona o fato de que a grande maioria dos casos desta violência na infância ocorrem dentro do ambiente familiar, no qual os abusadores têm vínculo de afeto e de confiança com a criança e/ou com os seus responsáveis legais, de que a criança geralmente é a única testemunha do ocorrido e de que tais atos não costumam deixar marcas físicas. Além disso, as pesquisas vêm mostrando que, nesta etapa de desenvolvimento, as crianças estão mais vulneráveis à negligência, abuso e a maus-tratos (Zavaschi; Estrella; Jardim; Driemeier, 2011; Cortinhas; Dias, 2023). Autoras como Amendola (2009), Azambuja et al. (2011) e Sanderson (2005) afirmam que tais situações podem desencadear na criança confusões em relação aos papéis sociais, depreciação da autoestima, fugas da residência, isolamento e estresse, colocando-as em situação de risco da saúde física, emocional e social.

Saffioti (2015) argumenta que a criança pequena ainda não consegue identificar o momento em que carícias de afeto tornam-se libidinosas ou, nos casos em que a violência sexual é direta e brutal, que tais comportamentos se referem à violência sexual. A criança, na maioria dos casos, ainda não tem a significação cultural e simbólica de tais relações, mas, a partir delas, inscreve-se subjetivamente a relação de dominação e poder exercida, geralmente por um homem adulto, da sua convivência e que ela tem alguma qualidade de vínculo. Desta forma, tal relação faz parte da constituição primordial da sua subjetividade e, ao mesmo tempo, constitui a subjetividade social. Nas palavras de González Rey: "Temos definido dois momentos essenciais na constituição da subjetividade – individual e social – os quais se pressupõem de forma recíproca ao longo do desenvolvimento." E o autor explica que "O indivíduo é um elemento constituinte da subjetividade social, e, simultaneamente, se constitui nela" (González Rey, 2002, p. 37).

Desta forma, como nos apontam Vygotsky (2000) e González Rey (2022), a relação que se estabelece entre a criança e o suposto agressor, inicialmente, adquire um sentido pessoal para ela e vem sendo significada desde as suas relações sociais, após o primeiro relato, ou emergência dos fatos, a partir da relação com os genitores, ou responsáveis legais, ou com a Rede de Proteção da Infância, o Sistema de Justiça, ou a sociedade de uma maneira geral.

A passagem da idade infantil para a puberdade é marcada por transformações sistêmicas que têm relação direta com as mudanças biológicas e comportamentais características desta etapa do desenvolvimento e na organização do pensamento por conceitos.

Desta forma, na entrada da puberdade e adolescência surgem as condições biopsicossociais para o surgimento dos conceitos, o que vem proporcionar à pessoa em desenvolvimento a análise da realidade através dos sentidos e significados que foram construídos socialmente até este momento da sua vida, mas, observa-se que tal análise ainda se encontra ligada às questões concretas da vida e o/a adolescente ainda pode apresentar alguma dificuldade de abstração na exposição dos conceitos e significados (Vygotsky, 2000).

Nesta etapa de desenvolvimento pode-se considerar que o/a pré-adolescente apresenta certa compreensão dos significados sociais, principalmente no que se refere às experiências do cotidiano, o que pode proporcionar estabilidade e confiabilidade ao seu relato, mas, ainda se pode observar contradições na formação dos conceitos, com dificuldades de abstrações, instabilidade na estruturação do pensamento a partir dos conceitos, principalmente quando demandar uma análise que requeira a abstração sobre o próprio conceito que considere elementos complexos das relações cotidianas.

Portanto, não há dúvidas de que o/a adolescente reconhece quando vivencia a violência sexual. No entanto, pesquisas mostram, do ponto de vista da subjetividade humana, ou seja, quando o/a adolescente externaliza o significado e os sentidos que referida violência adquiriu para ele/a, sobre a possível vivência de conflitos internos. Tais conflitos tornam-se evidentes quando se considera o processo de desenvolvimento biológico (caracteres sexuais secundários) (Saffioti, 2015), associado à possibilidade da ocorrência de contradições na formação dos conceitos, com dificuldades de abstrações e instabilidade na estruturação do pensamento, o que pode gerar um sentido subjetivo contraditório, que ele/a não consegue compreender na sua complexidade.

A fim de exemplificar, pesquisas mostram que a violência sexual de longa data, ou seja, que se iniciou na infância, pode ser significada entre a 2ª infância e a puberdade, provocando sentimento de culpa e/ou coparticipação pela não compreensão da complexidade de sentimentos e das relações, muitas vezes familiares, envolvidas. Além disso, não é incomum que o/a adolescente se sinta confuso/a com relação aos seus sentimentos e na organização do pensamento, pois, em que pese a significação dos fatos, ela pode, durante a violência sexual, ter sentido desejo e prazer sexual, por exemplo (Saffioti, 2015).

Outra situação que se pode observar e que denuncia certa confusão nos sentimentos no/a adolescente expressa-se na negação dos fatos após as consequências do seu relato. Neste caso, o/a adolescente tem a ciência do que significa a vivência da violência sexual, mas não consegue avaliá-lo na sua complexidade. Há que se considerar a relação da/o adolescente com o agressor, uma vez que as pesquisas apontam que pelo menos metade dos casos de estupro na adolescência tem como perpetrador da violência o genitor, ou o progenitor, ou um responsável legal ou pessoas da confiança destes, o que pressupõe a existência de vinculação de afeto e/ou parentalidade, podendo desencadear sentimentos e emoções contraditórias, como culpa, medo, raiva de si e do outro e sentimento de perda (Cortinhas; Dias, 2023).

Além do que foi exposto acima, vem fazer parte da constituição da subjetividade da adolescente em situação da violência sexual o que Cortinhas e Dias (2023) consideram como sendo relações de poder e de submissão, respectivamente, do masculino sobre o feminino. Os dados apontam que, ao aproximar-se da adolescência, aumenta a incidência violência sexual

entre meninas e diminui entre meninos, na mesma faixa de idade, que coincide com o desenvolvimento dos caracteres sexuais secundários na menina. "Essa informação reafirma o caráter de gênero da violência sexual em uma sociedade patriarcal [...]" (Cortinhas; Dias, 2023, p. 92), reafirmando as relações de poder/submissão que estão presentes na constituição da subjetividade social e, ao mesmo tempo, constitui a subjetividade da adolescente vítima de violência sexual.

Sendo assim, ao se falar de violência sexual na infância e na puberdade não estamos falando da mesma violência quando nos atentamos para o sentido pessoal que a violência pode adquirir, ou do mesmo significado que adquire para a criança ou adolescente a violência vivenciada, e cabe ao/a Psicólogo/a considerar tais elementos nas suas avaliações e intervenções no intuito de proteger a subjetividade dessas crianças e adolescentes.

Isso significa dizer que, cada caso deve ser estudado na sua singularidade, pois uma situação semelhante pode ter sentidos completamente distintos, a depender da relação que se estabeleceu entre a vítima e seu agressor e a etapa de desenvolvimento em que ela se encontra, ou seja, qual o significado e o sentido que o evento adquiriu para ela no momento da sua ocorrência, e como se constituiu a sua subjetividade naquele momento, sendo estas as informações e a análise que deve ser realizada desde a avaliação Psicológica do caso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo tem como objetivo apresentar elementos teóricos que subsidiem à discussão sobre a dimensão psicológica do estupro de vulnerável, tendo como base a teoria da subjetividade humana.

A violência sexual pode ser considerada uma violência intrafamiliar, a sua maior incidência ocorre da infância à puberdade, geralmente perpetrada por quem tem vínculo de parentalidade ou, se não, por quem é conhecido da criança ou adolescente. Na grande maioria dos casos é um tipo de violência que ocorre dentro da casa da vítima, ou de algum parente, ou em algum equipamento social como, por exemplo, escola, igreja, clube, etc.

Tais características, associadas à etapa de desenvolvimento em que a criança ou adolescente se encontra, evidencia a dimensão psicológica da violência sexual da infância a puberdade. Neste sentido, considera-se que há importantes diferenças na significação e no sentido pessoal que adquire para a criança ou adolescente a violência vivenciada, o que não diminui a necessidade de responsabilização do suposto agressor e da proteção destas crianças e adolescentes.

Tendo-se a compreensão de que as crianças pequenas podem não significar tal evento vivenciado como uma violência, ou que a púbere, embora signifique os fatos como violência, sintase confusa com relação aos sentidos que tais fatos adquirem para ela, e tendo-se em conta ainda que, na maioria dos casos, há relações de parentalidade entre a vítima e o agressor, torna-se imperativo o cuidado para não se impor a estas crianças e adolescentes um significado e sentido pessoal para as situações vivenciadas, protegendo-se desta forma a subjetividade infantojuvenil.

As argumentações aqui apresentadas robustecem a relevância do trabalho do/a profissional da Psicologia, nas áreas jurídica, escolar, clínica ou da rede de proteção, na proteção da subjetividade e não revitimização de crianças e adolescentes em situação de violência sexual.

Faz-se imprescindível considerar, nestes casos, a complexidade e as contradições inerentes ao processo de desenvolvimento humano, pois, a criança e o/a adolescente, em todo o processo do seu desenvolvimento constrói sentidos singulares a partir de suas vivências no mundo. Sentidos estes que os tornam pessoas complexas, com direitos de expressão e legitimação das suas necessidades, sentimentos, vontades e falas.

Nesta perspectiva, não se pode admitir padrões pré-determinados no que se refere às consequências da violência sexual na constituição da subjetividade de crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

AMENDOLA, Márcia Ferreira. Crianças no Labirinto das Acusações: falsas alegações de abuso sexual. Curitiba: Juruá, 2009.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de.; FERREIRA, Maria Helena Mariante. (Org.). Violência sexual contra crianças e adolescentes. Porto Alegre: Artmed, 2011.

BRASIL, Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 30 jul. 2024.

BRASIL. Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre a Proteção Integral da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 09 jun. 2024.

BRASIL, **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o ar. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Presidência da República, 2009. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ao2007-2010/2009/lei12015.htm

BRASIL. Lei Federal n. 13.257, de 08 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei no 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm. Acesso em: 09 jun. 2024.

BRASIL. Lei Federal n. 13.431, 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm. Acesso em: 09 jun. 2024.

BUENO, Samira; SOBRAL, Isabela. Um estupro a cada 8 minutos. In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Anuário brasileiro de segurança pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020.

BUENO, Samira; SOBRAL, Isabela. Brasil registra 1 estupro a cada 6 minutos em 2023, mas Congresso parece pouco preocupado no acolhimento às vítimas. In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Anuário brasileiro de segurança pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024.

CORTINHAS, Maristela Sobral; DIAS, Maria Sara de Lima. O Perfil da Vítima de Estupro no Brasil e a Formação da Subjetividade. Revista PsicoFAE: Pluralidades em Saúde Mental, [S.l.], v. 12, n. 1, p. 81-100, jul. 2023. ISSN 2447-1798. Disponível em: <https://psico.fae.emnuvens.com.br/psico/article/view/416/336>. Acesso em: 23 jun. 2024.

FIGUEIRA, Ivan, MENDLOWISZ, Mauro. Diagnóstico do transtorno de estresse pós-traumático. **Braz. J. Psychiatry** 2003; 25(suppl 1). <https://doi.org/10.1590/S1516-44462003000500004>. Consultado em 30/07/2024.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Anuário brasileiro de segurança pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Anuário brasileiro de segurança pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Anuário brasileiro de segurança pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Anuário brasileiro de segurança pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Anuário brasileiro de segurança pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Anuário brasileiro de segurança pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024.

FURNISS, Tilman. Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar. Porto Alegre: Artmed, 1993.

GONZÁLEZ REY, Luis Fernando. Pesquisa qualitativa em psicologia: caminhos e desafios. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

GONZÁLEZ REY, Fernando Luis. **O pensamento de Vygotsky**: contribuições, desdobramentos e desenvolvimento. São Paulo: HUCITEC, 2012.

GONZÁLEZ REY, Luis Fernando. A epistemologia qualitativa vinte anos depois. In: GONZÁLEX REY, Luis Fernando; MARTÍNEZ, Albertina Mitjans; PUENTES, Roberto Valdéz. Epistemologia qualitativa e teoria da subjetividade: discussões sobre educação e saúde. EDUFU, 2019, p. 21-46.

GONZÁLEZ REY, Fernando Luis. **Pesquisa qualitativa e subjetividade**: os processos de construção da informação. São Paulo: Cengage Learning, 2022.

LEONTIEV, Alex. O Desenvolvimento do psiquismo. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Análise epidemiológica da violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil, 2011 a 2017. Boletim Epidemiológico Secretaria de Vigilância em Saúde/Ministério da Saúde, 49 (27), 1-17, 2018. Disponível em: <https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2019/07/2018-024.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2023.

SAFFIOTI, Heleieth. Gênero patriarcado violência. São Paulo: Expressão Popular; Fundação Percecu Abramo, 2015.

SANDERSON, Christiane. Abuso sexual em crianças: fortalecendo pais e professores para proteger crianças contra abusos sexuais e pedofilia. São Paulo: M. Books do Brasil, 2005.

TEMER, Luciana. Violência sexual infantil, os dados estão aqui, para quem quiser ver. In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Anuário brasileiro de segurança pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022.

UNICEF. Declaração Universal dos Direitos da Crianças. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf Acesso em: 09 jun. 2024.

VYGOTSKY, Lev Semionovitch. A Formação social da mente. São Paulo: Martins Fontes, 1984.

VYGOTSKY, Lev Semionovitch. Pensamento e linguagem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ZAVASCHI, Maria Lucrecia Scherer; ESTRELLA, Cláudia; DRIEMEIER, Fernanda Munhoz; JARDIM, Fernanda Caldas. A Avaliação da Criança Vítima de Violência Sexual. In: AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; FERREIRA, Maria Helena Mariante (Org.). Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 136-149.

DESLOCADOS AMBIENTAIS: APLICABILIDADE DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS SOBRE REFUGIADOS NO CONTEXTO DO BRASIL



Flavia Jeane Ferrari¹

Este artigo explora a integração dos instrumentos internacionais sobre refugiados e refugiados ambientais no contexto dos deslocados internos no Brasil. Por meio de uma revisão bibliográfica, este estudo aprofunda-se na problemática da falta de reconhecimento formal das pessoas forçadas a se deslocar internamente em seu país, em decorrência de desastres ambientais, sejam eles imediatos, como enchentes, ou graduais, como a desertificação. Assim, o objetivo central foi analisar a aplicabilidade dos instrumentos internacionais de proteção aos refugiados no contexto brasileiro, para os deslocados internos ambientais. Por objetivos específicos, pretendeu-se: distinguir os conceitos de refugiados climáticos e deslocados internos; identificar os principais instrumentos internacionais de proteção aos refugiados e refugiados climáticos; avaliar a eficácia e as limitações desses instrumentos na proteção dos deslocados internos ambientais e propor recomendações para a melhoria da legislação e políticas públicas brasileiras em relação aos deslocados ambientais. A pesquisa revelou que, mesmo não possuindo caráter vinculativo, existem instrumentos internacionais que contam com definições pertinentes aos deslocados internos e que podem complementar a legislação brasileira. Portanto, frente às bases internacionais

¹ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba- UNICURITIBA. Possui especializações nas áreas de Educação 4.0; Direito Público; Direito Militar; Processo Civil; Direito Ambiental; Direito do Trabalho e Ministério Público - Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público - FEMPAR em parceria com a Universidade Positivo. Técnica em Transações Imobiliárias e Bel. Direito. Integrante do Programa Institucional de Iniciação Científica - PCI junto ao Centro Universitário Curitiba- UNICURITIBA, Linhas de Pesquisas: Compliance; Sustentabilidade e Direito e Direito Penal Econômico. Professora Universitária. Registro ORCID: 0000-0002-3990-7633. Lattes: //lattes.cnpq.br/1064406440921045

existentes, aos Direitos Humanos, à observância dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e à intensificação de eventos climáticos extremos, nem o Brasil, nem qualquer outro país pode continuar a se omitir quanto ao reconhecimento dos deslocados internos e seus direitos.

Palavras-chave: deslocados ambientais; deslocados internos; refugiados climáticos; instrumentos internacionais; desastres ambientais.

ENVIRONMENTALLY DISPLACED: APPLICABILITY OF INTERNATIONAL INSTRUMENTS ON REFUGEES IN THE CONTEXT OF BRAZIL



Liciane Junia Baltazar²

This article explores the integration of international instruments on environmental refugees in the context of internally displaced persons in Brazil. Through a bibliographic review, this study delves into the problem of the lack of formal recognition for people who are forced to relocate internally within their country due to environmental disasters, whether they are immediate, like floods, or gradual, like

² Mestre em Resolução de Conflitos e Mediação pela Universidad Europea del Atlántico na Espanha (2020). Pós-graduada em Mediação, conciliação e arbitragem (2018). Pós-graduada em Coordenação Pedagógica e Planejamento (2022). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2001). Integra o Banco de Formadores da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ENFAM. É Consultora Jurídica do Tribunal de Justiça do Paraná. Mediadora/Conciliadora e Instrutora de Mediação Judicial. Foi Supervisora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do 2 Grau. - CEJUSC 2ª Grau (2008-2021). Foi Supervisora Educacional da Escola de Servidores da Justiça Estadual ESEJE (2021) Foi Supervisora Pedagógica da Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Paraná - EJUD-PR (2021-2023). Atualmente é Coordenadora Executiva da Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Paraná - EJUD-PR.

desertification. Thus, the central objective was to analyze the applicability of international protection instruments for climate refugees in the Brazilian context, specifically for environmental displaced persons. The specific objectives were: to distinguish between the concepts of climate refugees and internally displaced persons; to identify the main international instruments for the protection of climate refugees; to evaluate the effectiveness and limitations of these instruments in protecting environmental internally displaced persons; and to propose recommendations for improving Brazilian legislation and public policies regarding environmental displaced persons. The research revealed that, even though they do not have binding character, there are international instruments that include definitions pertinent to internally displaced persons and that can complement Brazilian legislation. Therefore, in light of existing international frameworks, human rights, the observance of the Sustainable Development Goals, and the intensification of extreme climate events, neither Brazil nor any other country can continue to ignore the recognition of internally displaced persons and their rights.

Keywords: environmental displaced persons; internally displaced persons; climate refugees; international instruments; environmental disasters.

INTRODUÇÃO

A mudança global do clima há muito deixou de ser uma previsão para demonstrar seus efeitos em todas as regiões do globo. Esses efeitos estão se intensificando, resultando em eventos extremos mais frequentes e severos, como enchentes, secas e furacões. No Brasil, casos como as recentes enchentes no Rio Grande do Sul, em 2024, desnudam a vulnerabilidade da população frente a esses desastres. Tais eventos extremos forçam muitas pessoas a deslocarem-se de suas residências, muitas vezes sem a possibilidade de retorno, configurando o que se conhece como deslocados ambientais.

Apesar do evento traumático, das violações de direitos, da falta de amparo e das incontáveis perdas econômicas e de vidas, essas pessoas deslocadas sequer são consideradas como tal no âmbito legal brasileiro, e pouco sobre o tema é discutido internacionalmente, o que reitera a invisibilização e a falta de apoio jurídico para essas pessoas.

Frente a isso, o objetivo deste estudo é analisar a aplicabilidade dos instrumentos internacionais de proteção aos refugiados e refugiados climáticos no contexto brasileiro, para os deslocados ambientais. Pretende-se ainda: distinguir os conceitos de refugiados climáticos e deslocados internos; identificar os principais instrumentos internacionais de proteção aos refugiados climáticos; avaliar a eficácia e as limitações desses instrumentos na proteção dos deslocados internos ambientais e propor recomendações para a melhoria da legislação e políticas públicas brasileiras em relação aos deslocados ambientais.

A partir de uma pesquisa bibliográfica, de abordagem qualitativa, pretende-se satisfazer a problemática de como os instrumentos internacionais de proteção aos refugiados climáticos podem ser aplicados no contexto brasileiro, e quais são as suas limitações e potenciais melhorias.

1 DO CONCEITO DE REFUGIADOS CLIMÁTICOS E DESLOCADOS INTERNOS

A mobilidade humana é um processo que permeia a história da civilização desde seu surgimento. No decorrer dessa história, grupos humanos migraram de um local para outro por diversas razões, como busca por alimentos, conflitos territoriais, religiosos, guerras e desastres naturais. Com o avanço da civilização e do processo de globalização entre países, as migrações forçadas se intensificaram, à medida que crises políticas, sociais e econômicas também se ampliaram (Rech, 2021; Moreira, Borba, 2021).

Miguel Pajares (2020) aponta que a mobilidade humana é compreendida como um processo que envolve a mudança do local de residência dos indivíduos. Esta mobilidade pode ser interna ao país de origem ou transfronteiriça. Pode ainda ser voluntária ou forçada. No caso da mobilidade interna, as pessoas mudam seu local de residência, sem sair do próprio país. Por outro lado, a mobilidade transfronteiriça envolve a mudança de residência para outro país. Neste caso último, configura-se de um processo de migração.

Válido, neste ponto, realizar uma breve distinção entre migrantes e refugiados, uma vez que a utilização indistinta desses termos pode conduzir a desvios relacionados à necessidade de proteção legal para com os indivíduos considerados refugiados, conforme recordam Pacífico *et al.* (2020). Embora não exista definição legal internacional com relação ao termo migrante, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), assim diferencia:

"Migração" é comumente compreendida implicando um processo voluntário; por exemplo, alguém que cruza uma fronteira em busca

de melhores oportunidades econômicas. Este não é o caso de refugiados, que não podem retornar às suas casas em segurança e, conseqüentemente, têm direito a proteções específicas no escopo do direito internacional (ACNUR, 2016, online).

Logo, a migração voluntária refere-se a uma decisão própria e autônoma do indivíduo, que pode estar relacionada a diversos fatores, como necessidade de estudar, oportunidades de trabalho, melhores condições de vida, família, etc. Contudo, no caso de uma migração dita forçada, trata-se de fugir de um país para preservar a vida ou a segurança pessoal.

Esta distinção encontra grande relevância no contexto jurídico, uma vez que para os refugiados, cuja mobilidade é forçada por serem vítimas de conflitos, guerras ou perseguições, existe uma regulamentação internacional que os protege: a Convenção de Genebra sobre Refugiados de 1951 e o respectivo Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados, que obrigam seus Estados signatários a acolher e proteger pessoas refugiadas (ONU, 1951; ONU, 1967).

Estes instrumentos, bem como a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), foram relevantes diante da intensificação de perseguições políticas e conflitos, especialmente a partir de eventos como a Revolução Russa e as duas Grandes Guerras (Rech, 2021).

No entanto, os migrantes forçados devido a catástrofes ambientais são tidos como apenas migrantes (voluntários), para os quais não existe nenhum tratado internacional que obrigue os Estados a admiti-los, a menos que haja acordos

bilaterais próprios entre os países (Pajares, 2020).

Por outra via, quando a mudança de residência se dá dentro do país, mas de modo forçado, consideram-se estas pessoas deslocadas internas. Pajares (2020, p. 73) considera que "os deslocados internos são pessoas que fogem de alguma coisa e fogem principalmente para salvar a sua vida ou integridade física, mas não fogem para outro país".

Pajares afirma que, dentre as razões que impulsionam esses deslocamentos internos forçados, atribuem-se duas principais: guerras ou conflitos de naturezas diversas (políticos, religiosos, étnicos, etc.) e desastres ambientais (como secas, inundações, terremotos, etc.). Esta última distinção também se aplica aos casos de migração forçada (Pajares, 2020, p. 75).

Pacífico *et al.* (2020, p. 41-42) definem "refugiados/migrantes/deslocados ambientais" como sendo:

[...] indivíduos ou grupos de pessoas que migram de seu habitat original, temporária ou permanentemente, para um novo lar dentro de suas fronteiras nacionais, ou no exterior, em busca de uma outra qualidade de vida, não podendo assegurar uma vida segura em suas pátrias por causa de secas, erosão do solo, desertificação e/ou outros problemas ambientais. [...] os deslocados ambientais podem ser internos ou internacionais, temporários ou permanentes, podendo optar entre saírem do local de origem ou

serem obrigados a deixá-lo, por ausência de meios de sobrevivência, e, por fim, eles não se deslocam somente devido a um evento ambiental, mas também por causa de conflitos políticos, econômicos ou sociais com ligação ambiental (Pacífico et al., 2020, p. 41-42).

Apesar deste paralelo entre refugiados, migrantes e deslocados ambientais estabelecido por Pacífico *et al.* (2020), Pajares (2020) afirma que a maioria dos deslocados ambientais não se distanciam muito de suas antigas residências, permanecendo no próprio país de origem ou em países vizinhos: "haverá muito mais deslocados internos do que migrantes climáticos e, destes, haverá muitos mais que permanecem em países vizinhos do que aqueles que tentam chegar a outros mais distantes" (Pajares, 2020, p. 77).

O autor observa ainda que muitos dos deslocados internos são temporários, ou seja, a maioria dos deslocados ambientais, após uma catástrofe ambiental súbita, regressam às suas casas posteriormente. No caso de uma grande inundação, por exemplo, "as casas e os campos podem ficar devastados, mas quando os ventos se acalmam e as águas baixam, as pessoas regressam e tentam reconstruir o seu habitat" (Pajares, 2020, p. 79).

Porém, esse processo não se repete em cenários de desastres de lenta evolução (que ocorrem de maneira gradual, contínua), como o desaparecimento de uma região costeira onde uma comunidade vivia e pescava ou a desertificação de terras cultiváveis. Nesses casos, o deslocamento costuma ser permanente (Pajares, 2020).

A quantificação desses deslocados ambientais permanentes é muito complexa, especialmente porque seus números tendem a ocultar-se entre a população que deixam as

áreas rurais e mudam-se para centros urbanos anualmente. O que se sabe é que as catástrofes climáticas repentinas resultam em muito mais pessoas deslocadas internamente do que migrantes de fato. Em desastres climáticos súbitos, a mobilidade interna costuma ser cerca de 10 vezes superior à transfronteiriça (Pajares, 2020, p. 81).

Nesse contexto, os deslocados ambientais representam uma população que tende a ser muito maior do que a população que deixa seu país em decorrência de desastres climáticos. De todo modo, essas pessoas, "diferentemente dos refugiados, que são protegidos por um instrumento jurídico vinculante, os deslocados internos não o são" (Pacífico *et al.* 2020, p. 39). Os autores prosseguem:

Por outro lado, o conceito de deslocado interno inclui deslocados ambientais, mesmo que a mobilidade não ultrapasse as fronteiras do país de origem ou de residência ou de nacionalidade, diferentemente da definição de refugiado, que exclui a proteção aos deslocados por mudança climática ou degradação ambiental, não havendo, ademais, ampliação do mandato do ACNUR para protegê-los (Pacífico et al. 2020, p. 39).

Dessarte, é pertinente examinar as disposições internacionais que podem ser pertinentes aos deslocados ambientais, bem como distinguir a legislação brasileira atinente à matéria.

2 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS E SUA APLICABILIDADE AOS DESLOCADOS AMBIENTAIS

Quando se trata da proteção de refugiados no âmbito internacional, tem-se uma série de instrumentos legais bem estabelecidos que visam a garantia de direitos fundamentais de indivíduos forçados a abandonar seus países de origem em decorrência de conflitos, perseguições ou demais ameaças graves. No entanto, como já mencionado, os indivíduos considerados deslocados ou mesmo os refugiados devido às mudanças climáticas, ou desastres ambientais não são contemplados por esses instrumentos.

Diante disso, é pertinente uma breve análise dos instrumentos internacionais existentes com relação aos refugiados (no conceito vigente) e suas possibilidades de ampliação para abranger também o crescente número de indivíduos que necessitam deslocar-se ou mesmo migrar devido a razões climáticas.

Como pontua Rech (2021), eventos de grandes conflitos, especialmente as guerras mundiais, destacaram e impulsionaram a necessidade de instrumentos que protegessem refugiados desses conflitos. Dessa época, tem-se por destaque a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Partindo da anterior declaração dos direitos e liberdades fundamentais, a Convenção de 1951 definiu o conceito de refugiado:

[...] qualquer pessoa: 1) Que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados; [...] 2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora

do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele (ONU, 1951, p. 2).

Embora a convenção restrinja o conceito de refugiado às demandas da época, como limitações temporais e geográficas (refugiados da Europa no pós-Segunda Guerra Mundial), este instrumento, que detalha também os direitos e deveres dos refugiados nos países de acolhida, foi de grande relevância para a salvaguarda de vidas (ONU, 1951).

Posteriormente, com a emergência de novos contextos de conflito pelo mundo, viu-se a necessidade de ampliar a proteção da Convenção de 1951 a outros grupos de refugiados. Assim, foi ratificado pelos Estados da Assembleia Geral das Nações Unidas o Protocolo de 1967, relativo ao Estatuto dos Refugiados. Com o protocolo, os países assumiram o compromisso de garantir as mesmas atribuições da Convenção de 1951 a todos os indivíduos considerados refugiados pela definição, porém sem limitações de data ou de espaço geográfico, como o era pela Convenção (ACNUR Brasil, 2024; ONU, 1967).

De modo semelhante, com o decorrer do tempo e o surgimento de situações adversas que colocam em risco pessoas ou grupos em seus próprios países, foram elaborados novos instrumentos que ampliaram o conceito de refugiados, em conformidade com os novos moldes.

A exemplo, a Convenção da Organização da Unidade Africana (OUA) sobre os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África, de 1969, que passou a vigorar em 1974, foi um importante complemento à Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, uma vez que teve por finalidade abordar circunstâncias únicas enfrentadas pelos refugiados no continente africano. O documento expandiu o

entendimento sobre refugiado, aplicando este termo a:

[...] toda pessoa que, devido a agressão externa, ocupação, dominação estrangeira ou eventos que perturbem seriamente a ordem pública em parte ou na totalidade de seu país de origem ou nacionalidade, seja compelida a deixar seu local de residência habitual para buscar refúgio em outro lugar fora de seu país de origem ou nacionalidade (OUA, 1969, p. 3, grifo nosso).

O modo como o conceito de refugiado é apresentado pela Convenção da OUA dá ensejo a uma ampliação da condição de refugiado também para indivíduos deslocados por razões ambientais, razões essas que, devido à sua gravidade, possam ocasionar distúrbios na ordem pública e trazer graves vulnerabilidades ao país. No entanto, como observa Fernandes (2013, p. 78), sob o viés político, "os governos africanos têm negado a caracterização de situações de deslocamentos por causas diretas e indiretas ambientais como ensejadoras do reconhecimento da condição de refugiado".

Por conseguinte, a Declaração de Cartagena, assinada em 1984, trata-se de um instrumento não vinculante relativo aos países da América Latina, que também adota e amplia o conceito de refugiado adotado pela Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 como:

[...] as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido

ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública (ACNUR, 1984, p. 3, grifo nosso)

Nota-se que, semelhante à Convenção Africana, a Declaração de Cartagena também prevê o direito ao refúgio em circunstâncias que comprometam seriamente a ordem pública. Nesse sentido, situações ambientais graves também poderiam motivar a solicitação de refúgio (Fernandes, 2013).

A Declaração de Cartagena ainda pontua acerca dos deslocados internos, em sua nona conclusão, reiterando a importância de as autoridades internas, junto às entidades internacionais, em atentarem-se ao amparo dessas pessoas:

Expressar a sua preocupação pela situação das pessoas deslocadas dentro do seu próprio país. A este respeito, o Colóquio chama a atenção das autoridades nacionais e dos organismos internacionais competentes para que ofereçam proteção e assistência a estas pessoas e contribuam para aliviar a angustiada situação em que muitas delas se encontram (ACNUR, 1984, p. 3, grifo nosso).

Apesar das contribuições, das significativas especialmente dos

instrumentos africano e latino-americano, esses avanços no conceito de refugiados ainda não se imprime em outros países do mundo.

Após uma década da Declaração de Cartagena, foi celebrada a Declaração de São José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas, em 1994. A Declaração de São José se destaca pelo forte apelo em prol da integração entre direitos humanos, direito dos refugiados e direito humanitário. O documento enfatiza que a violação de direitos humanos é uma causa recorrente para os deslocamentos humanos, de modo que a proteção desses direitos fundamentais é imprescindível para a prevenção de conflito e agravamento de crises humanitárias.

A Declaração de São José afirma que:

Reafirmar que tanto os refugiados como as pessoas que migram por outras razões, incluindo razões económicas, são titulares de direitos humanos que devem ser respeitados em qualquer momento, circunstância ou lugar. Esses direitos inalienáveis devem ser respeitados antes, durante e depois do seu êxodo ou do regresso aos seus lares, devendo ser-lhes proporcionado o necessário para garantir o seu bem-estar e dignidade humana (ACNUR, 1994, grifo nosso).

E, adicionalmente, com relação aos deslocados internos, a Declaração complementa que, embora a questão dos deslocados internos seja, em maioria, responsabilidade dos Estados de origem, também é de interesse da comunidade

internacional, uma vez que envolve os direitos humanos e relaciona-se com a prevenção de fatores que ocasionam os fluxos de refugiados.

Fernandes (2013, p. 79) reitera ainda que a "aproximação com os direitos humanos significa reconhecer que o estrangeiro merece ser protegido, não por ser membro de uma família, clã ou comunidade religiosa, mas em razão de sua humanidade".

Em decorrência da preocupação com a efetivação dos direitos humanos para essas pessoas, em 1998, resultando de uma iniciativa da Comissão de Direitos Humanos da ONU, foram elaborados os Princípios Orientadores sobre Deslocamento Interno. Além de reiterar os direitos fundamentais, esses princípios abordam situações próprias dos deslocados internos, como a assistência humanitária (ACNUR, 1998).

Jubilut (2007, p. 168) reforça que, "apesar de ser um avanço, a elaboração desses princípios é ainda dependente de sua aplicação por outros entes, uma vez que não se criou um órgão encarregado de tratar especificamente do tema dos deslocados internos". Os Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos assim os define:

[...] os deslocados internos são pessoas, ou grupos de pessoas, forçadas ou obrigadas a fugir ou abandonar as suas casas ou seus locais de residência habituais, particularmente em consequência de, ou com vista a evitar, os efeitos dos conflitos armados, situações de violência generalizada, violações dos direitos humanos ou calamidades humanas ou naturais, e que não tenham atravessado uma fronteira internacionalmente

reconhecida de um Estado (ACNUR, 1998, p. 1, grifo nosso).

De fato, a definição reconhece explicitamente que deslocamentos internos podem ocorrer também devido a desastres naturais, abrindo caminho para a adoção e expansão desse entendimento para legislações, embora os princípios não sejam vinculantes.

Para abordar lacunas como a ausência de um regime internacional específico, a proteção fragmentada e a falta de assistência para pessoas deslocadas por desastres naturais e climáticos, foi estabelecido um projeto intergovernamental consultivo, conhecido como a Iniciativa de Nansen, liderado pela Noruega e Suíça, de 2012 a 2015, envolvendo cerca de 111 países (Mirra, 2017; The Nansen Initiative, 2015).

A Iniciativa de Nansen teve a finalidade de desenvolver um consenso entre os Estados sobre os princípios e elementos essenciais para a proteção de pessoas deslocadas devido a desastres naturais, incluindo aqueles relacionados às mudanças climáticas. Tais elementos centrais são: a) a cooperação internacional e solidariedade; b) padrões para o tratamento de pessoas afetadas em relação à admissão, permanência, status; e c) respostas operacionais, incluindo mecanismos de financiamento e responsabilidades dos intervenientes humanitários e de desenvolvimento internacionais (The Nansen Initiative, 2015).

Ademais, o entendimento da Iniciativa é pertinente também com relação às definições, especialmente para desastres, os quais "referem-se a interrupções desencadeadas ou ligadas a riscos naturais hidrometeorológicos e climatológicos, incluindo riscos ligados ao aquecimento global antropogênico, bem como riscos geofísicos" (The Nansen Initiative, 2015, p. 16). O documento ainda define especificamente o termo deslocamento por desastres como:

[...] situações em que as pessoas são

forçadas ou obrigadas a deixar suas casas ou locais de residência habitual como resultado de um desastre ou para evitar o impacto de um risco natural imediato e previsível. Esse deslocamento resulta do fato de que as pessoas afetadas estão expostas a um risco natural em uma situação onde são muito vulneráveis e carecem de resiliência para suportar os impactos desse risco. São os efeitos dos riscos naturais, incluindo os impactos adversos das mudanças climáticas, que podem superar a resiliência ou a capacidade adaptativa de uma comunidade ou sociedade afetada, levando assim a um desastre que potencialmente resulta em deslocamento (The Nansen Initiative, 2015, p. 16, tradução nossa, grifos nossos).

De fato, a ênfase da Iniciativa em pontos como o reforço de medidas de prevenção e planejamento para realocação no contexto regional foi recebida positivamente. Nessa perspectiva, Mirra (2017, p. 3) entende que a Iniciativa de Nansen "constitui uma espécie de guia prático e serve como fonte de inspiração para os Estados elaborarem suas legislações nacionais". Contudo, o autor reitera que, por não ser uma convenção de fato, ela não possui caráter vinculante entre os Estados, "não reconhece direitos

específicos dos deslocados climáticos e ambientais" (Mirra, 2017, p. 4).

Por essa razão, Mirra (2017) pontua que a ausência de caráter mandatório e preferência por soluções adotadas internamente pelos países de origem desviando-se, em essência, do pilar da solidariedade e cooperação internacional proposto pela própria agenda:

[...] não basta para o tratamento de um assunto crucial para o futuro de populações inteiras, que frequentemente se vêm forçadas a abandonar os lugares e os países onde vivem em virtude de eventos climáticos e ambientais para os quais não contribuíram diretamente e de que são as maiores vítimas. Tal agenda pode, inclusive, no limite, mostrar-se refratária ao ideal de solidariedade entre os povos, pela falta de obrigatoriedade dos compromissos assumidos e pelo caráter discricionário e aleatório da contribuição dos Estados envolvidos (Mirra, 2017, p. 5).

Evidente que iniciativas como a de Nansen e pactos de cooperação internacional sobre refugiados e deslocados devido a questões ambientais são relevantes, no entanto, reforça-se que tais iniciativas, sem caráter vinculante entre os países, não agrega a efetividade requerida para um contexto de tão crescente emergência como é o caso dos deslocados ambientais pelo mundo. Ademais, as iniciativas regionais, como a Convenção

Africana e a Declaração de Cartagena são importantes precursoras para propostas mais abrangentes ao nível global, especialmente pela ênfase na proteção dos direitos humanos desses grupos vulneráveis.

Como reforça Rech (2021, p. 20-21), a falta de enquadramento jurídico dos indivíduos que se deslocam e migram por razões ambientais constitui uma situação de extrema vulnerabilidade, os deixando "em um limbo jurídico e dependendo das boas ações da comunidade internacional". Com isso, essas pessoas são suscetíveis à violação de direitos, afinal "após serem obrigados a sair do seu local de origem em decorrência das precárias condições ambientais, buscam opções que garantam a sua sobrevivência, acarretando uma série de violações de direitos humanos" (Rech, 2021, p. 21).

3 CONTEXTO BRASILEIRO: LEGISLAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Em âmbito interno, apesar de haver avanços com relação aos refugiados propriamente ditos, para as pessoas deslocadas ou refugiadas devido a desastres ambientais e/ou mudanças climáticas, há considerável carência de arcabouço jurídico que as ampare.

Seguindo a perspectiva internacional, o Brasil possui em sua legislação a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que trata dos refugiados, visando implementar os mecanismos propostos pela Convenção de 1951 e pelo Protocolo de 1967. Esta lei estabelece os critérios para a concessão de refúgio, os direitos e deveres dos refugiados, além das competências do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). No entanto, a definição de refugiado conforme a lei brasileira não abrange aqueles deslocados por razões ambientais, mantendo-se alinhada às definições tradicionais que focam em perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas (Brasil, 1997).

Com relação aos desastres naturais, a legislação brasileira encontra-se dispersa em diversas normas e instrumentos legais, como a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC), instituída pela Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012. Esta estabelece princípios e diretrizes para a prevenção, preparação, resposta e recuperação frente a desastres. A referida lei também define os conceitos de desabrigado e desalojado no contexto de desastres ou acidentes (naturais ou induzidos por ação humana):

III - desabrigado: pessoa que foi obrigada a abandonar sua habitação de forma temporária ou definitiva em razão de evacuações preventivas, de destruição ou de avaria grave decorrentes de acidente ou desastre e que necessita de abrigo provido pelo Sinpdec ou pelo empreendedor cuja atividade deu causa ao acidente ou desastre; (Incluído pela Lei nº 14.750, de 2023)

IV - desalojado: pessoa que foi obrigada a abandonar sua habitação de forma temporária ou definitiva em razão de evacuações preventivas, de destruição ou de avaria grave decorrentes de acidente ou desastre e que não necessariamente carece de abrigo provido pelo Sinpdec ou pelo empreendedor cuja atividade deu

causa ao acidente ou desastre; (Brasil, 2012)

Embora haja relevância no reconhecimento formal da necessidade de assistência e abrigo para as pessoas afetadas por desastres, bem como uma diferenciação entre níveis de intervenção e suporte requeridos (deslocado e desabrigado), a lei apresenta um escopo limitado no que tange o contexto dos deslocados. Ela não reconhece as diversas situações que podem ocasionar o deslocamento ambiental ou climático, para além dos desastres, tais como degradação ambiental gradual, desertificação ou elevação do nível do mar. Ademais, não se menciona deslocados em decorrência de mudanças climáticas, haja vista o crescente impacto dessas mudanças especialmente em populações vulneráveis, nem se trata, em suas definições, de deslocamentos de longo prazo ou permanentes (Brasil, 2012).

A referida lei foi alterada pela lei nº 14.750, de 12 de dezembro de 2023, que teve em vista aprimorar os instrumentos de prevenção de desastres e acidentes, monitoramento de riscos, emissão de alertas, capacidade de resposta e recuperação de áreas afetadas. Contudo, apesar de aprimorar esses pontos indispensáveis, a lei não menciona deslocados ambientais ou em decorrência das mudanças climáticas, tampouco aborda especificamente os direitos e necessidades dos deslocados internos por desastres ambientais, limitando-se a tratar das responsabilidades e ações governamentais em termos de proteção civil (Brasil, 2023).

Em foco nas mudanças climáticas, o Brasil lançou, em 2016, o Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima (PNA), constituindo parte dos esforços do governo brasileiro para enfrentar os crescentes desafios impostos pelas mudanças climáticas (Brasil, 2016).

O cerne do PNA é reduzir a vulnerabilidade do país aos impactos das mudanças climáticas e promover a resiliência de comunidades, ecossistemas e setores econômicos. Com isso, o plano abrange 11 setores, dentre eles: recursos hídricos,

agricultura, segurança alimentar e nutricional, saúde, biodiversidade, infraestrutura, cidades, gestão de risco de desastres, indústria e mineração, povos e populações vulneráveis e zonas costeiras. O PNA tem o intuito de articular estratégias e ações para adaptar esses setores aos cenários climáticos projetados (Brasil, 2016).

Apesar de tratar de populações vulneráveis, o PNA não trata de forma específica e adequada da questão dos deslocados internos. O plano tende a enfatizar medidas preventivas e de adaptação dos setores mencionados, sem especificar ou estabelecer políticas de proteção e amparo às pessoas que são forçadas a se deslocar.

Assim, perpetuando a tendência internacional, a proteção dos deslocados internos no Brasil é prejudicada pela ausência de legislação específica que os ampare ou, ao menos, os reconheça nos dispositivos existentes. Como recordam Jubilut, Silva e Kosiak (2023):

No caso do Brasil, não se tem até hoje regulamento específico sobre os deslocados internos, ainda que anualmente se vejam números crescentes de pessoas desalojadas ou desabrigadas por questões climáticas, por exemplo, e se tenha na história recente deslocamentos forçados por desastres (Jubilut; Silva; Kosiak, 2023, p. 382-383, grifo nosso).

De fato, a história brasileira é reiteradamente marcada por desastres ambientais, sejam induzidos pela ação humana e/ou em decorrência da intensificação das mudanças climáticas. Eventos como as enchentes em Santa

Catarina em 2008, o rompimento das barragens em Mariana e Brumadinho, as secas no Nordeste entre 2012 e 2017, os incêndios na Amazônia e Pantanal, e as recentes tempestades em São Paulo, em 2023, e no Rio Grande do Sul, em 2024, demonstram alguns dos vastos desafios enfrentados pelo país nesse sentido.

Eventos como esses têm se tornado mais recorrentes e severos, causado significativos deslocamentos populacionais, violações de direitos, intensificação de desigualdades e perdas irreparáveis, evidenciando a urgência e a complexidade da questão dos deslocados internos diante das mudanças climáticas.

3.1 APLICABILIDADE DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS NO BRASIL EM PROL DOS DESLOCADOS AMBIENTAIS

Como visto, a condição dos deslocados ambientais no Brasil permanece como uma grave lacuna na legislação, especialmente por se tratar de um país que vem enfrentando uma preocupante frequência e gravidade de desastres naturais, em parte impulsionados pelas mudanças climáticas e ação humana. Contudo, essa tendência se repete por todo o globo, pois grande parte dos instrumentos internacionais analisados, sob a ótica dos deslocados ambientais, também permanecerem falhos no reconhecimento dessas pessoas e de suas necessidades (Fernandes, 2013).

Apesar desse cenário, há de se extrair algumas possibilidades de contribuição que esses instrumentos internacionais podem agregar a nível interno brasileiro.

Inicialmente, nota-se a urgência em ampliar o conceito de refugiado, termo base para a atribuição de amparo jurídico legal e direitos específicos, internacionalmente. A questão é que o termo refugiado, tal qual definido na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967, não abarcam mais a atual complexidade de situações que os países enfrentam, situações estas que não mais

se resumem a questões de conflito, perseguições políticas, religiosas ou étnicas. De tal modo, a expansão desse conceito para incluir os refugiados e deslocados ambientais pode representar um avanço significativo para o amparo dessas pessoas.

Nesse sentido, a Lei nº 9.474 de 1997 permanece com o conceito de refugiado restrito aos moldes da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967. Uma possibilidade de ampliação seria incorporar à Lei nº 9.474/1997 a definição proposta pela Declaração de Cartagena, de 1984, uma vez que esta ampliou o conceito de refugiado para incluir aqueles que se deslocam além fronteiras devido a situações que "perturbem gravemente a ordem pública", permitindo uma fundamentação para argumentar que desastres ambientais se enquadram nesta definição (ACNUR, 1984).

Embora a Declaração de Cartagena não tenha caráter vinculante, ela também instiga os Estados a incorporar a proteção aos deslocados internos em suas legislações. Essa ideia foi fortalecida e expandida pela Declaração de São José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas de 1994, que enfatiza a importância do reconhecimento dos direitos humanos das pessoas deslocadas. Integrar essas recomendações ao contexto legislativo do Brasil poderia facilitar o reconhecimento dos deslocados ambientais como uma categoria legítima de refugiados. Isso, por sua vez, garantiria a esses indivíduos direitos equivalentes aos conferidos aos refugiados tradicionais, proporcionando-lhes proteção e segurança jurídica (ACNUR, 1994).

Os Princípios Orientadores sobre Deslocamento Interno da ONU, de 1998, também contam com uma definição de deslocados internos bastante ampla, reconhecendo inclusive a ocorrência de deslocamentos internos devido a calamidades naturais. Assim, os referidos princípios poderiam servir de base para o desenvolvimento de normativas nacionais relativas aos deslocados internos devido a desastres ambientais e mudanças climáticas, inclusive com o reconhecimento de direitos e

mecanismos de proteção e assistência para essas pessoas. Os Princípios também poderiam ser incorporados à Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, tornando-a mais robusta no sentido de medidas de prevenção, resposta e recuperação em desastres, bem como de assistência aos deslocados e demais pessoas afetadas (ACNUR, 1998; Brasil, 2012).

Considerando o cenário da intensificação das mudanças climáticas e desastres decorrentes, seria pertinente complementar também o Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima, no âmbito dos deslocados climáticos, que não são expressamente citados no PNA atual. Nesse sentido, as diretrizes da Iniciativa de Nansen poderiam ampliar o PNA, fortalecendo esta política interna e criando uma base para o amparo aos deslocados. Esse complemento poderia ser conduzido pela definição padrões de tratamento para essas pessoas, aliado à cooperação internacional, se necessário. Também seria relevante estimular os estados e municípios a desenvolverem planos locais de adaptação e mitigação às mudanças climáticas, tendo em vista as particularidades de cada região e as populações locais mais vulneráveis ao deslocamento em cada tipo de desastre.

Com relação ao aspecto da cooperação internacional, seria de grande valia o estabelecimento de acordos regionais com países fronteiriços e próximos, para coordenar regionalmente as questões de deslocamento e provisão de recursos em casos de desastres, inclusive visando a colaboração para a proteção e assistência humanitária aos refugiados ambientais.

Em continuidade, é imprescindível integrar os direitos humanos à questão dos deslocados ambientais. À luz dos Direitos Universais e, mais especificamente, da Declaração de São José, demonstra-se a necessidade de alinhar os direitos humanos à questão dos deslocados, tendo por base a condição de pessoa humana. Além de vincular esse entendimento da Declaração de São José às normativas nacionais, há de se implementar políticas econômicas, de assistência social para as

pessoas deslocadas, possibilitando sua integração na comunidade de acolhida, bem como o acesso a serviços essenciais como habitação, saúde e educação (ACNUR, 1994).

Ao vincular os direitos humanos à questão dos deslocados ambientais, deve-se recordar ainda, no âmbito da legislação brasileira, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este, trata-se de um direito de terceira dimensão, figurando dentre os direitos vinculados aos valores de solidariedade, fraternidade, direitos dos povos, sendo de interesse de toda a humanidade. De fato, deve-se rememorar que o direito ao meio ambiente se fundamenta na solidariedade entre as gerações presentes e entre estas e as futuras gerações (Mirra, 2017).

Como reitera Mirra (2017), o direito ao meio ambiente, além de outros direitos fundamentais, são amplamente violados em situações de desastres naturais, especialmente quando as pessoas são forçadas a se deslocarem, conduzindo ao entendimento de que a proteção ambiental é indissociável do bem-estar humano.

Por fim, outro ponto a ser considerado na discussão sobre a proteção dos deslocados ambientais são os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), cujo prazo de consecução da Agenda 2030 se aproxima. Dentre as metas da Agenda 2030, o ODS 1 (que trata da erradicação da pobreza), o ODS 10 (redução das desigualdades), ODS 11 (cidades e comunidades sustentáveis), ODS 13 (ação contra a mudança global do clima), além de outros como saúde e bem-estar (ODS 3) e água potável e saneamento (ODS 6) vão de encontro às problemáticas enfrentadas em situações de desastres ambientais pelas pessoas afetadas e pelas que são forçadas a deslocarem-se.

Diante disso, discutir e elaborar uma legislação e políticas públicas que mencionem e amparem deslocados e refugiados ambientais não se trata de apenas satisfazer questões humanitárias emergenciais e pontuais, mas compõe parte relevante dos esforços para o desenvolvimento sustentável, especialmente

diante de um cenário climático que tende a intensificar a frequência de eventos extremos. Logo, seja atribuindo aos deslocados internos os mesmos direitos de refugiados ou elaborando uma legislação específica, o Brasil, nem os demais países, podem continuar se omitindo frente à questão dos deslocados ambientais e refugiados climáticos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os seres humanos e a natureza sempre compartilharam uma relação inerente. Tal relação, que a princípio limitava-se ao fator de subsistência, atualmente se envereda para a exploração exacerbada de recursos naturais até exauri-los ou inutilizá-los. Dentre as consequências dessa crise, as catástrofes ambientais figuram como uma das mais notáveis.

O estudo demonstrou que, mesmo diante da intensificação da mudança global do clima e dos seus consequentes eventos extremos, conceitos e definições importantes para a proteção de grupos afetados permanecem atados a realidades históricas muito distantes da atual. Evidenciou-se que, apesar de não haver uma definição formal internacional ou internamente sobre os deslocados ambientais, essas pessoas existem e o seu número tende a crescer ano após ano.

No caso do Brasil, não faltam desastres naturais que ilustram a situação dramática de pessoas forçadas a abandonar seu local de residência e deslocarem-se para outras regiões, muitas vezes sem amparo jurídico e humanitário algum. Essas pessoas permanecem no limbo jurídico, como menciona Rech (2021), sequer existindo diante do quadro legal do seu país.

Como discutido e apresentado neste estudo, existem possibilidades de articulação entre alguns instrumentos internacionais para aprimorar e melhorar a legislação brasileira e as políticas públicas, em prol dos deslocados internos. Primariamente, é imprescindível que essas pessoas

sejam devidamente reconhecidas pelos instrumentos legais, para que de fato possam ser amparadas e terem seus direitos respeitados em contextos de tão grande vulnerabilidade, como um desastre ambiental.

REFERÊNCIAS

ACNUR BRASIL: **Convenção de 1951**. 2024. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951/>. Acesso em: 10 jun. 2024.

ACNUR. **Declaração de Cartagena: Conclusões e recomendações**. 1984. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

ACNUR. **Declaração de São José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas**. Colóquio Internacional em Comemoração do Décimo Aniversário da Declaração de Cartagena sobre Refugiados, São José, 1994. Disponível em: <https://www.ikmr.org/instrumentos-internacionais/declaracao-de-sao-jose-sobre-refugiados-e-pessoas-deslocadas/>. Acesso em: 16 jul. 2024.

ACNUR. **Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos**. 1998. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Documentos_da_ONU/Principios_orientadores_relativos_aos_deslocados_internos_1998.pdf. Acesso em: 15 jun. 2024.

ACNUR: **“Refugiados” e “Migrantes”**: Perguntas Frequentes. 22 mar. 2016. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2016/03/2/refugiados-e-migrantes-perguntas-frequentes/>. Acesso em: 15 jun. 2024.

BRASIL. Lei n.º 14.750, de 12 de dezembro de 2023: Dispõe sobre a política nacional de apoio

às pessoas deslocadas por mudanças climáticas e desastres ambientais. Diário Oficial da União, 13 dez. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2024/2023/Lei/L14750.htm. Acesso em: 22 jul. 2024.

BRASIL. Lei n.º 12.608, de 10 de abril de 2012: Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nos 12.340, de 1º de dezembro de 2010, e 12.377, de 30 de dezembro de 2010; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, ano 149, n. 70, p. 1, 11 abr. 2012.

BRASIL. Lei n.º 9.474, de 22 de julho de 1997: Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, 23 jul. 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima**: sumário executivo. Brasília: MMA, 2016.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. **Refugiados ambientais**: mudanças climáticas, migrações internacionais e governança global. 2012. 113 f., il. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável) — Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

DE SOUZA NETTO, A. E.; FERRARI, F. J.; DE LIMA, G. M. Estudo de caso de crimes contra a fauna aquática previstos na Lei n.º 9.605/98. **Diálogos Possíveis**, v. 21, n. 1, 2022.

DE SOUZA NETTO, J. L.; GARCEL, A.; GUILHERME, G. C. A sustentabilidade empresarial na prescrição das execuções fiscais como modelo cooperativo processual. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, v. 4, n. 25, p. 134-153, 2019.

FERNANDES, Elizabeth Alves. **Movimentos desiguais**: Reflexões sobre a proteção internacional das pessoas forçadas a se deslocar por causas ambientais agravadas pelas mudanças climáticas. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

JUBILUT, Liliana Lyra; SILVA, João Carlos Jarochinski; KOSIAK, Ana Carolina Contin. Panorama Histórico do Direito Internacional dos Refugiados no Brasil no marco dos 25 anos da Lei 9.474/97. **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais** – RBHCS, v. 15 n. 30, jan./jun., 2023.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **A questão dos "refugiados" climáticos e ambientais no Direito Ambiental**. Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/ambiente-juridico-questao-refugiados-climaticos-ambientais-direito-ambiental/>. Acesso em: 15 jul. 2024.

MOREIRA, Julia Bertino; BORBA, Janine Hadassa Oliveira Marques de. Invertendo o enfoque das "crises migratórias" para as "migrações de crise": uma revisão conceitual no campo das migrações. *Revista Brasileira de Estudos de População*, v. 38, p. e0137, 2021.

ONU. **Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, Genebra, 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 10 jun. 2024.

ONU. **Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados**. Assembleia Geral das Nações Unidas, Nova Iorque, 1967. Disponível

em:

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 15 jun. 2024.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. **Convenção da OUA que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados em África**. Adis Abeba, 1969. Disponível em: <https://www.unhcr.org/about-us/background/45dc1a682/oau-convention-governing-specific-aspects-refugee-problems-africa-adopted.html>. Acesso em: 10 jul. 2024.

PACÍFICO, Andrea Pacheco; GAUDÊNCIO, Marina Ribeiro Barboza. A proteção dos deslocados ambientais no regime internacional dos refugiados. **REMHU: Revista interdisciplinar da mobilidade humana**, v. 22, p. 133-148, 2014.

PACÍFICO, Andrea Pacheco; PINHEIRO, Andrezza Teles; GRANJA, Júlia Patrícia Ferreira de Vasconcelos; VARELA, Adolfo. **O estado da arte sobre refugiados, deslocados internos, deslocados ambientais e apátridas no Brasil**: Atualização do Diretório Nacional do ACNUR de teses, dissertações, trabalhos de conclusão de curso de graduação em João Pessoa (Paraíba) e artigos (2007 a 2017). Campina Grande: EDUEPB, 2020.

PAJARES, Miguel. **Refugiados climáticos**: Un gran reto del siglo XXI. Barcelona: Rayo Verde Editorial, 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RECH, Pedro Augusto Lopes. **"Refugiados Ambientais"**: alternativas de proteção jurídica no contexto internacional. Monografia (Curso de Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Rio Grande

do Sul, 2021. Disponível em:
https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/08/pedro_rech.pdf. Acesso em: 15 jun. 2024.

THE NANSSEN INITIATIVE: **Disaster-induced cross-border displacement**. 2015. Disponível em: https://disasterdisplacement.org/wp-content/uploads/2014/08/EN_Protection_Agenda_Volume_I_-low_res.pdf. Acesso em: 15 jul. 2024.

PODER CONSTITUINTE COM (O) DIREITO DE RESISTÊNCIA: ALTERNATIVAS TEÓRICAS E PRÁTICAS DA CRISE DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL



Vera Karam de Chueiri¹

O artigo parte da fundamental relação entre constitucionalismo e democracia, da ideia de Constituição radical como, também, do contexto de crise da democracia constitucional para trabalhar uma particular noção de poder constituinte com(o) direito de resistência. Neste sentido, o poder constituinte é investigado não apenas como produto de uma revolução ou desordem/desordenação, mas também como ordem ou ordenação, isto é, como fator necessário para estabilidade democrática constitucional em circunstâncias de abuso governamental. Isto, pois, em situações de enfraquecimento e crise destrutiva/degenerativa da democracia constitucional, em situações de abuso governamental (de maneira geral), a (re)ativação do poder constituinte pode se dar como exercício do direito de resistência (por meio da Constituição radical).

Palavras-chave: Poder constituinte, direito de resistência, constituição radical.

¹ Professora titular de Direito Constitucional da UFPR. Pesquisadora do CNPQ e do CONS/PPGD/UFPR. lattes: <http://lattes.cnpq.br/6091643712340626> orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7069-5272> E-mail: vkchueiri@ufpr.br

The article starts from the fundamental relationship between constitutionalism and democracy, from the idea of a radical Constitution as well as from the context of the crisis of constitutional democracy to work on a particular notion of constituent power as the right of resistance. In this sense, constituent power is investigated not only as a product of a revolution or disorder/disorder, but also as order or ordering, that is, as a necessary factor for constitutional democratic stability in circumstances of government abuse. That is, in situations of weakening and destructive/degenerative crisis of constitutional democracy, in situations of government abuse (in general), the (re)activation of constituent power can occur as an exercise of the right of resistance (through the Radical Constitution).

Keywords: constituent power, right of resistance, radical constitution.

INTRODUÇÃO

As crises pelas quais as democracias constitucionais têm sido afetadas no mundo são urgentes e relevantes, tanto do ponto de vista da sua investigação teórica, quanto do ponto de vista prático. Compreendê-las para delas assimilar o que for produtivo ou pedagógico ou combatê-las e superá-las é fundamental para a saúde (conceitual e efetiva) da democracia constitucional. Países como Brasil (poderia citar, ainda, Chile, Argentina, Egito, Israel, Turquia, África do Sul, Itália, Hungria, Polônia, Venezuela, Estados Unidos, Espanha, Tailândia, entre outros) ou experimentaram ou estão experimentando crises que afetaram ou tem afetado as suas estruturas democráticas-constitucionais. As causas são variadas e precisam ser pesquisadas em seus diferentes contextos, não obstante, a premissa de salvaguardar a democracia constitucional se aplique, genericamente, a todos os contextos de crise pelos valores que ela (a democracia-constitucional) agrega e preserva. Daí a pertinência de discutir o poder constituinte como um dos conceitos e das práticas necessárias de ser ativadas em contextos de ataques às democracias-constitucionais. Eis o recorte deste artigo.

Neste sentido, pretendo discutir o conceito de poder constituinte como direito de resistência diante da crise e da instabilidade das democracias constitucionais. Vale dizer, o poder constituinte será investigado não apenas como produto de desordem ou desordenação, mas também como ordem ou ordenação, isto é, como fator necessário para estabilidade democrática constitucional em circunstâncias de crise que redundam em abuso governamental. Isto, pois, em situações de enfraquecimento e crise destrutiva da democracia constitucional, em situações de abuso governamental (de maneira geral), a (re)ativação do poder constituinte pode se dar como exercício do direito de resistência.

Historicamente, no Brasil e fora dele, o conceito de poder constituinte tem sido forjado em situações de crise, conflito e transformação e tem se dirigido à resistência e à revolução democrática contra a fixidez e a permanência do poder abusivo do governo. Não por acaso, este conceito foi apropriado, estrategicamente, e

utilizado, distorcidamente, no caso da ditadura civil-militar brasileira, para justificar os atos institucionais e o constitucionalismo de exceção que vigorou após o golpe civil-militar de 1964.¹

Ainda, é importante sublinhar que o poder constituinte não pode ser pensado e praticado de maneira divorciada dos poderes constituídos. Isto é, o poder constituinte experimenta desde sempre uma certa ambiguidade. Assim, a discussão que proponho neste artigo, vai de encontro à simplificação e ao senso comum que envolve o conceito e a prática do poder constituinte e pretende responder as seguintes questões: como se articula o poder constituinte com o poder soberano desde um ponto de vista horizontal, isto é, de uma relação que não é de comando-obediência, mas de participação coletiva; de co-(i)nstituir? Como o poder constituinte com(o) direito de resistência invoca antes o 'poder de' ao invés do 'pode sobre'? Como lidar com a ambiguidade que há na ideia do poder constituinte como direito de resistência, isto é, como o direito de resistência pode ser ativado no espaço e tempo que há entre o poder constituinte e os poderes constituídos?

1 PODER CONSTITUINTE COMO 'PODER DE' AO INVÉS DE 'PODER SOBRE'

O constitucionalismo progressista liberal², de uma maneira geral, não se interessa pelo poder constituinte³ e sua relação com o poder constituído para pensar o arranjo constitucional democrático. Da mesma maneira, não prestigia o tipo de relação que valoriza a tensão e a crise que caracteriza esse arranjo. A filosofia política crítica, ao contrário, prestigia e investiga o poder constituinte. Este artigo segue na confluência destes dois campos, a teoria constitucional progressista e a filosofia política crítica, com os respectivos recortes de temas e autores para discutir o poder constituinte - em sua ambivalência - e demonstrar a pertinência e necessidade dessa discussão para (re)pensar e praticar a democracia constitucional nestes tempos da segunda década do século vinte.

Andreas Kalyvas (2012) afirma que os conceitos, a partir da sua espacialidade, tem histórias e geografias e, assim, acontece com o poder constituinte.

desestabilidade interpretativa que relativiza a pretensão de que tais conceitos são pressupostamente incontestáveis ou que não se tenha concepções sobre tais conceitos que sejam paradoxais.

³ Ver a observação que faz Bercovicci (2013, p. 305) em seu artigo O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte: A doutrina jurídica tradicional entende que o povo e o poder constituinte não têm lugar no direito público, por não serem "categorias jurídicas".

¹ Ver os preâmbulos dos Atos institucionais.

² A disputa de sentidos sublinha a controvérsia que pode há ver entre concepções diferentes acerca do constitucionalismo, da democracia e do seu vínculo e da possível contradição entre elas, não obstante os liberais assumam que se trate de concepções racionalmente convincentes. Compatibilizar a exigência de racionalidade para justificação do regime político em bases legítimas e admitir que há vários argumentos em disputa, em torno de diferentes e divergentes concepções sobre dado conceito é um dos fatores que faz com que os autores liberais contemporâneos sejam progressistas. Isto, pois, provoca uma interessante

Neste sentido, o poder constituinte na América do Sul, na experiência do constitucionalismo da região, recolou na agenda do estudo e da prática do direito constitucional a questão da fundação, re-fundação e manutenção do poder democrático sempre a partir da democracia, pensada desde os movimentos anticoloniais que marcaram a região até os movimentos contra o autoritarismo e as ditaduras no século passado e os movimentos mais recentes contra as novas práticas desconstituintes e erosivas das democracias constitucionais da região (Paixão, 2020a, p. 04).

Assim, o poder constituinte não se esgota nos arranjos governamentais estabelecidos, nem mesmo quando estes restam estáveis, permanecendo ativo como impulso próprio das democracias por meio da aplicação da Constituição (radical)⁴. O gatilho para a ação política (não só extraordinária, mas, também, ordinária) está na Constituição, cuja fundamentalidade (que a distingue das leis infra-constitucionais) pressupõe o poder constituinte do povo, isto é, o povo é soberano em função do seu poder de constituir, da sua autonomia para tanto, do quão livre e igualitária é sua participação. Co-constituir prestigia antes a participação igualitária do que a obediência e é o poder constituinte que o faz ao articular autonomia e auto-governo, participação e igualdade. O poder de constituir pressupõe e estimula relações de associação, isto é, o sujeito constituinte tem uma existência coletiva e sua identidade se forja neste contexto.

Os contextos de mudança constitucional são ativados por ações que tem em seu início o inconformismo, o desconforto e a insatisfação com a ordem a posta, exigindo, ao mesmo tempo, um tipo de resistência diante dela.

A luta anticolonial e antiautoritária, assim como o direito de resistência invocam esse 'poder de', que se diferencia de um 'poder sobre'. Este 'poder de' está na base e opera horizontalmente. A democracia constitucional está mais do nunca na mira, seja para atingi-la e erodi-la, seja para, ao contrário, afirmá-la por meio da recuperação do poder do povo de decidir sobre o que lhe afeta e de como decidir, de maneira a prestigiar conteúdos e procedimentos democráticos. Para isso, a ativação do poder constituinte como revisão das regras do jogo político (da constituição) e como resistência é uma possibilidade e alternativa interessante.

Conforme Kalyvas (2012) este poder constituinte veicula os atributos coletivos e impessoais da soberania, sua dimensão pública associativa e suas inclinações federativas. Este poder está na fundação, na re-fundação e na manutenção do poder democrático. Como? A partir do compartilhamento de algumas concepções que implicam o conceito de poder

constituinte: práticas coletivas e pluralidade de atores no ato de co-constituir algo. Isto requer igualdade, participação igualitária, isto é, co-constituir é um ato de cooperação de todos. Isto que é mais evidente no ato de fundação do poder, reaparece em atos de re-fundação do poder e, também, da sua manutenção, na medida em que estes atos apontam para uma estrutura federativa e associativa do poder público que tenciona, a todo momento, com a centralização, a concentração e a hierarquização do poder. A soberania popular institui e constitui; é um impulso produtivo e generativo do poder constituinte e segue nos poderes constituídos.

Em momentos de crise destrutiva do arranjo democrático-constitucional, o poder constituinte, em sua ambivalência, age no interior e no exterior dos poderes constituídos, no sentido de reconstituir a existência política do povo e renovar sua identidade constitucional. Daí o vínculo do poder constituinte com o direito de resistência e a revolução democrática, as quais, por sua vez, são constitucionais, ou seja momentos de soberania popular são de genuína construção constitucional.

O poder constituinte faz a dialética entre a política e o direito e, ao fazê-lo, mostra como é equivocada a distinção entre aquela como campo exclusivo do poder de fato e este como campo exclusivo da pura normatividade. Nas democracias, a legitimidade depende de quão inclusiva, livre e igualitária é a participação na constituição e preservação da ordem constituída. O respeito à esta decorre da participação em sua fundação e nos atos de re-fundação e não da mera obediência. Vale dizer, o poder constituinte evoca o valor geral da autonomia política: ser livre é viver sob suas próprias leis (autogoverno).

Como sustento na ideia de Constituição radical, o poder constituinte não pode ser consumido pela ordem constitucional, ao contrário, nela permanece e a radicaliza, tornando-a um gatilho para a ação política democrática. "A ideia do poder constituinte como excesso de constitucionalismo é um lembrete de que a política não pode ser reduzida à legalidade abstrata e que a democracia excede suas formas constitucionais". (Kalyvas, 2017, posição 299) Isto porque, tanto o poder constituinte quanto a democracia dizem respeito a atos coletivos de autolegislação e a eventos públicos de mudança e transformação. Ambos pressupõem que o povo, digo, as pessoas de carne e osso de uma dada coletividade, constituem, por meio das suas decisões, as formas políticas da autoridade com a finalidade de organizar e institucionalizar a sua vida comum.

Daí a inferir que o poder constituinte é antes um 'poder de' e não um 'poder sobre'; de que o poder constituinte e a soberania popular estão, desde

⁴ Ver Chueiri, Vera Karam de. *Constituição radical*. Arraes: Belo Horizonte, 2024.

sempre, ligados e articulados. "De fato, ao longo da história do pensamento político ocidental moderno, a soberania como poder constituinte foi sistematicamente eclipsada pela doutrina da soberania entendida como 'o mais alto poder comando'" (Kalyvas, 2017, posição 299)

Conforme afirmei anteriormente, a democracia refere-se à vontade soberana do povo (ou das maiorias populares), enquanto o constitucionalismo significa a limitação dessa vontade, na medida em que oferece as formas institucionais de limitação, como também, os conteúdos que justificam a autoridade que maneja estas formas, por meio da tomada de decisões institucionais. Tomando o vínculo do poder constituinte com a soberania popular desde essa compressão que os articula como um 'poder de' e não um 'poder sobre' e desdobrando-os na forma e no conteúdo da democracia constitucional, o resultado é um de um arranjo no qual o constitucionalismo tenciona com a democracia, porém, não a aniquila. Ao contrário, ele garante que o poder da maioria não seja abusivo, arbitrário e concentrado. Neste sentido, o constitucionalismo exige uma forma e impõe um desenho institucional, em que as funções de governo são separadas e interdependentes; ele organiza seu funcionamento, distribui competências, garante direitos, impõe deveres, propõe diretrizes públicas, ajusta territorialmente o poder, entre outras coisas e, assim, viabiliza a vontade soberana do povo ou das maiorias. Jeremy Waldron (2016, p. 23-44) dá um passo a frente e nos provoca a pensar numa forma e num conteúdo do constitucionalismo que, a partir das Constituições, não apenas se trate de limitar o poder, mas sim, de empoderar as pessoas comuns nas democracias e permitir que elas controlem as fontes do direito e aproveitem o aparato do governo para as suas legítimas aspirações. Tal compreensão pende mais para o viés democrático das constituições, segundo o autor, do que para o seu viés constitucionalista.

Segundo Colón-Ríos (2013, p. 23) é preciso levar o debate sobre constitucionalismo e democracia para um terreno menos seguro e mais democrático, onde as perguntas básicas sobre o poder constituinte do povo, da participação popular na reforma da constituição e das formas em que uma Constituição pode frustrar o autogoverno democrático, sejam centrais. (Chueiri, 2024, p. 31). Para o autor, o constitucionalismo pressupõe que a Constituição esteja permanentemente aberta à mudança com gatilhos que acionem o poder constituinte

de tempos em tempos. Constitucionalismo fraco e democracia forte afetam a noção liberal de autoridade e legitimidade realocando-as em um lugar menos liberal e mais democrático. A ordem constitucional deve não apenas aspirar, mas satisfazer os princípios da participação e deliberação popular, no sentido da abertura democrática e, para tanto, o poder constituinte deve ser reativado para efetivar tais princípios (por meio da Constituição ou dos poderes constituídos). Vale dizer, o poder constituinte não se constitui numa ameaça, mas sim numa oportunidade para que a Constituição não careça de legitimidade seguindo aberta para sua renovação de maneira fortemente democrática. Isto, mostra, como o poder constituinte e a Constituição (os poderes constituídos) experimentam essa ambivalência.

Andrew Arato, num trabalho que sintetiza a teoria do poder constituinte e da soberania com a análise comparativa de processos constituintes, diferente dos cientistas políticos e assumindo um ponto de vista normativo⁵, propõe o que ele chama de paradigma multifásico, pós-revolucionário para pensar o poder contituente pós-soberano, ou seja, um poder constituinte pensado não mais a partir da ideia de povo, como uma ficção filosofica que implica unidade e coesão e pressupõe uma vontade, para o autor, supostamente democrática, mas de um povo que é diverso, plural, múltiplo (de uma sociedade civil reflexiva, aberta e autolimitada) e que se reconhece na própria Constituição (Arato, 2016, p. 76).

Arato, afirma sua posição normativa ao propor uma reflexão crítica sobre as experiências negativas marcadas pelo encerramento de um povo pré-constitucional num órgão soberano capaz de expressar sua vontade. Neste ponto, ele se diferencia das posições normativas mais radicais (mais especificamente, da de Colón-Ríos) que, segundo ele, ignoram o aprendizado que a observação empírica pode fornecer. Mesmo propondo uma ideia de poder constituinte pós-soberano, este é tanto mais um 'poder de' ao invés de um 'poder sobre'. Isto é, a leitura que faço da proposta de Arato acerca do poder constituinte arrisca dizer que sua premissa coincide com a que venho defendendo de um 'poder de' em detrimento de um 'poder sobre'. No entanto, se há coincidência nesta premissa, há divergência nos seus desdobramentos. Nestes, reside a importante diferença entre a proposta de Arato, a de Colón-Ríos e, também, a que faço sobre a constituição radical. Isto,

⁵As against most of the comparative and large N literature, e.g., the work of Tom Ginsburg and his collaborators (*The Endurance of Constitutions*), I stress normative theory. Yet my work differs from the works of Negri (*Insurgencies: Constituent Power and the Modern State*) and Kalyvas (*"Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power," Constellations, 2005*), by combining theory with case studies, and through a more consistent critique of the

framework of Carl Schmitt than is to be found either in their work or in Colón-Ríos' *Weak Constitutionalism*. While closer to the approach adopted by the authors in the edited volume by Loughlin and Walker, *The Paradox of Constitutionalism*,¹ I introduce a new paradigm that is not found in the work of any of their contributors. I take law and politics in the life of constitutions equally seriously, and I reduce constitutions to neither, taken alone (Arato, 2017, p. vii-ix).

porque, Colón-Rios ((2012, p. 152-153) potencializa a soberania popular em detrimento dos limites impostos pelo constitucionalismo que, por isso, deveria ser fraco. Assim, para Colón-Rios, episodicamente, a vontade soberana e constituinte do povo deve ser ativada, para além dos limites institucionais, questionando a Constituição posta e apostando, caso necessário, na criação de uma nova. As travas formais e matérias que uma Constituição impõe à sua reforma, como por exemplo, as que decorrem do poder de emenda, são, para o autor, uma maneira de mitigar a democracia e o poder constituinte.

Ao contrário dele, Arato entende que, desde uma perspectiva pós-soberana, pós-revolucionária e multifásica do poder constituinte, não há uma identificação do povo, em teoria e na prática, com uma coletividade coesa, cuja vontade é desde sempre orientadora e orientada pela forma e pelo conteúdo democrático, na manifestação do poder constituinte. Ele acha ficcional esta ideia. "Entre os casos que se propõe a estudar, Arato identifica o episódio constituinte da África do Sul como o caso de sucesso mais próximo do ideal pós-soberano de poder constituinte. Neste modelo não há necessidade de justificar a autoridade de um povo unitário, pré-constitucional e monolítico. A própria constituição pode ser a fonte do significado de povo como uma entidade legal múltipla, diversa e plural, pavimentando uma concepção baseada na sociedade civil reflexiva, aberta e autolimitada (Arato, 2016, p. 76)." (Silva, 2018) Ou seja, o poder constituinte é pós-soberano porque dissolve nas forças políticas da sociedade civil o poder de sentar à mesa para discutir sobre uma Constituição transitória, sobre como se dará a forma de eleição e deliberação dos/das constituintes para elaborar a Constituição definitiva e, assim, rejeita a ideia forte de um povo soberano, coeso e unido como seu titular, a qual pode servir bem, também, para processos constituintes autoritários. Vale dizer, Arato parte de uma análise descritiva da realidade, na qual os poderes constituídos não foram totalmente destituídos, como também da existência e da exigência de um certo grau de institucionalidade, para o exercício do poder constituinte e seus procedimentos.

Entre Colón-Rios e Arato defendo a ideia e a prática da constituição radical também no sentido de um poder constituinte como 'poder de' ao invés de 'poder sobre'. A Constituição radical acontece e, como evento, se coloca no tempo e no espaço das ações que prometem (poder constituinte) e comprometem (constituição) o passado e o futuro no presente. A democracia (e com ela o poder constituinte) e o constitucionalismo (e com ele a Constituição) são enunciados nessa promessa. "Para o constitucionalismo é a promessa da efetivação da Constituição (sua sala de máquinas, os direitos fundamentais, as políticas públicas, etc.) e, para a democracia é a promessa como

a sempre presente possibilidade de renovação daqueles compromissos constitucionais e de abertura — eis que a democracia pressupõe a possibilidade de sua própria desconstrução"(Chueiri, 2024, p. 97).

Ao me referir à Constituição radical falo tanto da norma fundamental quanto da decisão fundamental e da sua não redutibilidade total aos poderes constituídos, na medida em que retém o poder constituinte. Assim compreendida, a Constituição faz a mediação da ação política em momentos de altíssima temperatura (política), como os que reivindicam o poder constituinte. Tais eventos, portanto, não são apenas prestigiados, mas acelerados pela Constituição, até mesmo para acusar seus limites (que podem ser ultrapassados). Assim, a Constituição radical se aplica tanto ao poder constituinte (potência) quanto ao poder constituído (ato) e um não predomina sobre o outro. Daí ela implicar um poder constituinte que é antes um 'poder de' e não um 'poder sobre'. Isto me permite afirmar que o poder constituinte (potência) e os poderes constituídos (ato) são duas faces do mesmo fenômeno, qual seja, a fundação soberana da comunidade política, a qual se vale de uma autoridade que resulta, antes, de engajamento ao poder do que de submissão a ele. Do francês medieval, engagier, significa sob compromisso ou sob promessa, daí en gage, é estar nesse estado ou agir para que ele aconteça.

Ao dizer que o poder constituinte e os poderes constituintes são duas faces do mesmo fenômeno eu sublinho a ambiguidade que os caracteriza, porém não como um defeito, mas sim como uma qualidade deste tipo de relação. Aliás, é importante explorar essa ambiguidade, pois o direito de resistência (e aqui passo ao segundo tópico deste artigo) pode (essa é um hipótese) operar nesse espaço e tempo entre o poder constituinte e os poderes constituídos, na medida em que ele invoca antes o 'poder de' ao invés do "pode sobre". Neste ponto não haveria uma genuína ruptura entre o constituído e o constituinte e a transformação se daria pela articulação ou movimento entre ambos. A considerar que desde os modernos (do século dezesseis) o poder de criar um novo regime constitucional é exercido nas situações em que o governo age abusivamente quebrando a confiança do povo, nada mais oportuno e contemporâneo, do que tratar do poder constituinte e dos poderes constituídos, em sua dinâmica, como exercício da resistência pela comunidade diante de governos arbitrários.

2 RESISTIR COMO RE(CO)INSTITUIÇÃO: PODER CONSTITUINTE E DIREITO DE RESISTÊNCIA

Na segunda parte do artigo pretendo explorar a ideia de poder constituinte (em sua dinâmica com os poderes constituídos) com(o) direito de resistência. O direito de resistência remete a teorias e eventos que

historicamente se relacionam à violação de direitos por parte de quem, ao contrário, deveria protegê-los, garanti-los e efetivá-los, isto é, situações e circunstâncias de abuso de poder que exigem resistência por parte de quem sofre o abuso e a injustiça. O que eu pretendo explorar, nesta segunda parte, diz respeito às situações e circunstâncias de violações de direitos que tem ocorrido nesta última década do século vinte e um, isto é, da crise degenerativa das democracias constitucionais que ocorrem pela desaplicação da Constituição ou por sua aplicação contra ela mesma. Ou seja, quero pensar o poder constituinte como direito de resistência em circunstâncias em que a Constituição é golpeada sem tanques nas ruas, isto é, sem uma clássica ruptura constitucional e institucional.

Tipicamente o direito de resistência é exercido em situações de violações de direitos por uso abusivo do poder (ditaduras, governos totalitários, autoritários etc.). Pois bem, o cenário contemporâneo no mundo é diferente. Golpes sem tanques nas ruas, sem suspensão da Constituição, violação de direitos por medidas institucionais legislativas, por reformas da Constituição, isto é, sob sua vigência. A Constituição sendo aplicada antagonizando com ela mesma a todo momento; sendo aplicada na medida da sua desaplicação. Neste cenário o que significa resistir e ter um direito de resistir: significa re-ativar a Constituição (radical); significa re-constituí-la horizontalmente. Aqui o poder se exerce numa relação não vertical de obediência, mas de chamamento à participação coletiva. Eis o momento em que isso que venho chamando de poder constituinte como direito de resistência entra para (re)aplicação da Constituição. Isso chama a um novo evento constituinte? Não necessariamente. Essa hipótese pode ser levada em conta, mas o artigo quer pensar na re-co-(i)nstituição da democracias constitucional como um ato de resistência. A crise degenerativa do arranjo em vários lugares do mundo e, também, no Brasil, especialmente no período de 2016 a 2022, e o conseqüente estrago causado na casa de máquinas da Constituição é uma questão de urgência, emergência e uma questão de ou para (re)estabilização da democracia constitucional no seu "long run".

O direito de resistência sempre é oponível ao Estado e ao governo, mas não à Constituição. Ele não impede a crise degenerativa, a erosão, mas a combate. Tanto teórica, quanto historicamente, o poder constituinte se manifesta de diversas formas e esta é uma delas.

Este artigo coloca, teórica e normativamente, para a teoria constitucional contemporânea questões urgentes não sem estar voltado para o Brasil, e para os desafios que a nossa democracia constitucional vem experimentando. O que parecia ser a melhor opção disponível (e por isso a mais desejada e disputada), passa a ser substituída por outros tipos de regime, mais

fechados, pouco ou nada democráticos que, assim, comprometem o exercício dos direitos fundamentais (em todos os sentidos), a separação de poderes, as eleições livres e justas, a participação popular na tomada de decisão, o controle ou a fiscalização das instituições, o pluralismo etc. Neste cenário (mas não só) importa retomar a pesquisa (reflexão e discussão) sobre o poder constituinte na conjugação com o direito de resistência. Não se trata tão somente de recuperar uma antiga discussão de mais de três séculos atrás, mas recuperar a ideia em um cenário diverso e partir de conceitos e concepções que disputam a compreensão desse cenário. Neste sentido, este artigo é tanto relevante pelas suas premissas normativas quanto pela intervenção que ele propõe nas instituições para salvaguardar as democracias constitucionais.

É da tradição liberal a possibilidade de se insurgir contra um governo abusivo, de se opor a uma ordem injusta e, no limite, até mesmo desobedece-la. Desde Locke, o direito de resistência é pautado, no entanto, sob o fundamento da liberdade que é inerente à natureza humana e, por isso mesmo, deve ser intocável pelo governo. Daí o direito de resistência ser pensado a partir dessa tradição liberal, como um tipo de ação política contra os ataques institucionais que precisamente minam aquilo que se quer preservar. Contemporaneamente, eu diria que, minam, precisamente, o arranjo constitucional democrático.

Lembremos dos regimes de exceção como o que o Brasil viveu na ditadura do Estado Novo e na ditadura civil-militar de 1964 nos quais, apesar do funcionamento das instituições do judiciário, do executivo e do legislativo, estas serviam tanto mais aos interesses do governo autoritário da época quanto aos interesses de seus apoiadores internos e externos, de forma que, os expedientes de governabilidade, se pautavam em medidas de exceção, como os atos institucionais, a Lei de Segurança Nacional, a Lei de Imprensa entre outras que criminalizam os que se opunham ao regime. Diante desse estado de coisas, é que resistência com(o) direito surge como alternativa, isto é, a resistência é uma alternativa contra o esgarçamento das democracias constitucionais e uma das formas de exercitá-la é por meio da ativação do poder constituinte. Isto porque a resistência exige reflexão e ação crítica em relação a não ser governado de uma determinada maneira.

A resistência e o poder constituinte se articulam no limiar entre o dentro e o fora, entre o político e o jurídico, em situações em que, o poder constituinte já produz uma normatividade suficiente, estando ou não estando formalmente em vigor. A resistência exige, assim, movimentos re-co-(i)nstituintes, os quais, por sua vez, podem (1) ativar a Constituição que existe mas que, diante das medidas de exceção, deixa de ser aplicada, ou (2) a Constituição

que ainda não existe, senão como como potência constituinte, e, assim, se aplica com um mínimo de vigência formal.

A resistência que ativa o poder constituinte acusa e denuncia os abusos governamentais, isto é, os excessos do poder, e nos coloca a paradoxal situação de que o poder constituinte com(o) direito de resistência opera neste limiar, entre o dentro e o fora da ordem (constitucional democrática). Da perspectiva exclusiva do direito de resistências, sem atrelá-lo ao poder constituinte, há quem, como Roberto Gargarella (2005a, p. 39-41), que afirme a necessidade de haver critérios para o seu exercício. Tais critérios permitem diferenciar a resistência, precisamente como exercício de direitos, do descumprimento do direito por razões autoritárias, criminosas, em geral, fora da legalidade democrática. Segundo o autor, as condições para o exercício do direito de resistência são as seguintes: 1. deve haver um nexo causal entre o Estado e a violação ou abuso do direito; 2. Deve, assim, a ação de resistência ter um nexo com a violação ou abuso de direito e 3. por fim, deve haver proporcionalidade na demanda por parte de quem resiste. Para Gargarella, a resistência ao direito é um daqueles casos limites do constitucionalismo, cujo exercício é fundamental nas democracias constitucionais (Gargarella, 2007, p. 225). Vale dizer, o direito de resistência deve ser exercido em circunstâncias em que o direito "não representa uma expressão mais ou menos fiel da nossa vontade como comunidade", mas sim, "um conjunto de normas alheias aos nossos projetos e controle, que afeta os interesses mais básicos de uma maioria da população, mas frente à qual esta está submetida"(Gargarella, 2007, p. 205).

Novamente aparece a ambiguidade do direito de resistência ao exigir, por um lado, um certo grau de pertencimento e de limitação à ordem para ser legítimo e, por outro, uma certa rebeldia a esse pertencimento e limitação, na medida em que mitiga a sua potência. O outro lado da resistência pode ser um tipo de ação violenta, como se vê nos eventos revolucionários, desde o século dezoito até o século vinte, ou na mobilização das pessoas, seus corpos, nos movimentos de protesto mais recentes, diante do colapso das democracias constitucionais nestas duas décadas do século vinte e um.

Para a proposta deste artigo, a resistência refere-se ao ato de co(i)stituir. Significa resistir, concretamente, aos abusos do governo e aqui, exemplificativamente, cito as diversas medidas executivas e legislativas tomadas durante o governo do ex-presidente Jair Bolsonaro que se enquadram nessa categoria de abusivas ou atentatórias à ordem constitucional e infraconstitucional. Vou me valer de

exemplos aleatórios, mas que são elucidativos dos abusivos do governo. Começo pelo decreto n. 9759 de 11/04/2019 que extinguiu os grupos de trabalho, comitês e conselhos criados até o final de 2018 que tinham caráter consultivo e se constituíam em importante ferramenta de aproximação entre a sociedade civil e o governo, relativamente às principais políticas públicas, seu planejamento, elaboração e execução. Outro exemplo é a diminuição dos investimentos nas políticas públicas de proteção à mulher⁶ que em 2020 foi de apenas dois milhões de reais, representando um subinvestimento. "Para a Casa da Mulher Brasileira, ao longo do ano, o ministério gastou somente R\$ 66 mil". (...) De janeiro de 2019 a julho de 2021, o Planalto não gastou R\$ 376,4 milhões dos R\$ 1,1 bilhão disponíveis para 10 rubricas que têm as mulheres como público alvo no Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos e no Ministério da Saúde" (Fachin, Bonatto, Ramos, 2022, p. 55). Também, a alteração do rito constitucional de tramitação e votação das medidas provisórias por meio do ato conjunto n.01/2020 da Câmara e do Senado (Godoy, Chueiri, 202, p.). Ainda, o furo do teto de gastos do governo que somaram R\$ 794,9 bilhões de 2019 a 2022, representando a soma de autorizações que a gestão obteve no Congresso para gastar acima do limite constitucional e outras manobras que driblaram o teto, como o adiamento do pagamento de precatórios (dívidas do governo reconhecidas judicialmente) e a mudança do cálculo para definir o teto em 2022 (Schreiber, 2022). Por fim, esse, talvez, o mais trágico exemplo de todos, diz respeito às medidas de gestão da pandemia da COVID-19 que resultaram em, aproximadamente, setecentas mil

⁶ Ver. Fachin, Melina; Bonatto, Marina; Ramos, Catarina M. V. . "O Brasil é a virgem que todo tarado quer". Populismo e retrocesso nas

políticas de gênero. In: Cruz; Cabral; Horsth; Chueiri, *Erosão Constitucional*(2022, p. 55).

mortes no Brasil.⁷ É neste sentido que re(co)instituir a ordem significa, de um lado, ações políticas de resistência, que convoquem a todos e todas que compartilham o pertencimento a uma comunidade fundada nas promessas e nos compromissos democráticos e constitucionais, -a começar pelo igual respeito e consideração- e, de outro, ações institucionais de resistência que reapliquem a Constituição, significando-a.

Na passagem abaixo, Adreas Kalyvas (2013, p. 50-51) desdobra, essa re(co)instituição que enreda poder constituinte e direito de resistência:

“A resistência ativa e até violenta é tratada como uma legítima força extralegal de mudança política, corretamente exercitada pelo povo ou por seus representantes em casos excepcionais de autodefesa. (...) (A) multidão pode depor governantes injustos e suspender a lei em tempos de crise, os monarcômacos foram adiante ao explorar os efeitos desobedientes e indisciplinados da política constituinte e repensar a natureza conflituosa e revolucionária da soberania popular.

De fato, essa reavaliação antecipa o direito à revolução democrática. O direito de um povo à desobediência, à resistência, a depor ou matar seus governantes (tirânicos), deriva de seu poder soberano para determinar as formas políticas de sua vida comum (Friedrich, 1950, pp. 129-31). Resistência contra governo tirânico é uma manifestação da política constituinte e uma afirmação da soberania popular (Franklin, 1993, pp. 47-53). Os monarcômacos apresentam uma nova justificativa baseada em uma lógica democrática distinta segundo a qual “aqueles que constituem uma

Forma, podem anulá-la”, ou seja, baseada sobre o princípio da soberania popular, segundo o qual o povo, como poder constituinte, é superior e anterior às formas que eles constituem, inclusive reis¹⁴. Esse direito coletivo que prevalece sobre a legalidade monárquica se apoia no poder de muitos para constituir. Oferece validade política e normativa ao recurso excepcional para legitimar a resistência por parte do povo. Para os monarcômacos, o povo soberano é que decide a respeito

da extrema situação de tiranicídio. Dessa maneira, eles podem ganhar o crédito corretamente por terem inventado a primeira teoria democrática moderna de resistência.

A ênfase no excesso revolucionário do poder constituinte carrega um duplo sentido. De um lado, revela a existência condicional e autorizada de todos os poderes constituídos (Allen, [1922] 1977, pp. 311-2, 316-8; Jászi e Lewis, 1957, pp. 52). Formas políticas são desnaturalizadas a ponto de serem tidas como criações humanas históricas, o resultado de uma ação coletiva, provisional e revogável, a ser emendada, transformada, e/ou substituída. Por outro lado, argumenta em favor de uma checagem extraconstitucional sobre as autoridades constituídas, um dispositivo imparcial para a manutenção do reino da lei e limitando os perigos da arbitrariedade e da tirania. Assim, governantes são responsabilizáveis, sujeitos a limitações e obrigações estabelecidas por muitos com sua própria capacidade constituinte. Aqui, a noção de um governo constitucional liderado por lei parece inerente à doutrina democrática de resistência ativa, ou seja, intrínseca ao poder radical para constituir (Franklin, 1969, pp. 37, 42-5).”

O direito de resistência pode se manifestar de várias maneiras, mas o que este artigo quer sublinhar é um tipo de manifestação que responda às crises das democracias constitucionais e que coincida com a re(co)instituição da ordem e a ressignificação da Constituição em sua radicalidade. Isto pode se dar por meio de decisões que acontecem com os corpos na rua, isto é, no calor dos eventos, ou de decisões institucionais executivas, legislativas e judiciais que re(co)instituem a ordem democrática constitucional.

⁷ Ver Kozicki; Chueiri; Silva; Bonatto (2020, p. 144-145). “De acordo com um levantamento do Tribunal de Contas da União publicado em julho de 2020, há 6.157 militares da ativa e da reserva em cargos civis no governo de Bolsonaro, mais que o dobro do que havia em 2018 no governo de Michel Temer (Lis, 2020). Consta no levantamento que do total de militares, 2.643 estão em cargos comissionados do governo, o que representa cerca de 43% do total. Quando o general Walter Souza Braga Netto assumiu a Casa Civil em fevereiro de 2020, o próprio presidente afirmou: “Ficou completamente militarizado o meu terceiro andar”. Informações do Tribunal de Contas da União revelam outro fato extremamente preocupante. Conforme análise de gastos pela auditoria do órgão, o Ministério da Saúde gastou apenas 1/3 da verba emergencial prevista para o enfrentamento da pandemia de Covid-19. A partir de março de 2020, quando a OMS anunciou a existência de uma

pandemia, dos R\$ 38,9 bilhões prometidos, apenas R\$ 11,4 bilhões saíram dos cofres federais até 25 de junho, quando já havia no Brasil 55 mil mortos e 1,2 milhão de infectados no Brasil (Fabrini; Wiziack, 2020). Tampouco atingiram o valor total prometido os pagamentos efetivamente feitos por meio de transferência a estados e municípios, que teriam recebido, respectivamente, 39% e 36% do dinheiro anunciado. O relatório do TCU ainda chama atenção para o fato de não haver qualquer relação entre o dinheiro enviado aos gestores locais e os indicadores locais da doença, conforme consta no relatório, a título exemplificativo, os estados do Pará do Rio de Janeiro, que teriam, à época, a segunda e a terceira maior taxa de mortalidade por Covid-19, ou seja, “duas das três unidades da federação que menos receberam recursos em termos per capita para a pandemia” (Fabrini; Wiziack, 2020).

Nesta hipótese que o direito de resistência com(o) poder constituinte aparece com alternativa, numa articulação que prestigia a democracia e o constitucionalismo e retorna a uma ideia e a uma prática potente de constituição, cuja principal característica é ser radical e radicada, faz todo sentido a distinção entre 'poder sobre' ou soberania como comando e 'poder de' ou soberania como co-instituir conforme sugere Martin Loughlin (com o que Kalyvas concorda e reitera): o "Poder Constituinte como 'poder de' é diferente de 'poder sobre'" (1992, p. 112). Neste sentido, destaco a passagem abaixo:

"(É) muito diferente, de fato. No paradigma do Estado a ênfase está no momento do comando (coercitivo) enquanto a versão constituinte privilegia o ato

de estabelecer e de ordenar. Um é repressivo e estático quando contrastado com a dimensão dinâmica e produtiva do outro. O primeiro objetiva a continuidade e permanência enquanto o segundo deseja mudança e renovação.

Conseqüentemente, enquanto o princípio de comando é baseado no modelo de governo, o princípio de comando da soberania constitucional evoca um evento fundador. O soberano não é um governante, mas um legislador. Então, no lugar de se fixar em um comando superior emanado do topo, a noção de soberano constituinte redireciona a atenção para as fontes subjacentes da realidade instituída localizada na parte mais baixa. O primeiro confia na estrutura vertical enquanto o segundo opera verticalmente. Além do mais, ao contrário do paradigma do comando soberano que convida à personificação – do antigo imperatore, passando pelo rei, ao moderno executivo – o poder constituinte carrega os atributos coletivos e impessoais da soberania, sua dimensão pública associativa e de suas inclinações

federativas" (Kalyvas, 2013, p. 63)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de poder constituinte se relaciona a situações de crise, conflito, transformação e revolução. Não significa que sempre ou necessariamente haverá essa sequência. Ao contrário, há eventos constituintes que implicam em transformação sem revolução, há outros que ocorrem sem participação direta do povo mas por seus representantes eleitos, enfim, tanto do ponto de vista teórico quanto prático, há diferentes sentidos sobre o poder constituinte. Neste artigo, pretendi relacioná-lo ao direito de resistência. Isto é, como o poder constituinte pode ser dirigido à resistência em circunstâncias de crise da democracia constitucional, em sua ambivalência ou em sua dialética com os poderes constituídos. É dizer que os sentidos da Constituição (radical) podem ser restabelecidos por ações e decisões populares e rebeldes e por ações e

decisões institucionais, diante dos abusos governamentais que, sistemática e precisamente, se prestam à aniquilá-la.

Havia, inicialmente, o desejo de discutir neste artigo também o poder de reforma da Constituição e os poderes decorrentes (poder constituinte estadual) nas alternativas da resistência, na medida em que se colocam no limite da relação entre o constituinte e o constituído e podem operar no sentido reconstituente de que falo. Isto, porque, quando se pensa em resistência e (re)constituição da ordem, tem-se que levar em consideração, para além do uso radical da Constituição (fincando suas raízes no poder popular), também seus outros usos (formais, procedimentais) como por exemplo, o poder de emendar. Ou seja, as emendas constitucionais (suas possibilidades – potencialidades e limites) também podem ser fundamentais para resistir, reconstituir e restabilizar.

No entanto, o artigo se limitou à ideia geral do poder constituinte com(o) direito de resistência deixando para o futuro, como seu desdobramento, a questão do poder de reforma e os poderes decorrentes como práticas de resistência por meio do poder constituinte.

As ideias aqui apresentadas são, de certa forma, provisórias e precisam ser teóricas e praticamente testadas. Não obstante, o que as motivou, não tem nada de provisório, isto é, a necessidade de oferecer alternativas diante das crises das democracias constitucionais. Isso é tanto mais necessário e urgente, diante da crise como a que a República Federativa do Brasil experimentou na última década deste século vinte em que, praticamente, desde 2006 até 2022, não

houve um dia se quer sem ataques sistemáticos à Constituição e ao que ela constitui.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARATO, Andrew. Construção constitucional e teorias da democracia. *Lua Nova*, São Paulo, n. 42, p.5-51, 1997.

ARATO, Andrew. *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

ARATO, Andrew. *The Adventures of the Constituent Power: Beyond Revolutions?* Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 305-325, 2013.

BRAVER, Joshua. *Constituent Power as Extraordinary Adaptation* (Não publicado) 2018. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3022221> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3022221>.

CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia e uma prática. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba*, n. 58, p. 25-36, 2013.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Constituição radical. Percursos de constitucionalismo e democracia*. 1ª edição, Belo Horizonte: Arraes, 2024.

CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa Fernandes. (Des)ordem constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 95, p. 259-288, 2015.

CHUEIRI, Vera Karam de; FONSECA, Angela Couto Machado; HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. A constituição (in)corporada. *Católica Law Review*, v. 4, n. 1, p. 81-97, jan. 2020.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. Breve ensaio sobre o judiciário e o executivo na pandemia: a exceção, a regra ou a exceção como regra. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho (Org.). *A pandemia e seus reflexos jurídicos*. Belo Horizonte: Arraes, 2020. p. 361-372.

CHUEIRI, Vera Karam de; KOZICKI, Katya; SILVA, Rick Daniel Pianaro da; BONATTO, Marina. Militarização da saúde: crise e as relações civis-militares no governo Bolsonaro. *Revista Direito Público*, v. 17, n. 96, p. 123-151,

2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4618>.

COLÓN-RÍOS, Joel I. The End of the Constitutionalism-Democracy Debate. *Windsor Review of Legal and Social Issues*, v.28, 2010. (CLPE Research Paper n.3/2009; Victoria University of Wellington Legal Research Paper n.19/2011). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1330636>.

COLÓN-RÍOS, Joel I. *La constitución de la democracia*. Trad. Graciela Muñoz. Bogotá: Universidade de Externado, 2013.

COLÓN-RÍOS, Joel I. Five conceptions of constituent power. 7 VUWLRP 127/2007.

COLÓN-RÍOS, Joel I. *Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*. New York, Routledge, 2012.

ELSTER, J., GARAGARELLA, R.; NARESH, V., RASCH, B.E. *Constituent Assemblies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

FACHIN, Melina G.; BONATTO, Marina; RAMOS, Catarina M. V. . "O Brasil é a virgem que todo tarado quer". *Populismo e retrocesso nas políticas de gênero*. In: Cruz; Cabral; Horsth; Chueiri, *Erosão Constitucional*, 2022.

GARGARELLA, Roberto. *Constitution Making in the Context of Plural Societies*. *Constituent Assemblies*. Cambridge University Press: Cambridge, p. 13-30, 2018. GARGARELLA, Roberto. *La derrota del derecho en América Latina: Siete Tesis*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2020. Edição do Kindle.

GARDBAUM, Stephen. Revolutionary constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 1, p. 173-200, 2017.

GRABER, Mark, LEVINSON, Sandford, TUSHNET, Mark. *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford University Press. Edição do Kindle, 2018.

KALYVAS, Andreas. Poder constituinte: Una breve historia conceptual. In: BUSTAMANTE, Gonzalo. *Democracia y poder constituyente* (Spanish Edition). [S. l.] Fondo de Cultura Económica, 2017. Edição do Kindle.

KALYVAS, Andreas. *Constituent power*. Political concepts. 2012.

KALYVAS, Andreas. *Democracia constituinte*. *Lua Nova*, São Paulo, 89: 37-84, 2013.

LOUGHLIN, Martin. On Constituent Power. In M. Dowdle & M. Wilkinson (Eds.), *Constitutionalism beyond Liberalism* (pp. 151-175). Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

LOUGHLIN, Martin. *Public law and political theory*. Oxford/New York: OUP/Clarendon, 1992.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

PAIXÃO, Cristiano. *Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014)*. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno: Autonomia Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento*, 2014. v. 43. Tomo I.

PAIXÃO, Cristiano. *Captura da constituição e manobras desconstituintes: crônica do Brasil contemporâneo*. GGN, 6 nov. 2020a. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/artigos/captura-da-constituicao-e-manobras-desconstituintes-cronica-do-brasil-contemporaneo-por-cristiano-paixao/>. Acesso em: 6 jul. 2024.

PAIXÃO, Cristiano. *Destruindo "por dentro": práticas desconstituintes do nosso tempo*. GGN, 13 jul. 2020b. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/artigos/destruindo-por-dentro-praticas-desconstituintes-do-nosso-tempo-por-cristiano-paixao/>. Acesso em: 9 jul. 2024.

SCHREIBER, Mariana. <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-63653642>

SILVA, Rick Daniel Pianaro. *Aventuras constituintes: Venezuela e a ditadura soberana do povo*. Trabalho de conclusão de curso. UFPR, 2018.

SULTANY, Nimer. *The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification*. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* volume 47: 373-455).

WALDRON, Jeremy. *Political political theory: Essays on institutions*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2016.

A LINGUAGEM E O ACESSO À JUSTIÇA: O PACTO NACIONAL DO JUDICIÁRIO PELA LINGUAGEM SIMPLES



Karen Paiva Hippertt¹

O trabalho tem como objetivo analisar a relação da linguagem com o acesso à justiça, o conteúdo e papel do Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples. Como problemática questiona-se como o uso da linguagem afeta a prestação jurisdicional. A investigação utiliza-se do método lógico dedutivo combinado aos precedentes de pesquisa bibliográfica e documental. Como principal contribuição, o estudo verifica que o comprometimento com a promoção de uma comunicação inteligível, promovido pelo Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, é fundamental para o efetivo acesso à justiça em uma sociedade e mercado cada vez mais dinâmicos e interconectados. A comunicação

¹ Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Especialista em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Advogada, sócia fundadora do escritório Hippertt & Castro Advogados. Professora. Pesquisadora. E-mail: kph.prof@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3991-8850>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5863810703081925>.

simples, ainda é técnica, mas exige uma maior preocupação com a compreensão do interlocutor, precisa ser assertiva, clara, de fácil entendimento. O estudo conclui que a linguagem simples, àquela técnica ao mesmo tempo em que inteligível, agiliza a marcha processual, aproxima a sociedade da justiça e reduz a chance de erros. Basta ler uma única vez para entender de forma clara. O Pacto Pela Linguagem Simples é um compromisso com uma jurisdição mais qualitativa, capaz de realizar o acesso à justiça efetivo, satisfativo e cada vez mais adequado.

Palavras-chave: Judiciário; linguagem e acesso à justiça; juridiquês; assertividade e dinamismo na comunicação.

DO YOU SPEAK LEGAL TALK?

LANGUAGE AND ACCESS TO JUSTICE: THE NATIONAL JUDICIARY PACT FOR SIMPLE LANGUAGE

The work aims to analyze the relationship between language and access to justice, the content and role of the National Judiciary Pact for Simple Language. As a problem, it is questioned how the use of language affects the jurisdictional provision. The investigation uses the logical deductive method combined with precedents from bibliographic and documentary research. As its main contribution, the study verifies that the commitment to promoting intelligible communication, promoted by the National Judiciary Pact for Simple Language, is fundamental for effective access to justice in an increasingly dynamic and interconnected society and market. Simple communication is still technical, but requires greater concern for the interlocutor's understanding, it needs to be assertive, clear, and easy to understand. The study concludes that simple language, which is both technical and intelligible, speeds up procedural progress, brings society closer to justice and reduces the chance of errors. Just read it once to understand clearly. The Simple Language Pact is a commitment to a more qualitative jurisdiction, capable of providing effective, satisfactory and increasingly adequate access to justice.

Keywords: Judiciary; language and access to justice; legalese; assertiveness and dynamism in communication.

INTRODUÇÃO

Como a linguagem afeta a garantia do acesso à justiça efetivo? Seria ela menos, ou mais importante que uma formação jurídica sólida em termos técnicos?

A pergunta parte da constatação primeira da quantidade de cursos jurídicos no país. Uma preparação cada vez mais deficitária em termos técnicos somada a uma defasagem de escrita que se mantém, não dada a devida atenção, mesmo depois de o aluno passar pela educação de base e terminar o ensino superior.

Além da escrita inadequada não existe uma compreensão clara sobre a diferença entre juridiquês e uma comunicação realmente efetiva para àquilo que se destina.

O comunicar faz parte do dia a dia do operador do direito. O saber comunicar e a capacidade de articular andam lado a lado com a defesa dos direitos.

No Brasil, optou-se por um processo muito mais escrito do que falado, o que responde a indagação sobre a relevância da escrita para a adequada marcha processual e realização dos direitos.

A recíproca é verdadeira, o inverso também se aplica. O juridiquês vai ao encontro da burocracia e de encontro ao dinamismo exigido de uma sociedade contemporânea. De encontro, ao encontro, está aí um exemplo de algo que poderia ser dito de outra forma no contexto do mundo do processo, mas em se tratando de um artigo técnico, em seu devido contexto, mostra-se adequado o seu uso para o público a que se destina.

Em um mundo cada vez mais globalizado, interconectado, dinâmico e veloz o Judiciário precisa se alinhar às exigências do mercado e da sociedade¹. Isso é fundamental tanto para o adequado desenvolvimento do país como para a correlata realização dos direitos.

¹ Sobre os impactos da crise da jurisdição no Judiciário: HIPPERTT, Karen Paiva. **Jurisdição humanista, a ordem econômica do capitalismo e a atividade empresarial** - os impactos da crise do Judiciário na empresa: uma interlocução com a sexta onda do acesso à justiça.

A segunda indagação é a seguinte, quando foi que o português se perdeu no Brasil, já que o melhor português sempre será o que o interlocutor tão logo possa compreender.

No 17º Encontro Nacional do Poder Judiciário foi lançado o Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples.

Falar em um compromisso com uma linguagem simples não é deixar de lado a melhor técnica, mas tornar o discurso de rápida e fácil compreensão pelo leitor. E quem seria o destinatário primeiro da jurisdição, senão, a própria sociedade? Quer dizer, o cidadão, que precisa cada vez mais de uma resposta para suas questões.

Não existe acesso à justiça sem compreensão, muito menos satisfatividade e pacificação social. É muito difícil haver satisfatividade quando inexiste sequer compreensão mínima, quando se tem uma jurisdição tão distante do cidadão.

No contexto de um país heterogêneo e desigual, em que o analfabetismo funcional e informacional são realidade de grande parcela da população a linguagem inacessível torna manca a jurisdição, que não atinge suficientemente seus fins.

O trabalho tem como objetivo analisar a relação da linguagem com o acesso à justiça, o conteúdo e papel do Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples.

Como problemática questiona-se como o uso da linguagem afeta a entrega adequada da prestação jurisdicional, interfere na concreta realização do direito, alcance da pacificação social e satisfatividade, e o papel do Pacto Nacional Penal Linguagem Simples.

A investigação utiliza-se do método hipotético dedutivo e desenvolve-se ao longo de três capítulos principais.

1 JURISDIÇÃO, CRISE E COMUNICAÇÃO: JURIDIQUÊS

2023. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2023.

A conceituação da função jurisdicional remonta a queda do absolutismo e o ingresso no Estado Liberal, quando se priorizou a contenção do arbítrio do poder por meio da divisão tripartite na sistemática dos freios e contrapesos.

Deste então, o Estado tomou para si às funções basilares à vida e ao desenvolvimento social (Grinover, 2015, p. 45), que são exercidas por três poderes interdependentes e autônomos entre si.

Ao lado do dever de administrar e legislar, exercidos pelo Executivo e Legislativo, o Judiciário desempenha a função jurisdicional pacificadora, política e jurídica “[...] de decidir imperativamente e impor decisões [...]” para realizar o bem-comum, explica Grinover (2015, p. 45). Daí que a jurisdição seja dotada não apenas de um escopo jurídico, mas social e político (Dinamarco, p. 46, 2000).

A função judiciária, assim como as demais, se converge à realização dos fins constitucionalmente eleitos. Como resultado, visa fortalecer o Estado Democrático e de Direto com a realização dos direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento nacional, igualdade e justiça para todos.

Como sujeito, destinatário da jurisdição, tem-se à própria sociedade e suas questões cotidianas que pouco de juridiquês entende, mas que dele precisa cada vez mais para buscar os seus direitos.

O Código de Processo Civil elegeram como um de seus pilares a tônica da tutela satisfativa dos direitos e a efetividade.

Os objetivos por de traz da legislação refletem os fins constitucionais e somente serão alcançados quando o jurisdicionado vislumbrar a jurisdição como inteligível e, portanto, acessível.

Para que haja tutela adequada dos direitos com realização dos fins sociais é preciso conhecer e compreender. Um dos entraves do acesso à justiça está ligado a falta de conhecimento da população sobre os seus próprios direitos e como buscá-los.

Primeiro, é preciso conhecer para que, ciente, saiba os caminhos possíveis a seguir para impulsionar o poder inerte para que tutele o direito não realizado, ou violado.

No decorrer da marcha processual também é preciso que se compreenda a inteireza, de forma clara e acessível, do conteúdo de cada decisão, em cada fase do processo. Só assim haverá satisfatividade e a correlata pacificação social. O processo, mais do que tudo, é espaço de voz, democracia, de participatividade.

Com relação a crise da educação sobre os direitos, são necessárias políticas públicas integradas entre os poderes. Para a carência de compreensão das decisões, a saída é uma linguagem adequada e tão logo acessível.

Quando alinhada às tônicas da satisfatividade e efetividade, a jurisdição compõe a lide de forma justa, realiza o direito, restabelece a ordem jurídica violada, a paz social, possibilita a realização dos fins constitucionalmente eleitos, o bem comum e o desenvolvimento.

É claro, existem outras questões envolvendo a crise do acesso à justiça no país, como é o caso da segurança jurídica, isso é fato amplamente debatido por diversos estudiosos. No entanto, as medidas se somam na resolução de um único problema complexo e multifatorial, a realização do acesso à justiça de forma universal no cenário presente.

O acesso à justiça efetivo compreende a árdua missão de identificar e superar todas as barreiras jurídicas e extrajurídicas para a concretização efetiva da garantia no mundo da vida para todos.

Mais do que o ingresso com uma ação, o acesso à justiça é a garantia de impulsionar a jurisdição na busca pela tutela efetiva dos direitos em um processo extremamente adequado do início ao fim – encontra-se no conceito de adequação as noções de efetividade e satisfatividade.

O desenvolvimento do país, a concretização das metas constitucionais e

a realização dos direitos carecem de uma jurisdição hígida e efetiva².

A comunicação dissonante e o distanciamento dos poderes da população associados à insegurança jurídica acentuam a crise de legitimidade dos poderes e o descrédito no sistema de justiça afastando a jurisdição da realização dos seus fins.

A falta de clareza da linguagem também afeta os partícipes do processo, obstruindo a marcha processual.

Em 2015, os países-membros da Nações Unidas, dentre os quais, o Brasil, comprometeram-se com um plano global de ações integradas para acabar com a pobreza, proteger o planeta e garantir até 2030 prosperidade e paz para todas as nações. No total, os 17 (dezesete) Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) vislumbram a construção presente de um amanhã melhor, com paz e prosperidade global.

Como uma das metas de melhoria assumidas, o Brasil comprometeu-se com a promoção de uma sociedade mais pacífica e inclusiva para o desenvolvimento sustentável, “[...] proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”.

A crise da jurisdição e seus intercorrências na concretização das metas constitucionais e globais de desenvolvimento humanos e sustentável, dentre outros fatores, nada mais é do que reflexo de um pensamento burocratizado que perpassa por um caminho contínuo de superação, desde então, culminando com a percepção sobre a necessidade de uma reconfiguração da linguagem.

A história do caminhar dos institutos processuais denota a importância de uma jurisdição menos burocrática e mais próxima da sociedade.

Um grande exemplo dos impactos do formalismo e burocracia reside nos reflexos ainda hoje sentidos oriundos da longa trajetória de vigência do Código de Processo Civil de 1973. Calcado no abstratismo, conceitualismo e formalismo exacerbados o código científico esvaziou a efetividade da prestação jurisdicional.

Os índices de congestionamento da jurisdição e a ineficiência, apesar das diversas medidas e esforços, cresceram tanto a ponto de Ivo Gigo Jr. (2014) intitular a crise de tragédia da justiça, como algo tragicamente inevitável em razão das sucessões dos acontecimentos.

O Código de Processo Civil veio com a promessa da efetividade e satisfatividade, acompanhadas da segurança jurídica, desburocratização e simplicidade.

Agora, além de todas as medidas que já vinham sendo adotadas, impulsionadas pela legislação processual, resoluções do Conselho Nacional de Justiça e pesquisas estatísticas com diagnóstico contínuo, inicia-se o debate sobre a importância da linguagem simples, que seja tão melhor compreendida quanto possível pelos verdadeiros sujeitos da jurisdição – a sociedade que dela precisa.

2 LINGUAGEM E JURISDIÇÃO E LEGITIMIDADE: O COMUNICAR

Escândalos de corrupção, crises sanitárias, conflitos globais, descrédito com relação aos poderes políticos, guerras, tecnologias disruptivas, crise climática e ambiental compõe a realidade presente juntamente com o acentuar do número de conflitos e sensação de instabilidade.

O cenário contemporâneo invoca uma complexidade em todas as áreas que permeiam a vida humana, que são marcadas pela instabilidade e liquidez.

² Cf. HIPPERTT, Karen Paiva. **Jurisdição humanista, a ordem econômica do capitalismo e a atividade empresarial** - os impactos da crise do Judiciário na empresa: uma interlocução com a sexta onda do

acesso à justiça. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2023.

Nada mais é, tudo se coloca em um estado perpétuo e frequente de crises e mudanças disruptivas.

Ainda em um contexto evolutivo efêmero, o Direito permanece sendo um pilar estabilizador das relações sociais que assegura a certeza e confiança nas relações humanas para que se alcance o desenvolvimento social e humano em meio a tantos desafios.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior e Borges Guilherme Roman (2020), por meio de uma repetição exaustiva e padronizada, o Direito desempenha o papel primordial de orientar e padronizar as formas de agir e valores específicos, reduzindo a complexidade da vida. A norma é um fenômeno linguístico complexo que serve como parâmetro decisório e auxilia na tomada de decisão por meio da comunicação.³

Partindo-se da noção de Direito como fenômeno linguístico no contexto da jurisdição, verifica-se que quando violado, o direito material carece da tutela jurisdicional para se realizar, logo, de comunicação. O exercício do direito de ação, o próprio contraditório e ampla defesa carecem da comunicação efetiva no decorrer do processo. Assim, o diálogo no seio da jurisdição é decorrência imediata.

A parte comunica a violação de um direito, o réu manifesta-se em contraditório e, por fim, a marcha processual se encerra pela comunicação do juiz em uma decisão final.

A falta de compreensão do discurso pelas partes acarreta uma crise nos sentidos, com abalo da confiança nas instituições e descrédito acerca da previsibilidade do direito, o que torna instável o momento atual.

Quando não se consegue respostas as perturbações que sofre, as experiências individuais são lidas como "informações ruído" (Junior; Borges, 2020, p. 34). A falta de

compreensão abala a comunicação entre emissor e receptor que fica fragmentada.

Outra perspectiva para tratar da importância da linguagem, a crise da comunicação, da expectativa geral e a falta de crença no sistema de justiça é encontrada no Direito Administrativo.

O Judiciário é um poder com significativo impacto na vida cotidiana, no desenvolvimento e paz social. Exerce serviço público relevante, de modo que a sua atuação está condicionada aos parâmetros que regem a atuação de toda a administração pública.

Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, são alguns dos princípios que devem ser atendidos.

A eficiência tem se destacado nos estudos recentes ao lado da satisfatividade porque a crise da jurisdição e do próprio acesso à justiça, afetam o direito material com abalo na credibilidade e estabilidade do país.

O princípio constitucional da eficiência foi inserido justamente em um cenário de reforma administrativa por meio da EC 19/1998, que inaugurou a chamada Administração Pública Gerencial.

Diferentemente da Administração Burocrática, a Administração Pública Gerencial aproxima às noções de administração gerencial privadas da gestão da coisa pública.

A busca por resultados passa para o primeiro plano e o foco na eficiência obriga a boa administração a atuar com produtividade e economicidade.

A concepção em torno do conceito de boa administração é complexa no contexto do Judiciário porque abarca aspectos qualitativos que traspõe a celeridade singela. O atendimento da eficiência está contido na ideia de acesso à justiça efetivo, a realização das metas e princípios constitucionais.

³ Em caráter prescritivo, o comunicador ou editor normativo trabalha com a expectativa geral ao generalizar expectativas e fixar as regras para o procedimento de comunicação. A atitude normativa, segundo os autores, resulta da comunicação expressa

entre emissor e receptor. No caso de um conflito, haverá um terceiro comunicador, ou editor normativo, o juiz que irá proferir decisão fundamentada (Junior; Borges, 2020, p. 34).

As medidas precisam ser adotadas tanto em termos endoprocessuais como extraprocessuais e de gestão administrativa, já que o adequado funcionamento das instituições do sistema de justiça e a prestação jurisdicional adequada envolvem um complexo emaranhado de questões a se debater, estruturar e implementar.

Outro dever para uma boa e legítima administração é a transparência em toda a atuação do Poder Público, inclusive, de forma ativa, para que se tenha um controle por parte da coletividade titular e destinatária da atividade prestada pela jurisdição.

A transparência é um verdadeiro princípio Republicano e Democrático que permite a fiscalização pelos administrados. Com isso, assegura-se a prestação de contas pela administração, a boa administração e o atendimento do interesse público.

A participação direta dos usuários é explicitada na Constituição Federal (art. 37, §3º, II), mas também no Código de Processo Civil que institui já de início um modelo cooperativo e participativo de processo, firmando como regra a publicidade.

Para que se tenha uma efetiva transparência, por outro lado, é preciso que a coletividade titular e destinatária da atividade jurisdicional possa, de fato, compreender a comunicação no seio do processo.

A linguagem clara e de fácil compreensão também é exigência trazida pela Lei de Acesso à Informação (art. 5º).

O processo democrático carece da linguagem técnica, mas simples, inteligível, que verdadeiramente permita a participação social. Não é possível participar sem que se compreenda e a legitimidade da jurisdição no Estado de Direito carece da efetiva participação.

Muito menos é possível se falar em efetividade, quando se vislumbra um processo completamente inadequado, com decisões barrocas e evidente distanciamento social.

Não cumprirá a jurisdição o seu fim de alcançar pacificação social e

satisfatividade enquanto os comunicadores continuarem a falar grego no processo.

Se o processo é espaço de participação democrática a sociedade é a destinatária titular da linguagem. É preciso apagar o ruído na comunicação, entender para quem se destina a mensagem para adequar a linguagem.

A linguagem adequada, não menos técnica, mas compreensível, alinha-se também à ideia de efetividade. Inexistirá efetividade no processo se a linguagem não for ela mesma efetiva, inclusive, muitas vezes prolongando a compreensão dos próprios operadores do direito.

As mudanças necessárias ao cenário presente reforçam, no âmbito do sistema de justiça, a adoção de soluções globais sistêmicas para alinhar a atuação dos Tribunais ao seu tempo, para que não se mantenham estranhos à própria realidade que buscam assistir, o que inclui o uso de uma linguagem inteligente.

2 O PACTO NACIONAL DO JUDICIÁRIO PELA LINGUAGEM SIMPLES

No 17º Encontro Nacional do Poder Judiciário foi lançado o Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples.

Na oportunidade, o ministro Luiz Roberto Barroso pontuou que muitas das críticas da sociedade direcionadas ao Judiciário decorrem da incompreensão geral sobre o que o Judiciário decide (CNJ, 2023).

A linguagem hermética e inacessível é utilizada como “[...] instrumento de poder, um instrumento de exclusão das pessoas que não possuem aquele conhecimento e, portanto, não podem participar do debate” (CNJ, 2023).

O objetivo do pacto é aproximar a Justiça da sociedade brasileira a partir da difusão no sistema de justiça de uma comunicação mais simples, direta e compreensível pela população brasileira em geral.

O pacto é encampado pela Recomendação nº 144/2023 do Conselho Nacional de Justiça que ao longo de dois artigos orienta de forma geral os Tribunais a implementarem o uso da linguagem simples, inclusive, com a adoção de recursos digitais dinâmicos, nas comunicações e atos que editem.

A recomendação sinaliza que a medida busca fortalecer a relação do Judiciário com a sociedade por meio da “[...] adoção de estratégias de comunicação e de procedimentos objetivos, ágeis e em linguagem de fácil compreensão” (CNJ, 2023).

O Pacto é composto por cinco eixos principais: 1) simplificação da linguagem dos documentos; 2) brevidade nas comunicações; 3) educação, conscientização e capacitação; 4) tecnologia da informação; 5) articulação interinstitucional e social.⁴

A linguagem clara e acessível, segundo a recomendação, deverá prevalecer em todos os atos administrativos e judiciais, com a produção de documento simplificado para os atos que veiculem conteúdo essencialmente técnico-jurídico.

Busca-se eliminar da redação jurídica expressões técnicas desnecessárias e incentivar a brevidade sem deixar de lado a obrigatoriedade de fundamentação robusta das decisões judiciais.

Além da versão completa, o pacto estimula que os Tribunais disponibilizem uma versão resumida do julgamento, explicando, sempre que possível, qual será o impacto na vida do cidadão.

A recomendação incentiva que os Tribunais disponibilizem manuais e guias com o significado das expressões técnicas indispensáveis nos textos jurídicos para orientar o cidadão. Além disso, que reduzam a formalidade em eventos e pronunciamentos.

Para fornecer informações complementares e o acesso a formas alternativas dinâmicas de comunicação como áudio, vídeo legendado, janelas de libras e

outras, viabiliza-se o uso de código de resposta rápida, o QR-Code.

Dentre as diretrizes, a recomendação entra na seara do *visual law e legal design* que emergem de uma aproximação entre direito e *design* com o objetivo de tornar o sistema legal mais compreensível para as pessoas.

A comunicação visual associada a verbal torna às informações que se buscam comunicar, mesmo que complexas, muito mais tangíveis (Brunschwing, 2021).

As decisões judiciais se perfazem por meio do uso da linguagem que tem como emissor o Estado-juiz e receptores os advogados e operadores do direito em geral, as próprias partes e a sociedade.

Para facilitar a compreensão dos documentos e informações jurídicas, a recomendação sinaliza para a necessidade de desenvolvimento de plataformas com interfaces mais intuitivas e com informações claras.

O incentivo a colaboração e cooperação técnica é outro ponto de destaque. A sociedade civil, instituições governamentais ou não, a academia e os veículos de comunicação deverão cooperar para o desenvolvimento de protocolos de simplificação de linguagem, com o compartilhamento de boas práticas, recursos de linguagem e criação de programas.

Como reforço às diretrizes do pacto o Conselho Nacional de Justiça também instituiu o Selo Linguagem Simples a ser concedido todo ano no Dia Internacional da Linguagem Simples (Portaria n. 351/2023, CNJ).

O diálogo se conclui como o triângulo processual, que também envolve as petições elaboradas pelos advogados e eventuais pareceres ministeriais em uma sistemática eminentemente escrita.

Para que o processo se mostre efetivo e legítimo é preciso que a comunicação entre os partícipes seja suficientemente clara, do que resulta a importância do pacto.

⁴ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-da-justica/acessibilidade-e-inclusao/pacto-nacional-do->

[judiciario/-pela-linguagem-simples/eixos/](https://www.cnj.jus.br/judiciario/-pela-linguagem-simples/eixos/).

O emissor precisa partir da compreensão acerca do perfil dos possíveis destinatários para adequar o uso da linguagem. O bom português também é um aliado fundamental da comunicação adequada.

Em um país como o Brasil, não é preciso mencionar que o distanciamento causa uma verdadeira zona de penumbra que afeta tanto os próprios operadores do Direito como a sociedade que vislumbra a comunicação jurídica como um verdadeiro juridiquês, um ambiente completamente inóspito e desconhecido.

Ao priorizar-se o excesso, a compreensão torna-se difícil até para os próprios operadores, mesmo que acostumados com o tecnicismo, o que interrompe a marcha processual.

A simplicidade e clareza permitem a compreensão imediata, também contribuindo para a maior celeridade, efetivo exercício do contraditório e controle público.

Na cultura jurídica burocrática confunde-se tecnicismo e simplicidade, como se a linguagem jurídica, por ser técnica, não pudesse ser simples e facilmente compreendida.

Dito de outro modo, como se a linguagem para ser técnica necessariamente precisasse de um determinado grau de rebuscamento e incompreensão, e a linguagem simples não pudesse de forma alguma ser considerada técnica. Quanto mais incompreensível e barroca mais técnica?

É preciso fazer as pazes com o bom português ensinado nas escolas no sentido de que menos é mais em termos de escrita e comunicação.

A linguagem técnica não precisa ser incompreensível e uma linguagem simples não quer significar uma linguagem menos técnica, como se ambos os elementos fossem antagônicos e não pudessem coexistir. Muito pelo contrário, compreende uma linguagem suficientemente clara e capaz de superar o distanciamento. O bom português e técnica são suficientes para que se comunique com

absoluta clareza fazendo do processo ambiente democrático e de cidadania ativa, com participação efetiva de todos.

Quanto ao uso dos recursos visuais e tecnológicos, deve-se pensar em que condições os gabinetes dos Tribunais, que em sua imensa maioria contam com um elevado volume de ações e diminuto número de profissionais, irão conseguir atender a mudança. Será preciso a adoção de medidas estratégicas institucionais para permitir o avanço sem impactar na celeridade, sem falar na necessidade de formação contínua de todos os servidores.

O uso do *design* aplicado ao Direito certamente alinhará os Tribunais ao que há de mais moderno e, de fato, tornará muito mais visível e acessível àquilo que se quer comunicar. Porém, é preciso uma dose realística sobre a medida de modo a torná-la verdadeiramente efetiva.

A mudança recobra uma formação adequada dos servidores no sentido de que desenvolvam as habilidades e detenham os conhecimentos técnicos necessários para que possam transformar em recurso visual o texto corrido.

Será preciso um maior domínio técnico dos recursos tecnológicos comuns à área do *design*, o que extrapola a formação de base usual dos servidores.

A resolução prevê a necessidade de formação contínua pelos Tribunais, mas de forma genérica. Ainda assim, o fator tempo permanecerá como desafio. De um lado, uma elevada carga de processos, inclusive, de natureza complexa, de outro, um número diminuto de servidores. As equipes do gabinete precisarão lidar com mais um encargo e apenas a formação técnica não se mostrará suficiente para transpor as limitações gerenciais.

Ainda, deve-se compreender que a problemática da crise da justiça e do acesso a ela é complexa e multidimensional. Não se resolverá com a adoção de medidas isoladas, mas sim cumulativas.

O Pacto resolve uma perspectiva particular da crise diagnosticada pelas

pesquisas estatísticas do Justiça em Números, realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça – isoladamente, não soluciona a questão, isso é fato.

Um pesquisador desavisado poderá criticar a medida e pontuar que existem questões mais urgentes e relevantes a se discutir, segurança jurídica, o custeio da justiça etc. No entanto, basta um olhar atento para que se perceba a longa trajetória de diagnóstico estatístico do Conselho Nacional de Justiça e a união de esforços, inclusive, com a comunidade científica, no sentido de diagnosticar e propor melhorias para cada uma das falhas evidenciadas. Isso se segue desde o clássico projeto Florença até o *Global Access to Justice Project*. A saída será sempre incentivar o debate sobre os temas necessários à melhoria do sistema.

Tem sido assim com o desenvolvimento do processo estrutural, de um sistema de precedentes, novas tecnologias e incentivo ao uso dos métodos adequados. Uma a uma as medidas precisam ser debatidas por todos e implementadas.

As medidas, aparentemente isoladas, compõe uma saída multidimensional debatida em várias frentes por diversos órgãos, pesquisadores e grupos de estudo do Brasil e exterior.

É fato, não existe saída fácil para um problema complexo, senão a somatória de ações e projetos, de modo a implementar o modelo de uma administração gerencial.

Será sempre preciso debater, implementar, diagnosticar, regulamentar e pensar em cada uma das saídas de forma particular para compor um todo estratégico de múltiplos encaminhamentos. À essas intercorrências e a necessidade de superá-las chamam-se ondas do acesso à justiça.

Assim como as ondas do mar, o mar da vida é cheio de ondas de proporções diversas. No entanto, diante de toda a desigualdade social que paira, todos precisarão passar pelas diversas ondas, de magnitudes várias, para, por fim, no outro lado, encontrar a calmaria, com felicidade,

desenvolvimento, vida digna, um mar calmo, com pacificação social (Hippertt, 2023, p. 97).

A representação metafórica "ondas do acesso à justiça" gera como significação a ideia de que para que se acesse o outro lado, o da justiça, para que o acesso à justiça se torne uma realidade factível e universal, em condições tão diversas, em um mundo que não é o ideal do modelo de um Estado legal, é preciso que, tomando conhecimento dos desafios e desigualdades existentes, se pensem os mecanismos necessários para transpô-los. É preciso passar pela onda da desigualdade, da carência de informação, da falta de capacitação profissional, existentes no mar da justiça e da vida concreta. Assim, o acesso à justiça apenas se realiza de forma concreta, quando consideradas as desigualdades e desafios existentes, naturais ao mundo real (Hippertt, 2023, p. 98).

CONCLUSÃO

O Judiciário possui um importante papel na concretização dos direitos que são trazidos à apreciação de forma muito mais escrita do que falada.

Em um cenário de um judiciário abarrotado de demandas, falar simples e claro é comunicar rápido, com assertividade a quem teve o seu direito violado, a quem busca a tutela do direito e a quem dará a solução ao caso concreto.

A marcha processual lenta afeta a realização dos direitos, mas a justiça célere aos atropelos pode resultar em um retrocesso dos direitos e conquistas históricas.

A certo tempo a jurisdição enfrenta uma verdadeira batalha cotidiana para alinhar o perfil, até então, burocrático, ao cenário contemporâneo emergente.

Existe uma sociedade conectada, cada vez mais veloz e dinâmica que não se alinha a burocracia. Como assegurar direitos, decidir com assertividade, com fundamentação adequada e de forma célere questões cada vez mais complexas e que se multiplicam, eis o grande desafio posto ao Judiciário nos tempos velozes e efêmeros.

É preciso que se diga de forma clara e com exatidão, que se faça uso de uma linguagem facilmente compreendida. Mas, a clareza não seria requisito de qualquer texto segundo o bom português?

Quando se escreve, está se dizendo algo para alguém. Por isso, é preciso pensar na figura do interlocutor destinatário da mensagem. De um lado, o juiz comunica para as partes envolvidas e seus respectivos patronos. De outro, os advogados, representando cada uma das partes, comunicam para o magistrado.

No vai e vem de mensagens, a comunicação, ainda técnica, mas com uma preocupação em ser assertiva, clara e sem rodeios, de fácil entendimento, denota-se fundamental para a compreensão textual. A comunicação simples exige uma maior preocupação com o interlocutor e destinatário da mensagem.

A assertividade da comunicação também contribui para a marcha processual, aproxima a sociedade da justiça e reduz a chance de erros. Basta ler uma única vez para entender de forma clara. Não fala mais, ou melhor, quem fala muito, ou difícil, pelo contrário. É preciso sempre ter em mente quem são os interlocutores no contexto do processo.

O Pacto Nacional do Judiciário Pela Linguagem Simples compreende um compromisso com a acessibilidade na comunicação geral com a sociedade.

Envolve todos os sujeitos que compõe a relação processual triangularizada, cada qual emissor e destinatário, a cada tempo que comunicam e recebem a mensagem.

Pela primeira vez, chama-se à atenção da comunidade jurídica, levanta-se a preocupação, firma-se o compromisso com os juízes e Tribunais de priorizar a linguagem simples de fácil entendimento pelo cidadão comum.

A linguagem tem o papel de aproximar a justiça da sociedade e assegurar uma adequada marcha processual. Quando

adequadamente utilizada alinha-se a concepção de melhor técnica.

O comprometimento com a promoção de uma comunicação inteligível, promovido pelo Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, é fundamental para o efetivo acesso à justiça em uma sociedade em mercados cada vez mais dinâmicos e interconectados.

O pacto é um compromisso com uma jurisdição mais qualitativa, capaz de realizar o acesso à justiça efetivo, satisfativo e cada vez mais adequado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Eixos:** Pacto Nacional do Judiciário Pela Linguagem Simples. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-da-justica/acessibilidade-e-inclusao/pacto-nacional-do-judiciario-pela-linguagem-simples/eixos/>. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 143**, de 16 de maio de 2024. Institui o regulamento do Selo Linguagem Simples 2024. Disponível em: atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5583. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Presidente do CNJ conclama Judiciário a utilizar linguagem simples. **cnj.jus.br**, 4 dez. 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/presidente-do-cnj-conclama-judiciario-a-utilizar-linguagem-simples/>. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 144**, de 25 de agosto de 2023. Recomenda aos Tribunais que implementem o uso da linguagem simples nas comunicações e atos que editem. Disponível em: atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5233. Acesso em: 20 set. 2024.

BRUNTSCHWIG, Colette R. **Visual Law and Legal Design: Questions and Tentative Answers.** 24th Internationalen Rechtsinformatik Symposions, p. 179 - 230, Bern: Editions Weblaw, 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3795332. Acesso em: 19 set. 2024.

GICO JR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, v. 267, p. 163 - 198, 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46462>. Acesso em: 17 jun. 2023.

HIPPERTT, Karen Paiva. **Jurisdição humanista, a ordem econômica do capitalismo e a atividade empresarial** - os impactos da crise do Judiciário na empresa: uma interlocução com a sexta onda do acesso à justiça. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) - Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2023.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz; BORGES, Guilherme Roman. **A Superação do Direito como Norma: Uma Revisão Descolonial da Teoria do Direito Brasileiro.** São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

A DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA DA MULHER NEGRA



Pietra Gomes Ferreira¹

Este artigo examina um fenômeno social bastante presente na nossa sociedade, mas ainda pouco teorizado na literatura jurídica brasileira: o problema da discriminação estética. Essa expressão designa uma série de práticas discriminatórias baseada na utilização da aparência como critério e procedimento que afeta de forma negativa, especialmente, as mulheres negras, por causa do seu fenótipo. Tal proposta se mostra relevante porque proporciona um panorama contemporâneo da representação da mulher negra na sociedade brasileira, evidenciando o problema do racismo e o processo de conquista de direitos e de valorização de sua identidade. Ao visualizar tal problemática, este artigo objetiva o estudo e a reflexão sobre os vieses da discriminação estética da mulher negra no Brasil.

Palavras chave: mulher negra; discriminação; estética.

¹ Mestranda em Direito Público pela Unisinos - Universidade do Vale do Rio dos Sinos do Rio Grande do Sul. Advogada e consultora. Palestrante em Gestão de Pessoas/RS e Diversidade e Inclusão, Direito e Processo do Trabalho. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2010). Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter (2016). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - FMP (2022). E-mail: professorapietragomes@gmail.com. <https://lattes.cnpq.br/8869541762487551>.

THE AESTHETIC DISCRIMINATION OF BLACK WOMEN

This article examines a social aspect that is very present in our society, but still little theorized in Brazilian legal literature: the problem of aesthetic discrimination. This expression designates a series of discriminatory practices based on the use of selective appearance and procedures that negatively affect, especially, black women, because of their phenotype. This proposal is relevant because it provides a contemporary overview of the representation of black women in Brazilian society, highlighting the problem of racism and the process of gaining rights and valuing their identity. By viewing this problem, this objective article is the study and reflection on the views of aesthetic discrimination of black women in Brazil.

Keywords: black woman; discrimination; aesthetics.

INTRODUÇÃO

Conforme Ramos (2014), estética é uma palavra grega que significa sensação, percepção. É, dentro da ciência, um ramo da filosofia cujo objeto é o estudo do belo, do seu inverso que é a ausência da beleza e do sentimento que um ou outro causa em nós. Falar do que é belo ou não é relativo, ou deveria sê-lo, porque quaisquer sociedades acabam criando padrões estéticos¹. Tais padrões estéticos branco eurocêntrico, oriundo de processo de naturalização e de imposição, nega a outros grupos raciais, constituintes da sociedade brasileira, o direito de identidade².

E no caso específico da mulher negra, resulta também do “nó patriarcado” (SAFFIOTI, 2004, p.115)³, da fusão da questão racial e da questão de gênero, perpassando a estrutura social, na qual ocorrem todas as relações sociais, que torna a situação da mulher negra mais complexa⁴.

É interessante perceber que essa mulher pode sofrer o racismo proveniente das relações advindas desse “nó patriarcado”, tanto de forma direta como de forma indireta, nas relações no mercado de trabalho, por exemplo, em razão do entendimento que o perfil estético da mulher negra não se enquadra no padrão da “boa aparência” para contratação. Por outro lado, esse racismo também atua de forma indireta, que muitas vezes pode passar despercebido: ele acontece através da sua hipersexualização⁵.

Por essas e por outras podemos afirmar que, discutir as questões relacionadas à situação da mulher negra no Brasil, é necessariamente, trazer temáticas relacionadas ao racismo e ao sexismo, elementos estruturais e estruturantes das relações culturais,

sociais econômicas da sociedade brasileira que utilizam a estética como componente determinante para a manutenção do status quo do locus na qual é inserida a população negra.

A fim de trazer contribuir para o debate acadêmico, é que surge a pretensão do presente artigo em desenhar e refletir sobre o panorama problemático da estética da mulher negra como elemento discriminatório na sociedade brasileira.

1 A DISCRIMINAÇÃO E O PRECONCEITO

O termo “discriminação” provém do latim *discriminatio*, ou seja, separação, distinção. De acordo com Silvia Sampaio (apud Márcio Túlio Viana, 2000, p.97), “a palavra discriminação é de origem anglo-americana; do ponto de vista etimológico, significa o caráter infundado de uma distinção (...)”⁶. Já para Wilma Silva (2007), “Discriminar, portanto, significa distinguir coisas, pessoas e ideias, conforme suas características próprias e critérios bem definidos. O princípio fundamental de uma sociedade justa gravita em torno da igualdade, que o direito deve preservar.”⁷

Ao levarmos em consideração dos efeitos dos atos discriminatórios, é irrelevante o motivo, causa ou situação da origem a discriminação, porquanto, conforme sustenta Silvia de Sampaio (2010), “a discriminação nega a capacidade de convívio em sociedade, nega-se a vida em Estado democrático, fere

¹ RAMOS, G. **A Invisibilidade da Estética Negra**. Blogueiras Negras – Site Eletrônico, 2014. Disponível em: <http://blogueirasnegras.org/2014/01/20/esteticaliberdades-moda-e-identidade/>. Acesso em: 29 jul. 2024.

² GAMA, Isabela Caroline de Aguiar; OLÍMPIO, Ramon; SANTOS. O peso do racismo sob a estética da mulher negra: Um paradoxo da isonomia social brasileira. In: X COPENE – Congresso Brasileiro de Pesquisadores negros (Re) existência intelectual negra e ancestral – 18 anos de enfrentamento 12 a 17 de outubro de 2018. p.2. Disponível em: https://www.copene2018.eventos.dype.com.br/resources/ais/8/1527707080_ARQUIVO_artigo-isabelagama-doc.pdf – Acesso em: 30 jul. 2024.

³ SAFFIOTI, H. I. B. Gênero, patriarcado, violência. Editora Fundação Perseu Abramo: São Paulo, 2004, p.115.

⁴ GAMA, Isabela Caroline de Aguiar; OLÍMPIO, Ramon; SANTOS. O peso do racismo sob a estética da mulher negra: Um

paradoxo da isonomia social brasileira. In: X COPENE – Congresso Brasileiro de Pesquisadores negros (Re) existência intelectual negra e ancestral – 18 anos de enfrentamento 12 a 17 de outubro de 2018. p.4. Disponível em: https://www.copene2018.eventos.dype.com.br/resources/ais/8/1527707080_ARQUIVO_artigo-isabelagama-doc.pdf – acesso em 30 de julho de 2024.

⁵ Idem, p.6.

⁶ SAMPAIO, Silvia. Discriminação da mulher nas relações de trabalho. In: ZAINAGHI Domingos Sávio (Coord.). Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, ano 36, n. 138, p.112-135, 2010. p.126.

⁷ SILVA, Wilma Nogueira de Araújo Vaz da. As discriminações na relação de emprego e a Proteção jurídica do mercado de trabalho da mulher e do portador do vírus HIV. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Bernardo do Campo, v. 11, n. 13, p.464-475, 2007. p.466.

diretamente os princípios da isonomia assegurado na Constituição no artigo 3º, IV.⁸

Outrossim, a autora acima citada disserta sobre a causa da discriminação:

A causa determinante da discriminação reside no simples preconceito contra um indivíduo, tendo como base um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma característica sua, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos, como a cor, o que torna tal prática ainda mais reprovável.⁹

Particularmente, no Brasil, o tema da discriminação comporta fortes doses de invisibilidade. O mito da brasilidade, e em especial de uma conaturalidade para a cordialidade, forjado nos círculos acadêmicos e massificado pela cultura popular¹⁰, traz consigo, como bem denuncia Jessé Souza, a "suposta ausência de preconceito e predisposição e abertura para todas as possibilidades de encontro cultura e humano¹¹". A falsa ideia de pátria da Democracia Racial.

A respeito, Jacques d'Adesky (2001):

Em uma sociedade em que a idéia de cordialidade é muito disseminada, e onde a idéia de democracia racial, embora desmascarada pelo Movimento Negro nos anos 70 e 80, ainda constitui uma aspiração partilhada pela opinião pública, a ausência de conflitos raciais é a norma de comportamento.

Não que os indivíduos neguem a existência de preconceito racial, mas a sociedade, em seu conjunto, rejeita o racismo explícito, considerando manifestação de intolerância, contrário ao espírito brasileiro e ao sentimento nacional.¹²

Nesse contexto, o racismo se torna um tema de discussão pouco debatido diante da falsa ideia de ausência de discriminação em um país de multiplicidade de raças e culturas, no caso, o Brasil.

De acordo com Jacques d'Adesky (2001) o mito da democracia racial e a ideia da cordialidade do homem brasileiro simbolizam a ambigüidade do racismo e anti-racismo brasileiros. Desmascarar essa representação ambivalente significa desenredar o real do aparente, conscientizar ou reeducar os mistificados, pois o discurso mítico implica a idealização da harmônica racial, mistificando tanto as vítimas quanto aqueles que tiram certo proveito desta situação¹³.

Pelos conceitos acima arrolados, pode-se concluir que a discriminação racial é o tratamento diferenciado e distintivo, com conotação prejudicial a pessoas pertencentes a certa raça humana. Gera vulnerabilidade social, com inclusão no mercado de trabalho em caráter precário de certos grupos ou pessoas. Já o preconceito racial é um conceito ou opinião negativa formada antecipadamente sobre alguém, exclusivamente, em razão da sua raça, sem qualquer reflexão ou conhecimento prévio e adequado a respeito da pessoa.

Em psicologia social, preconceito é um fenômeno político, portanto, excede a corriqueira definição de que seria de que seria simplesmente um conceito antes da experiência ou independente da

⁸ SAMPAIO, Sílvia apud VIANA, Márcio Túlio; RENAULD, Luiz Otávio Linhares (coords). Discriminação. São Paulo: Ed. LTr, 2000, p.459. Discriminação da mulher nas relações de trabalho. In: ZAINAGHI Domingos Sávio (Coord.). Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, ano 36, n. 138, p.112-135, 2010. p.126.

⁹ Idem, p. 467.

¹⁰ REIS, Daniela Muradas. Discriminação nas relações de trabalho e emprego: reflexões éticas sobre o trabalho, pertença e exclusão social e os instrumentos jurídicos de retificação. In: BARZOTTO Luciane Cardoso (Coord.). Trabalho

e Igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 15-33. p.22.

¹¹ SOUZA, Jessé. O casamento secreto entre a identidade nacional e "teoria emocional da ação" ou porque é tão difícil o debate aberto e crítico entre nós. In: A invisibilidade de desigualdade brasileira. SOUZA, Jessé. (org.). Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2006, p.97-115. p.105.

¹² ADESKY, Jacques d'. Pluralismo ético e multi-culturalismo: racismos e antiracismos no Brasil. Rio de Janeiro: Pallas, 2001. p.174.

¹³ Idem, p.175.

experiência. Para determinar o tema do preconceito, mais além do tema da atitude, é necessário considerar o tema da dominação, pois ela está na base do preconceito: não há preconceito que não seja preparado pela dominação e não há dominação sem geração de preconceito¹⁴ (grifamos).

A Constituição Brasileira de 1988 representa marco jurídico de uma nova concepção de igualdade ao prever o combate a todos os meios de discriminação no tocante ao sexo e raça, aliás, um dos objetivos das normas de caráter negativo, expressamente previstas na nossa Carta Magna em seus artigos 3º, inciso IV, 5º, I, 7º, XXX e XXI.

2 A SITUAÇÃO SOCIAL DA MULHER NEGRA: DA HERANÇA ESCRAVOCRATA

O Brasil é o maior país em território e população da América Latina, contando com mais de 180 milhões de habitantes.

Embora cerca de 50% da população brasileira seja composta por negros (pretos e pardos), a sua formação e herança do período escravocrata fazem com que o racismo e a discriminação racial estejam profundamente enraizados na cultura e nas dinâmicas sociais do país¹⁵.

De acordo com informações colacionadas no compêndio Mulheres Negras na Primeira Pessoa: "Somos a maioria (49,9%) da população feminina brasileira, compondo o contingente negro que equivale a 51% da população total do país". Ainda, "Estima-se que, no Brasil, seis milhões e meio de mulheres exerçam o trabalho doméstico, das quais 61,6% são negras"¹⁶.

No momento em que se perquire a discriminação, verifica-se que este problema possui raízes históricas e é advinda das concepções familiares, religiosas, sociais e políticas. Imprescindível a análise

da escravidão e suas marcas sociais que ainda refletem em nossa sociedade.

A escravidão pode ser definida como o sistema de trabalho no qual o indivíduo (o escravo) é propriedade de outro, podendo ser vendido, doado, emprestado, alugado, hipotecado, confiscado. Legalmente, o escravo não tinha direitos: não podia possuir ou doar bens e nem iniciar processos judiciais; em contrapartida era castigado e punido¹⁷.

A escravidão negra foi implantada durante o século XVII e se intensificou entre os anos de 1700 e 1822, sobretudo pelo grande crescimento do tráfico negreiro. O comércio de escravos entre a África e o Brasil tornou-se um negócio muito lucrativo. O apogeu do afluxo de escravos negros pode ser situado entre 1701 e 1810, quando 1.891.400 africanos foram desembarcados nos portos coloniais. A minoria branca, a classe dominante socialmente, justificava essa condição através de ideias religiosas e racistas que afirmavam a sua superioridade e os seus privilégios. As diferenças étnicas funcionavam como barreiras sociais¹⁸.

De acordo com a magistrada Luciane Cardozo Barzotto:

A escravidão é a máxima negação da igualdade, porque impede ao homem o direito universal à liberdade. O trabalho escravo, forçado, em regime de servidão ou em condições análogas a de escravo é uma violação dos direitos humanos inaceitável na nossa

¹⁴ NOGUEIRA, Isildinha Baptista; FILHO, José Moura Gonçalves (Supervisão). Instituto AMMA Psique e Negritude (Coordenação Geral). Identificação e abordagem do racismo institucional. Ministério do Governo Britânico para o Desenvolvimento Nacional. Disponível em: www.combateoracismoainstitucional.com. p. 28.

¹⁵ NOGUEIRA, Isildinha Baptista; FILHO, José Moura Gonçalves (Supervisão). Instituto AMMA Psique e Negritude (Coordenação Geral). Identificação e abordagem do racismo institucional. Ministério do Governo Britânico para o

Desenvolvimento Nacional. Disponível em: www.combateoracismoainstitucional.com. p. 11.

¹⁶ WERNECK, Jurema; IRACI, Nilza; CRUZ, Simone. Mulheres Negras na Primeira Pessoa. Porto Alegre: Redes Editora, 2012.p.13.

¹⁷ Disponível em: A História da Escravidão Negra no Brasil - Geledés <http://www.geledes.org.br/historia-da-escravidao-negra-brasil-2/#ixzz3tSOArVx>

¹⁸ Disponível em: A História da Escravidão Negra no Brasil - Geledés <http://www.geledes.org.br/historia-da-escravidao-negra-brasil-2/#ixzz3tSOArVx>

civilização, tida como um crime lesa-humanidade.¹⁹

Ao ser decretada, a Lei Áurea de n.º. 3.353/1888 aboliu a escravatura em definitivo, gerando verdadeira revolução na mão de obra do país, pois, abrangeu a massa ex-escrava da época. Por outro lado, exerceu uma política de exclusão, conforme Mário Theodoro, porque, “no Brasil, a abolição significará a exclusão dos ex-escravos das regiões e setores dinâmicos da economia. Eles não ocuparão atividades assalariadas. Com a imigração massiva, ficarão restringidos a situações de subsistência, como nas áreas rurais ou em atividades temporárias²⁰”.

Neste momento, surge um novo desafio para as mulheres negras, o da reconstrução de suas vidas, porquanto foram preteridas no reconhecimento como cidadãs de direito, mesmo a lei ao afirmar “serem todos igualmente livres”, o que se viu foi ao contrário; uma sociedade rodeada de discriminação e preconceito; Inúmeras mulheres negras juntamente com suas famílias, foram procurar trabalho como doméstica, faxineira, às vezes em troca de um prato de comida se submetiam a trabalhosos humilhantes²¹, descritos com exatidão por Margareth Rago:

(...) as mulheres negras após a abolição dos escravos, continuaram trabalhando nos setores dos mais desqualificados recebendo salários baixíssimos e péssimo tratamento. Sabe-se que sua condição social quase não se alterou, mesmo depois da abolição e da formação do mercado livre no Brasil. Os documentos oficiais e as

estatísticas fornecidas por médicos e autoridades policiais revelam um grande número de negras e mulatas entre empregadas domésticas, cozinheiras, lavadeiras, doceiras, vendedoras de rua e prostitutas, notadamente, suas fotos não se encontravam nos jornais de grande circulação do período como o Correio Paulistano e o Estado de São Paulo ou Jornal do Comércio e A Noite, do Rio de Janeiro, ao contrário do que ocorre com as imigrantes européias (...) ²²

Diante desse panorama, a mulher negra é vista como sustentáculo da raça, uma vez que os homens negros, excluídos da nova ordem social por estarem despreparados para assumir o papel de homens livres, estavam sem condições de manter a sua família, de modo que a mulher negra restou a responsabilidade pela manutenção material da família²³.

Ao longo do tempo, percebe-se que a condição da mulher negra é reflexo do período escravista do Brasil, já que enfrenta diariamente inúmeras dificuldades de inserção em uma sociedade brasileira elitista, racista e sexista.

Estudos, que serão mostrados no decorrer dessa produção científica, revelam que a mulher negra se encontra em posição desvantajosa em comparação à mulher branca, de acordo com o que demonstra a

¹⁹ BARZOTTO, Luciane Cardoso. Igualdade e discriminação no ambiente de trabalho. In: BARZOTTO Luciane Cardoso (Coord.). Trabalho e Igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 35-53. p.48-49.

²⁰ THEODORO, Mário (org.). As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil 120 anos após a abolição, 2008. 1. ed., novembro de 2008.p. 27. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2015.

²¹ SAMPAIO, Sílvia. Discriminação da mulher nas relações de trabalho. In: ZAINAGHI Domingos Sávio (Coord.). Revista de

Direito do Trabalho, São Paulo, ano 36, n. 138, p.112-135, 2010. p.115.

²² PRIORE, Mary Del (org.). História das mulheres no Brasil. São Paulo: Contexto, 2007, p. 582.

²³ BENTO, Maria Aparecida da Silva. A mulher negra no mercado de Trabalho. Estudos Feministas 479, n. 2/95. p.2. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/viewFile/16466/15036> - Acesso em: 31 nov. 2015.

pesquisa "Inserção da Mulher Negra no Mercado de Trabalho"²⁴.

Diante do exposto, podemos concluir que a mulher negra é vítima da discriminação múltipla (raça e gênero), o que será demonstrado a seguir.

3 A MULHER NEGRA X DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA

A estética traz consigo uma relação com o que é belo, conceituação trazida de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira²⁵:

Estética: Estudo das condições ou dos efeitos de criação.

2- tradicionalmente, estudo racional do belo, quer quanto à possibilidade de sua conceituação, quer quanto à diversidade emoções e sentimentos que ele suscita no homem.

3-caráter estético, beleza.

4 - Beleza física; plástica.

Necessário, outrossim, face à associação com a estética, entendermos o que seja beleza.

Beleza, segundo o Dicionário Ilustrado Gamma²⁶: Beleza, segundo o Dicionário Ilustrado Gamma, é "Qualidade do que é belo; mulher bela; coisa bela ou muito agradável". Belo, por sua vez, é um adjetivo que significa, segundo o mesmo dicionário, "que tem forma agradável ou perfeita e proporções harmônicas; agradável ao ouvido; elevado; bom; generoso; ameno", e ainda, como substantivo, esse dicionário o conceitua

como "conjunto de qualidades despertadoras de um sentimento elevado e especial de prazer e admiração".

É cediço que o conceito de beleza é subjetivo e dinâmico. Belo e feio apresentam características de relatividade. Todavia, podemos perceber que, normalmente, o belo traz consigo a ideia de ser agradável, harmonioso, enquanto que o feio, ao contrário, é desagradável, desconfortável. A percepção do belo e do feio varia de acordo com cada indivíduo, levando-se em conta sua história, a comunidade onde vive, seus conceitos e sua sensibilidade (o que é bonito para um, pode não sê-lo para outro²⁷).

Cumpre-nos ressaltar a afirmativa de Christiani Marques²⁸: "a estética decorre do mito da beleza, o qual foi institucionalizado de forma arraigada em nossa sociedade nas três últimas décadas, como transformados para o progresso profissional".

Ocorre, então, o que chamamos de discriminação estética. A sociedade discrimina as pessoas que estão fora do padrão estético imposto. Tudo que é diferente assusta, tende a ser rejeitado. Embora cada ser humano seja único, vivenciamos uma busca pela massificação, pela padronização dos indivíduos em detrimento da diversidade característica do homem²⁹.

A busca pela beleza tornou-se um dos investidores mais poderosos para a manutenção desta sociedade de consumo exacerbado, sendo as mulheres as maiores vítimas para serem símbolos de beleza da sociedade.

Essa busca pela padronização, que na verdade é uma busca pela aceitação social, é muito mais cruel para com as mulheres. Augusto Cury³⁰ lança a expressão "Padrão Inatingível de Beleza" para identificar esse

²⁴ SOUZA, Sarah Carolina do Amaral de; FRATE, Priscila Neves; SANTOS, Laudicéia Helena dos; AQUINO, Luiz Carlos Andrade de; ALVES, Maurício Martins. A Inserção da Mulher Negra no mercado de Trabalho. In: XVII Encontro Latino Americano de Iniciação Científica, XIII Encontro Latino Americano de Pós Graduação e III Encontro de Iniciação à Docência, 2013, Universidade do Vale do Paraíba – UNIVAP, Faculdade de Direito. p.2. Disponível em: http://www.inicepg.univap.br/cd/INIC_2013/anais/arquivos/0162_0581_01.pdf - Acesso em: 31 nov. 2015.

²⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI, O dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 834.

²⁶ LIMA, HILDEBRANDO DE (org.). Dicionário Ilustrado Gamma. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A.

²⁷ SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. A discriminação estética da mulher. p.11. Disponível em: https://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivo_s/anais/salvador/juliana_izar_soares_da_fonseca_segalla.pdf - Acesso em: 29 jul. 2024.

²⁸ MARQUES, Christiani. Op. cit., p. 107

²⁹ SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. A discriminação estética da mulher. p.12. Disponível em: https://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivo_s/anais/salvador/juliana_izar_soares_da_fonseca_segalla.pdf - acesso em 29 de julho de 2024.

³⁰ CURY, Augusto Jorge. A ditadura da beleza e a revolução das mulheres. Rio de Janeiro: Sextante, 2005, p. 5.

padrão imposto. O psiquiatra e escritor faz o seguinte alerta:

Vivemos aparentemente na era do respeito pelos direitos humanos, mas, por desconhecermos o teatro de nossa mente, não percebemos que jamais esses direitos foram tão violados nas sociedades democráticas. Estou falando da terrível ditadura que oprime e destrói a autoestima do ser humano: a ditadura da beleza. Apesar de serem mais gentis, altruístas, solidárias e tolerantes do que os homens, as mulheres têm sido o alvo preferencial dessa dramática ditadura. Cerca de 600 milhões de mulheres sentem-se escravas nessa masmorra psíquica. É a maior tirania de todos os tempos e uma das mais devastadoras da saúde psíquica. - (grifos nossos)

A linha de Cosméticos Dove, marca da Unilever, encomendou uma pesquisa³¹, global à empresa StrategyOne, com coordenação das doutoras Nancy Etcoff, cientista, psicóloga e professora da Harvard University (EUA), e Susie Orbach, psicanalista da London School of Economics. Essa pesquisa, envolvendo 3.200 mulheres, entre 18 e 64 anos de idade, de dez países (entrevistas realizadas entre fevereiro e março de 2004), EUA, Canadá, Inglaterra, Itália, França, Portugal, Holanda, Brasil, Argentina e Japão, chegou à conclusão que apenas 2% das mulheres se descrevem como belas.

³¹ Disponível em: Pesquisa disponível no site www.dove.com. Acesso em: 30 jul. 2024.

³² MARQUES, Christiani. Op. cit., p. 116.

Destarte, está claro que a ideia de um padrão imposto foi comprada mundialmente.

É importante, ainda, falarmos sobre aparência. Christiani Marques³² diz que a aparência está intimamente ligada à estética, visto que forma um conjunto que abrange o psicológico e emocional do ser humano.

O sistema jurídico brasileiro, como já dissemos, garante proteção contra quaisquer tipos de discriminação, inclusive a estética (embora não expressamente). Roborando o assunto, destacamos a tutela prestada pelo Poder Judiciário, no Acórdão nº. 20050580870, do TRT da 2ª Região:

Ementa. Dano Moral. Caracterização. Verifica-se dos depoimentos das testemunhas da reclamante que era atribuído à autora, por seu chefe, tratamento que ofendia sua dignidade. A autora era chamada de "gordinha". Evidentemente que a autora não gostou do adjetivo que lhe era atribuído, porém não podia reclamar na vigência do contrato de trabalho, sob pena de ser dispensada. Todas as pessoas têm nome, que fica incorporado ao seu patrimônio moral. Tendo nome a autora, não poderia ser chamada de "gordinha" com sentido pejorativo. Indenização por dano moral mantida.

A referida premissa atinge diretamente a mulher negra, principalmente no que diz respeito a sua estética capilar. O seu cabelo crespo sempre foi associado e representado como algo ruim e inferior, gerando uma pressão social, que impõe a mulher negra, a necessidade de buscar o padrão da estética capilar branca, para se encaixar nos parâmetros de beleza eurocêntrica adotada na sociedade brasileira³³.

³³ GOMES, N. L. Sem perder a raiz: Corpo e cabelo como símbolos da identidade negra. Editora Autêntica: Belo Horizonte, 2008, p.161.

Construiu-se uma ideia universal sobre a mulher negra: presa a um corpo anormal, pertencente a uma categoria desviante, naturalmente hipersexualizada, sem domínio de si e devassa, expressão da depravação de uma moralidade sexual, aceita apenas como objeto de prazer libidinoso de outro. A realidade imagética atual contribui para rememorar esta imagem histórica e assim tipificar a mulher negra como inferior e desviante do padrão étnico da mulher branca, que é considerada bela, em oposição à negra, construída como inferior³⁴.

O uso constante da imagem da mulher negra como estética desviante, resultado dos processos de colonização baseados nas hierarquias de raça e gênero presentes ainda hoje na sociedade, fixa padrões de beleza excludentes para as mulheres negras, uma vez que o modelo estético de mulher é a mulher branca³⁵.

Submeter o corpo negro à culpa do pecado e ao preço pago por ele é uma estratégia eficaz, pois as características estéticas deste o diferenciam veementemente do corpo branco. O corpo é então utilizado como uma ferramenta a mais na legitimação da opressão existente³⁶.

Desse modo, os sentidos de cabelo bom/ruim presentes no vocabulário popular, para além de diferenciações tecnicamente estéticas, sustentam e legitimam pejorativamente a hegemonia branca instaurada no Brasil ao custo da opressão contra a corporeidade negra³⁷. Ter características fenotípicas de negro (cor da pele, espessura dos lábios, formato do nariz, textura capilar) torna o sujeito sem valor positivo, feio, ao contrário do branco que é classificado como bonito³⁸.

Entretanto, apesar do preconceito e de um processo de seletividade existente que envolve raça e gênero, as mulheres negras seguem no processo de valorização da estética negra e na reafirmação do cabelo crespo como principal símbolo de sua identidade, assumindo dessa forma, um lugar muito determinado como sujeito político, dando magnitude à luta contra o racismo³⁹.

Na contemporaneidade, podemos falar em "beleza negra", expressão tomada de empréstimo do movimento *black is beautiful*, cuja denominação marcou forte presença nos movimentos na luta da população negra nas décadas de 1960 e 1970. Pois, se tratando de estética, a mulher negra foi buscar em seus cabelos o meio de mostrar sua representatividade na sociedade e na valorização de sua beleza natural⁴⁰.

A estética negra também é geralmente o primeiro caminho para se manifestar o racismo institucional, é utilizada como subterfúgio para impedir o acesso em determinado espaço público; para negar determinados direitos; para ser reprovada em uma entrevista de emprego, ou seja, nas várias instâncias da sociedade brasileira⁴¹.

Além disso, no que concordam Carneiro (2003) e Malachias (2007), a negatização da imagem do negro é a negação do sujeito mesmo, o que dificulta o exercício da cidadania plena obtida no usufruto do respeito à diversidade. Os direitos humanos desses sujeitos existem legalmente, mas a classificação social baseada na cor cria a segregação do acesso aos mesmos, pois o negro é considerado um desviante, enfim,

³⁴ BORGES, Rosane da Silva. Mídias, racismos e representações do outro: ligeiras reflexões em torno da imagem da mulher negra. In: BORGES, Roberto Carlos da Silva; BORGES, Rosane. *Mídia e racismo*. Brasília, DF: ABPN, 2012

³⁵ CARNEIRO, Sueli. Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero. In: Ashoka Empreendedores Sociais e Takano Cidadania. *Racismos contemporâneos*. Rio de Janeiro: Takano, 2003, p.49-50..

³⁶ D SANT'ANA, Jonathas Vilas Boas de. A imagem da negra e do negro em produtos de beleza e a estética do racismo. *Periódicos da UFPA – Universidade Federal do Pará. Dossiê: Trabalho e Educação Básica*. v.11. N. 16. Jun 2017. (p. 176-192). Disponível em <https://periodicos.ufpa.br/index.php/revistamargens/article/download/5391/4511> - Acessado em 29 de jul. de 2024, p.11.

³⁷ Idem

³⁸ MALACHIAS, Rosângela. *Cabelo bom. Cabelo ruim*. São Paulo: NEINB, 2007

³⁹ GAMA, Isabela Caroline de Aguiar; OLÍMPIO, Ramon; SANTOS. O peso do racismo sob a estética da mulher negra: Um paradoxo da isonomia social brasileira. In: X COPENE – Congresso Brasileiro de Pesquisadores negros (Re) existência intelectual negra e ancestral – 18 anos de enfrentamento 12 a 17 de outubro de 2018. p.8. Disponível em: < https://www.copene2018.eventos.dype.com.br/resources/ais/8/1527707080_ARQUIVO_artigo-isabelagama-doc.pdf - acesso em 30 de julho de 2024.

⁴⁰ Idem, p.8-9.

⁴¹ Idem, p.28.

um subumano⁴².

Em última análise pode-se afirmar que o julgamento estético dos sujeitos, com todas as reverberações inferidas, revela não uma estética valorizadora da diversidade, mas uma estética do racismo, uma estética que nega a diferença e é aceita como natural, compartilhada no imaginário social e difundida por diversos meios, como as imagens de produtos de beleza presentes em comércios do nordeste goiano. Na realidade, trata-se de uma estética que esconde a ética racista (paralela à sexista, à classicista, etc.), que ainda baseia a sociedade capitalista. Assim, alijam-se os sujeitos da possibilidade de divergir, de desfrutar de seus direitos concretos e simbólicos. Ao mesmo tempo, legitima-se a "bondade" do sistema social vigente e perpetua-se o mesmo, permanecendo a crença da existência de uma "democracia racial" no Brasil⁴³

Esse empoderamento provém principalmente do protagonismo do feminismo negro, que proporcionou um movimento denominado de transição capilar, que consiste em deixar o cabelo crescer para gradualmente ir cortando toda química restante até deixá-lo definitivamente natural. Essas mulheres têm utilizado o seu protagonismo para influenciar outras mulheres a também assumirem seus cabelos naturais e reconhecerem em seus cabelos crespos sua identidade, libertando-se das amarras históricas da branquitude e da síndrome de inferioridade constante⁴⁴.

Dessa forma, a discussão da discriminação estética da mulher negra expressa, sobretudo, a questão racial no Brasil, o direito e a valorização da identidade negra. Valorizar a estética negra é valorizar a diversidade brasileira e a promoção do ideário de uma sociedade mais justa e igualitária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou demonstrado durante o decorrer deste artigo que a imagem da mulher negra carrega o estereótipo da desvalorização estética. Esse

estereótipo foi construído social e historicamente no imaginário brasileiro e refere-se a uma série de argumentos que tentam justificar a inferiorização do sujeito negro a partir do julgamento negativo, estético e moral sobre seu corpo.

Pode-se falar de uma estética do racismo, que camufla uma ética racista de efeitos reais na opressão étnico-racial concreta e simbólica. A estética do racismo esconde que os conceitos de cabelo bom/ruim, sujeito feio/bonito, ligados ao pertencimento étnico-racial, não são naturais, repercutem a dominação histórica de brancos sobre negros e causam prejuízo social a distintos indivíduos, especialmente para as mulheres negras, as quais são vítimas de sobrepostas opressões estéticas.

É urgente criar possibilidades de superação do atual estado subjugado da imagem da negra. Este artigo contribui ao dar voz à discussão sobre a construção de um imaginário racista que pode influenciar na interação dos sujeitos em diversos espaços sociais.

Frente à problemática difusão de estereótipos negativos sobre a negra por meio de imagens, considera-se necessário caminhar junto à descolonização epistemológica proposta por autores como Santos⁴⁵, ampliando a abrangência desta ao que poderia ser chamado de "descolonização estética". Isso significa produzir e difundir alternativas subversivas à estética tipificada com norma na brancura, representar positivamente a pessoa negra por meio de imagens em diversos espaços sociais, midiáticos ou não, como a escola, por exemplo. Isso exigirá a revisão e a reinvenção individual e coletiva das bases da sociedade e das organizações nela presentes.

Esta disfunção social afeta o sadio equilíbrio das relações humanas e as estruturas básicas do Estado Democrático de Direito. Nação que se intitula democrática não pode admitir atos de discriminação estética.

⁴² D SANT'ANA, Jonathas Vilas Boas de. A imagem da negra e do negro em produtos de beleza e a estética do racismo. Periódicos da UFPA – Universidade Federal do Pará. Dossiê: Trabalho e Educação Básica.v.11. N. 16. Jun 2017. (p. 176-192). Disponível em <https://periodicos.ufpa.br/index.php/revistamargens/article/download/5391/4511> - Acessado em 29 de jul. de 2024, p.14.

⁴³ Idem, p.14.

⁴⁴ Idem, p.10.

⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). Epistemologias do sul. Coimbra: Almedina, 2009. SILVA, Nelson Fernando Inocencio da. Consciência negra em cartaz. Brasília: UnB, 2001

REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Discriminação. In: ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Brasileiro Acquaviva. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.
- ADESKY, Jacques d'. Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil. Rio de Janeiro: Pallas, 2001.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso. Igualdade e discriminação no ambiente de trabalho. In: BARZOTTO Luciane Cardoso (Coord.). Trabalho e Igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 35-53. p.48-49.
- BENTO, Maria Aparecida da Silva. A mulher negra no mercado de Trabalho. Estudos Feministas, 479, n. 2/95. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/viewFile/16466/15036> - Acesso em: 31 nov. 2015.
- BORGES, Rosane da Silva. Mídias, racismos e representações do outro: ligeiras reflexões em torno da imagem da mulher negra. In: BORGES, Roberto Carlos da Silva; BORGES, Rosane. Mídia e racismo. Brasília, DF: ABPN, 2012.
- CARNEIRO, Sueli. Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero. In: Ashoka Empreendedores Sociais e Takano Cidadania. Racismos contemporâneos. Rio de Janeiro: Takano, 2003, p.49-50..
- CURY, Augusto Jorge. A ditadura da beleza e a revolução das mulheres. Rio de Janeiro: Sextante, 2005
- D SANT'ANA, Jonathas Vilas Boas de. A imagem da negra e do negro em produtos de beleza e a estética do racismo. Periódicos da UFPA – Universidade Federal do Pará. Dossiê: Trabalho e Educação Básica. VOL.11. N. 16. Jun 2017. (p. 176-192). Disponível em <https://periodicos.ufpa.br/index.php/revistamargens/article/download/5391/4511> - Acesso em: 29 jul. 2024.
- Disponível em: A História da Escravidão Negra no Brasil – Geledés <http://www.geledes.org.br/historia-da-escravidao-negra-brasil-2/#ixzz3tSOARVx>
- GAMA, Isabela Caroline de Aguiar; OLÍMPIO, Ramon; SANTOS. O peso do racismo sob a estética da mulher negra: Um paradoxo da isonomia social brasileira. In: X COPENE – Congresso Brasileiro de Pesquisadores negros (Re) existência intelectual negra e ancestral – 18 anos de enfrentamento 12 a 17 de outubro de 2018. p.2. Disponível em: https://www.copene2018.eventos.dype.com.br/resources/anais/8/1527707080_ARQUIVO_artigo-isabelagama-doc.pdf - Acesso em 30 jul. 2024.
- F:ERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI, O dicionário da língua portuguesa. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- LIMA, HILDEBRANDO DE (org.). Dicionário Ilustrado Gamma. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A.
- MALACHIAS, Rosangela. Cabelo bom. Cabelo ruim. São Paulo: NEINB, 2007
- MARQUES, Christiani. O contrato de trabalho e a discriminação estética. São Paulo: LTr, 2002.
- RAMOS, G. A Invisibilidade da Estética Negra. Blogueiras Negras – Site Eletrônico, 2014. Disponível em: <http://blogueirasnegras.org/2014/01/20/esteticaliberdade-des-moda-e-identidade/>. Acesso em: 29 jul. 2024.
- SAMPAIO, Silvia. Discriminação da mulher nas relações de trabalho. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 36, n. 138, p.112-135, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). Epistemologias do sul. Coimbra: Almedina, 2009.
- SILVA, Nelson Fernando Inocencio da. Consciência negra em cartaz. Brasília: UnB, 2001
- SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. A discriminação estética da mulher. p.1-20. Disponível em: <https://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/ar>

quivos/anais/salvador/juliana_izar_soares_da_fonseca_segalla.pdf - acesso em 29 de julho de 2024

SILVA, Wilma Nogueira de Araújo Vaz da. As discriminações na relação de emprego e a Proteção jurídica do mercado de trabalho da mulher e do portador do vírus HIV. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Bernardo do Campo, v. 11, n. 13, p.464-475, 2007.

SOUZA, Jessé. O casamento secreto entre a identidade nacional e "teoria emocional da ação" ou porque é tão difícil o debate aberto e crítico entre nós. In: A invisibilidade de desigualdade brasileira. SOUZA, Jessé. (org.). Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2006, p.97-115. p.105.

SANTOS, Gislene Aparecida dos Santos. A invenção do "ser negro": um percurso das idéias que naturalizaram a inferioridade. Rio de Janeiro: Pallas, 2002.

SOUZA, Sarah Carolina do Amaral de; FRATE, Priscila Neves; SANTOS, Laudicéia Helena dos; AQUINO, Luiz Carlos Andrade de; ALVES, Maurício Martins. A Inserção da Mulher Negra no mercado de Trabalho. In: XVII Encontro Latino Americano de Iniciação Científica, XIII Encontro Latino Americano de Pós Graduação e III Encontro de Iniciação à Docência, 2013, Universidade do Vale do Paraíba – UNIVAP, Faculdade de Direito. p. 1. Acesso em: 31 nov. 2015.

SUAREZ, Sergei e Dillon Soares. O Perfil da Discriminação no Mercado De Trabalho – Homens Negros, Mulheres Brancas e Mulheres Negras. Brasília, novembro de 2000. Texto para discussão n°. 769.

THEODORO, Mário (org.). As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil 120 anos após a abolição, 2008. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acessado em 15 de novembro de 2015.

WERNECK, Jurema; IRACI, Nilza; CRUZ, Simone. Mulheres Negras na Primeira Pessoa. Porto Alegre: Redes Editora, 2012.p. 63;85;109;122-123.

XAVIER, Giovana; FARIAS, Juliana Barreto; GOMES, Flávio. Mulheres negras no Brasil escravista e do pós-emancipação. São Paulo: Selo Negro, 2012.

COMPLIANCE E CULTURA ORGANIZACIONAL: EQUIDADE DE GÊNERO E PREVENÇÃO DO ASSÉDIO SEXUAL E VIOLÊNCIA NO TRABALHO



Márcia Assumpção Lima Momm¹

Este artigo tem como escopo analisar a eficácia das ferramentas de compliance na promoção de uma cultura organizacional inclusiva e na prevenção do assédio sexual e outras formas de violência de gênero no ambiente de trabalho. Diante da persistência de comportamentos discriminatórios enraizados em normas culturais e estruturas hierárquicas patriarcais, torna-se essencial que as empresas adotem práticas proativas que vão além do cumprimento das leis, como a Lei Emprega Mais Mulheres e a Convenção 190 da OIT, para garantir um ambiente laboral seguro e respeitoso. A

¹ Advogada. Doutoranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo UniCuritiba. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Univali/Amatra 12 e em Direitos Humanos e Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Direito de Coimbra-Portugal. Orcid iD: <http://orcid.org/0000-0001-5841-4992>. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/6435845130832671>. E-mail: marciaassump@hotmail.com.

pesquisa, desenvolvida a partir de uma abordagem dedutiva e utilizando métodos bibliográficos e documentais, explora inicialmente o problema do assédio sexual e, posteriormente, identifica os instrumentos de compliance que podem ser eficazes na construção de uma cultura organizacional que promova a equidade de gênero e um ambiente de trabalho livre de assédio sexual. As conclusões destacam a importância de uma transformação cultural e de práticas institucionais que considerem os múltiplos marcadores sociais de discriminação que afetam as mulheres, buscando corrigir desigualdades históricas e promover a dignidade e os direitos humanos das trabalhadoras.

Palavras-chave: compliance; equidade de gênero; assédio sexual e violência no trabalho; cultura organizacional; direitos humanos das mulheres.

COMPLIANCE AND ORGANIZATIONAL CULTURE: GENDER EQUITY AND PREVENTION OF SEXUAL HARASSMENT AND VIOLENCE AT WORK

This article aims to analyze the effectiveness of compliance tools in promoting an inclusive organizational culture and preventing sexual harassment and other forms of gender violence in the workplace. Given the persistence of discriminatory behaviors rooted in cultural norms and patriarchal hierarchical structures, it is essential for companies to adopt proactive practices that go beyond mere legal compliance, such as the Women's Employment Law (Lei Emprega Mais Mulheres) and ILO Convention 190, to ensure a safe and respectful work environment. The research, developed from a deductive approach and using bibliographic and documentary methods, initially explores the problem of sexual harassment and, subsequently, identifies compliance instruments that can be effective in building an organizational culture that promotes gender equality and a work environment free from sexual harassment. The conclusions highlight the importance of a cultural transformation and institutional practices that consider the multiple social markers of discrimination that affect women, seeking to correct historical inequalities and promote the dignity and human rights of workers.

Keywords: compliance; gender equity; sexual harassment and violence at work; organizational culture; women's human rights.

INTRODUÇÃO

Fruto da dinâmica da libertação das mulheres das amarras do patriarcalismo, a evolução do trabalho feminino, traz alguns dilemas a serem enfrentados no século XXI por organizações em todo mundo: como manter um ambiente de trabalho sadio e seguro para todas as pessoas, livre de violência e assédio, notadamente sexual.

Destarte, em face da enraizada ideia de que o homem é um ser superior, que remonta a Grécia Antiga, e o único a poder exercer sua cidadania – triste Mulheres de Atenas –, a objetificação e a objeção da mulher em alguns espaços de poder, como na política e no trabalho, resistem; marginalização, desigualdade de gênero e de salário, discriminação, violência e assédio, persistem.

Padrões socioculturais que reproduzem condutas, ainda percebidas como normais, que vão desde piadas sexistas, toques sem permissão, convites insistentes, cantadas e diversos constrangimentos que ocorrem no trabalho, incluindo locais de descanso e refeição, vestiários, deslocamentos à trabalho, em eventos institucionais, inclusive virtuais, maculam o ambiente laboral, tornando hostil e degradante às mulheres.

Visto que tais comportamentos são incompatíveis com a promoção de empresas sustentáveis e que afetam negativamente a organização do trabalho, as relações no local de trabalho, a reputação da empresa e a produtividade, as organizações devem ter especial atenção à mudança de cultura para a valorização e o respeito aos direitos humanos, garantindo condições de trabalho dignas por meio de ambiente produtivo, com equidade e segurança.

Enfrentar as práticas de assédio sexual e violência de gênero no ambiente de trabalho não é um desafio novo; entretanto, esse tema adquire uma nova dimensão diante da necessidade contemporânea de as empresas se alinharem às boas práticas de governança corporativa e de compliance trabalhista. Além de atender à legislação, como a Lei Emprega Mais Mulheres, as organizações precisam adotar políticas proativas que promovam um ambiente de trabalho seguro e inclusivo, livre de discriminação e violência.

O presente artigo tem como objetivo analisar em que medida as ferramentas de compliance são eficazes na promoção de uma cultura organizacional que valorize a diversidade e a inclusão de gênero, e que atue ativamente na prevenção e mitigação de casos de assédio sexual e outras formas de violência no trabalho. Para tanto, é essencial entender que o conceito de gênero transcende a visão binária de masculino e feminino, englobando uma ampla gama de identidades e expressões que devem ser reconhecidas e respeitadas no ambiente corporativo.

A escolha do tema visa, ainda que de forma sucinta, contribuir para a reflexão sobre a importância de uma gestão corporativa que seja ética, responsável e verdadeiramente inclusiva. A adoção de práticas de compliance alinhadas às melhores diretrizes internacionais de prevenção e combate ao assédio sexual, com enfoque na equidade de gênero, é fundamental para construir ambientes de trabalho mais justos e seguros para todas as pessoas.

Para uma melhor exegese, esta pesquisa fora desenvolvida com método de abordagem dedutivo, com uso de pesquisa bibliográfica e documental, almejando examinar, inicialmente, o assédio sexual, como um problema persistente às mulheres nos locais de trabalho, e, em segundo momento, quais instrumentos de compliance podem ser adotadas para promoção de uma cultura organizacional inclusiva, que promova a equidade de gênero, e um ambiente de trabalho livre de assédio sexual e violência.

1 ASSÉDIO SEXUAL NO TRABALHO: UM DESAFIO PERSISTENTE E SUAS IMPLICAÇÕES DE GÊNERO

No trabalho deixou lá, sua voz, seu sorriso, seu choro, seu sofrimento; fêmea: alvo de caça, conformada vítima, só quer contemplar cor na lida.

As relações de gênero têm sido construídas historicamente como sistemas de subordinação. A perspectiva de subordinação das mulheres está enraizada nas estruturas sociais e nas relações de classe, nas quais o patriarcado opera como um sistema de dominação masculina, corporificando a exploração da mulher, tanto como trabalhadora quanto como objeto de exploração sexual.

Nas análises das relações de gênero, do patriarcado e da opressão das mulheres na sociedade de classes, feitas por Saffioti (2013), pode-se inferir que o assédio sexual é uma expressão da violência de gênero e da objetificação das mulheres no sistema patriarcal, ou seja, uma manifestação da opressão estrutural que mulheres enfrentam na sociedade capitalista.

Diversos fatores contribuem para a violência de gênero, como aponta o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (CNPJ, 2021). Fatores materiais, como a dependência financeira das mulheres, frequentemente presente em casos de violência doméstica, e a subordinação no trabalho, muitas vezes por trás do assédio sexual, são exemplos claros. Fatores culturais, como a existência da "cultura do estupro," naturalizam a violência sexual e culpabilizam as vítimas. Fatores ideológicos, como a erotização das mulheres e a normalização da misoginia, alimentam crimes de abuso sexual e incentivam o feminicídio. Além disso, fatores relacionados ao poder e dominação, como o estupro coletivo e a pornografia de vingança, demonstram a interação complexa entre essas variáveis na produção

de violência de gênero. Um denominador comum entre esses fatores é a desigualdade estrutural que permeia a sociedade.

Nesse contexto, depreende-se que o assédio sexual decorre de uma expressão do poder desigual entre os gêneros e como uma forma de violência baseada na dominação masculina; um fenômeno profundamente enraizado nas normas de gênero e nas estruturas de poder patriarcais, que perpetuam a objetificação e a violência contra as mulheres (Butler, 2021).

A Convenção 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), atualmente em processo de ratificação no Brasil, representa um marco na luta contra a violência e o assédio no ambiente de trabalho. Este documento reconhece que a violência e o assédio podem ser baseados em questões de gênero e, frequentemente, afetam desproporcionalmente as mulheres. A Convenção aborda uma ampla gama de comportamentos, práticas ou ameaças que visam, resultam ou têm o potencial de causar danos físicos, psicológicos, sexuais ou econômicos. Dessa forma, esses comportamentos são frequentemente direcionados a indivíduos com base em seu sexo, identidade de gênero ou orientação sexual (MPT, 2021).

Especificamente, o assédio sexual, conforme definido pela Convenção 190 da OIT, refere-se a condutas, palavras, ações ou insinuações de cunho sexual que são indesejadas e que têm como objetivo ou resultado ofender, intimidar, humilhar ou criar um ambiente de trabalho hostil. Esses comportamentos incluem avanços sexuais não solicitados, propostas inapropriadas, piadas ou comentários ofensivos, exposição não consensual a material sexualmente explícito, entre outros. Tais atos podem ser praticados por superiores hierárquicos, colegas de trabalho, clientes ou fornecedores (Heloani; Maranhão; Ferreira, 2022).

No Brasil, o assédio sexual está tipificado na legislação penal como crime. A Lei nº 10.224/2001 (Brasil, 2001) acrescentou ao Código Penal brasileiro o crime de assédio sexual, definido como "constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função". Embora esta definição aborde a relação de poder entre hierarquias, ela não contempla todas as nuances abordadas pela Convenção 190, destacando a necessidade de uma abordagem mais abrangente e inclusiva para a prevenção do assédio sexual no ambiente de trabalho.

A legislação trabalhista brasileira, embora não tenha um dispositivo específico que trate do assédio sexual (Medrado, 2017), assegura a garantia de um ambiente de trabalho saudável e seguro por meio de normas de segurança e no trabalho. Em

consonância com a Lei Emprega Mais Mulheres (Brasil, 2022), as empresas são responsáveis por promover um ambiente laboral seguro e inclusivo, que não apenas favoreça a inserção e a permanência das mulheres no mercado de trabalho, mas também adote medidas efetivas de prevenção e combate ao assédio sexual. Essas ações são essenciais para construir um ambiente de trabalho que respeite a dignidade e os direitos humanos de todos os trabalhadores, independentemente de gênero.

Além disso, é fundamental reconhecer a necessidade de transformar as estruturas sociais e criar condições em que todas as pessoas possam viver e trabalhar sem violência ou coerção. A promoção da igualdade de gênero no ambiente de trabalho passa pela desconstrução das normas de gênero tradicionais que perpetuam desigualdades e discriminam mulheres e minorias de gênero. A luta por igualdade de gênero é essencial para combater não apenas o assédio sexual, mas também outras formas de violência de gênero (Connell; Pearse, 2015). Destarte, empresas comprometidas com a equidade de gênero e a inclusão são mais capazes de criar espaços laborais que valorizem a diversidade e promovam o respeito entre todos.

A violência e o assédio no ambiente de trabalho causam uma ampla gama de danos físicos e psicológicos que vão além da simples violação da saúde. Esses atos afetam profundamente outros bens jurídicos e direitos fundamentais, como a dignidade, a integridade física, psíquica e sexual, além da imagem e honra das vítimas (Heloani; Maranhão; Ferreira, 2022).

Um ambiente de trabalho hostil, marcado por violência e assédio, pode resultar em isolamento social, exclusão de oportunidades e impactos negativos nas relações pessoais e familiares das vítimas. As consequências para as mulheres são particularmente graves, afetando suas oportunidades de carreira e crescimento profissional. Esses desafios exigem uma resposta robusta, com atenção especial, diálogo contínuo e estratégias eficazes de combate e prevenção.

O impacto do assédio sexual também se estende às empresas, criando um clima organizacional prejudicial, onde os funcionários se sentem inseguros, ameaçados e desconfortáveis. Essa atmosfera de tensão pode minar a confiança entre colegas, reduzir a cooperação e gerar um ambiente de hostilidade, o que, por sua vez, afeta negativamente a produtividade. Além disso, altos índices de absenteísmo e rotatividade podem surgir, comprometendo a continuidade das operações e aumentando os custos organizacionais.

Casos de assédio sexual que se tornam públicos podem ainda causar danos significativos à reputação da empresa, afetando sua imagem junto a

clientes, fornecedores, investidores e outras partes interessadas (Momm, 2022).

As empresas que não lidam adequadamente com o assédio sexual estão sujeitas a ações legais, processos trabalhistas e indenizações por danos causados às vítimas e à sociedade. Os custos financeiros associados a processos judiciais, multas e pagamentos de indenizações podem ser substanciais, impactando negativamente a saúde financeira da empresa.

Ademais, quando as vítimas não veem ações concretas sendo tomadas para combater o assédio e outras práticas discriminatórias na organização ou quando há impunidade aos infratores, a moral e a confiança dos empregados na empresa e nos seus líderes são afetadas. Isso resulta em uma sensação de que estão trabalhando em um covil – um ambiente de trabalho eivado de terror e crueldades, incompatível com a efetivação do direito ao trabalho decente (Bôas; Martins; Dias, 2021), levando a uma série de consequências, como examinado.

Por conseguinte, é fundamental que empresas adotem medidas sustentáveis e efetivas para prevenir e combater o assédio sexual, promovendo uma cultura de respeito, igualdade de gênero e tolerância zero ao assédio e outras formas de violência de gênero no ambiente de trabalho, a fim de proteger as mulheres e, igualmente, fortalecer sua reputação e obter melhora no seu desempenho geral.

Frente a essa realidade, as empresas têm um grande desafio: promover a equidade de gênero e o bem-estar no ambiente de trabalho para todas as pessoas.

2 COMPLIANCE E CULTURA ORGANIZACIONAL: FERRAMENTAS PARA EQUIDADE DE GÊNERO E PREVENÇÃO DO ASSÉDIO SEXUAL

É dever de todos e todas se absterem de incorrer em ato ou prática de discriminação, bem como o de zelar para que autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com essa obrigação, em todas as esferas, para fins de alcance da isonomia entre mulheres e homens e para se modificar padrões socioculturais, com vistas a alcançar a superação de costumes que estejam baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos, consoante a Convenção 190 da OIT (MPT, 2021).

As empresas têm a responsabilidade legal de fornecer um ambiente de trabalho sadio, seguro e livre de assédio sexual. Assim, encarar seriamente o tema é crucial, visto que a sociedade se transformou e, com ela a visão de valores, passando a ser basilar que todos sejam tratados com igual dignidade e respeito. Devendo a empresa igualmente se adaptar a essas mudanças,

reduzindo riscos de inconformidade para além de leis e regras (Momm, 2022).

É responsabilidade de cada empresa orientar seus empregados e demais partes interessadas a adotarem posturas que respeitem os direitos humanos, alinhando-se aos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos de John Ruggie (Conectas, 2012). Esses princípios de soft law incentivam as empresas a irem além do mero cumprimento das obrigações legais, promovendo ativamente a equidade de gênero e garantindo um ambiente de trabalho livre de qualquer forma de assédio ou discriminação. A não conformidade com essas diretrizes não só expõe a empresa a possíveis penalidades legais, mas também a riscos reputacionais e financeiros significativos.

Recentemente, a Lei Emprega Mais Mulheres (Brasil, 2022) estabeleceu que as empresas devem promover uma cultura de integridade no ambiente de trabalho para garantir um espaço saudável, seguro e favorável à inserção e permanência das mulheres no mercado de trabalho. Esta Lei propõe um conjunto abrangente de estratégias que incluem desde apoio à parentalidade, como o reembolso-creche e a flexibilização do regime de trabalho, até a qualificação de mulheres em áreas estratégicas e o incentivo ao microcrédito. A implementação dessas medidas é crucial para construir uma cultura organizacional inclusiva e segura, que previna práticas discriminatórias e o assédio sexual.

Como destaca Juliana Buchaim, da Women Corporate Directors, a diversidade é uma potência nas organizações. A adoção de práticas como licença parental incentivada e trabalho flexível pode ser transformadora, quebrando paradigmas e promovendo um ambiente de trabalho mais equilibrado e justo (Martins, 2024). Essa abordagem reforça a igualdade de gênero, impulsiona a inovação e a resiliência organizacional, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social de maneira sustentável e inclusiva.

Nesse contexto, o fortalecimento de uma cultura organizacional inclusiva e a adoção de instrumentos de compliance desempenham um papel essencial na promoção da equidade de gênero e na mitigação do assédio sexual no ambiente de trabalho. As empresas, ao seguirem diretrizes e práticas de compliance, podem prevenir, identificar e lidar eficazmente com o assédio sexual e outras formas de violência, garantindo um ambiente de trabalho mais seguro e respeitoso para todos.

Um programa de compliance robusto e efetivo é primordial para que as organizações desenvolvam políticas que proibam explicitamente o assédio sexual e outras formas de violência no ambiente de trabalho. Essas políticas devem não apenas definir claramente o que constitui assédio sexual, mas também estabelecer condutas aceitáveis, procedimentos de denúncia e

investigação acessíveis e transparentes, e aplicar consequências disciplinares apropriadas para os infratores (Brasil, 2022). Além de promover um ambiente seguro e respeitoso, tais medidas, dispostas na Lei Emprega Mais Mulheres, são fundamentais para incentivar a inclusão e a retenção das mulheres no mercado de trabalho, criando condições que favoreçam a equidade de gênero e a diversidade organizacional.

Destarte, mudar a cultura organizacional é um desafio fundamental para combater o assédio sexual e a violência de gênero no ambiente de trabalho. Esses comportamentos muitas vezes estão profundamente enraizados em normas culturais e estruturas hierárquicas que perpetuam a desigualdade e a discriminação. Portanto, é necessária uma transformação abrangente de mentalidade e valores dentro das organizações para eliminar essas práticas e promover um ambiente de trabalho mais seguro e inclusivo.

Casos recentes de assédio e violência contra mulheres, como os ocorridos no Grupo Globo de Televisão e na Caixa Econômica Federal (CEF), evidenciam a necessidade urgente de mudança e de mecanismos efetivos e eficazes de combate ao assédio e promoção da equidade de gênero nas organizações. Na CEF, somente após as denúncias contra o ex-presidente Pedro Guimarães vieram à tona em 2022 na mídia, é que houve apuração e exoneração do assediador, revelando práticas profundamente enraizadas e uma resposta institucional morosa, refletindo uma cultura organizacional que falha em tratar o assédio como uma violação séria e inaceitável (Bittencourt Júnior, 2023). Similarmente, as denúncias na Globo contra Marcius Melhem expuseram falhas graves nos sistemas de resposta e prevenção ao assédio, sugerindo uma cultura organizacional que, em vez de proteger as vítimas, parecia mais preocupada em proteger sua própria imagem fazendo abafamento dos casos (Silva; Sacramento, 2024).

A omissão ou conivência com tais práticas não apenas perpetua o sofrimento das vítimas, como também compromete a credibilidade da empresa. Dados da pesquisa do Instituto Patrícia Galvão de 2020 indicam que 76% das trabalhadoras relataram ter sido vítimas de violência e assédio no trabalho (Silva; Sacramento, 2024), reforçando a necessidade de uma abordagem de compliance que vá além do bluewashing; ou seja, uma fachada de conformidade sem ações efetivas (Momm, 2022).

Para que o compliance seja realmente eficaz, é crucial que as empresas implementem políticas rigorosas, treinamentos contínuos e canais de denúncia acessíveis e confiáveis, apliquem sanções adequadas aos agressores e promovam treinamento contínuo sobre assédio e discriminação. Apenas por meio de um compromisso genuíno com a equidade de gênero e a

criação de um ambiente de trabalho respeitoso é que se poderá avançar na luta contra o assédio e a violência no trabalho, prevenindo que tais comportamentos se perpetuem nas organizações.

Analisar os casos de assédio sob a perspectiva de gênero é essencial para entender como as relações de poder desiguais entre homens e mulheres são mantidas e reforçadas no ambiente de trabalho. A persistência de uma cultura patriarcal que naturaliza a violência contra as mulheres, culpabilizando-as pelos desejos e ações dos homens, perpetua um ciclo de discriminação e opressão que precisa ser rompido (Silva; Sacramento, 2024). A busca pela equidade de gênero nas relações laborais requer uma transformação profunda das estruturas organizacionais e sociais.

As consequências financeiras e reputacionais do assédio para as corporações – incluindo absenteísmo, adoecimento, licenças para tratamento de saúde, redução da produtividade e exposição negativa na mídia – demonstram a importância de implementar medidas eficazes de prevenção. O compliance, quando aplicado de forma genuína e comprometida, pode ser um poderoso aliado na luta contra o assédio e na promoção de um ambiente de trabalho seguro e equitativo. No entanto, é necessário que essas iniciativas sejam mais do que um esforço superficial, abordando as raízes culturais e estruturais da discriminação e violência contra as mulheres.

Para que as empresas realmente combatam o assédio sexual e a violência de gênero, é crucial que a alta administração da organização esteja verdadeiramente comprometida em promover um programa de compliance robusto que vá além do mero cumprimento das leis (Momm, 2022). A Lei Emprega Mais Mulheres (Brasil, 2022) traz um novo paradigma para o enfrentamento dessas questões, mas é necessário que as empresas adotem medidas efetivas de soft law que assegurem um ambiente de trabalho saudável, seguro e equitativo, que envolva não apenas a criação de políticas claras contra o assédio, mas também uma mudança de cultura que fomente o respeito aos direitos humanos e a equidade de gênero.

A implementação de um código de conduta que defina claramente o que constitui assédio sexual e outras formas de violência de gênero, bem como os comportamentos permitidos e proibidos no ambiente de trabalho, é fundamental. As empresas devem garantir que todos os empregados compreendam essas políticas e estejam cientes das consequências para aqueles que violarem essas diretrizes. Além disso, é essencial que existam procedimentos de denúncia acessíveis e mecanismos transparentes para a investigação e punição de casos de assédio, conforme previsto na Lei Emprega Mais Mulheres (Brasil, 2022).

Medidas adicionais, como a capacitação contínua dos colaboradores em todos os níveis

hierárquicos sobre questões de igualdade, diversidade, e prevenção ao assédio, são igualmente importantes. Essas ações devem ser realizadas regularmente e de forma inclusiva, para criar um ambiente onde todos se sintam seguros para reportar qualquer forma de assédio sem medo de retaliação.

No entanto, proteger as vítimas de assédio sexual é um desafio importante. As organizações também devem estabelecer procedimentos claros para proteger as vítimas, garantindo que elas sejam ouvidas e tratadas com seriedade. Criar um ambiente seguro e confidencial é essencial para que as vítimas se sintam encorajadas a denunciar incidentes de assédio. Muitas vítimas de assédio sexual relutam em denunciar devido ao medo de retaliação ou de não serem acreditadas.

Além disso, a responsabilização dos agressores deve ser tratada com a seriedade necessária. Investigações internas devem ser conduzidas de maneira imparcial e transparente, e as punições devem ser proporcionais à gravidade das ofensas. A falta de responsabilização não só enfraquece os esforços para combater o assédio, mas também perpetua um ambiente de impunidade, como demonstrado no caso da Globo (Silva; Sacramento, 2024).

A realização de monitoramento periódico para avaliar a eficácia das políticas e procedimentos de combate ao assédio sexual é igualmente importante. As organizações devem implementar mecanismos de avaliação, como auditorias internas, análises de dados, pesquisas de clima organizacional e feedback dos colaboradores, para identificar áreas que necessitam de melhorias e implementar ações corretivas.

Enfrentar esses desafios requer um compromisso genuíno e constante da alta administração e de todos os membros da organização. A transformação cultural em direção a um ambiente de trabalho mais seguro e inclusivo é um processo contínuo que demanda educação, liderança comprometida e a implementação de políticas de compliance verdadeiramente eficazes. Somente através de um compromisso real com a mudança de cultura e a adoção de práticas de soft law que promovam a equidade de gênero, as empresas poderão efetivamente mitigar os casos de violência e assédio contra mulheres, garantindo um ambiente de trabalho respeitoso e seguro para todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, foram apresentadas reflexões críticas sobre o assédio sexual no ambiente de trabalho, a utilização de instrumentos de compliance para estipular regras de conduta, entre outras medidas para mitigar violências de gênero, e a necessária aplicação de punição ao denunciado. A Convenção 190 da OIT e a Lei Emprega Mais Mulheres surgem como marcos fundamentais para estabelecer padrões, internacional e

nacional, de prevenção e combate à violência e ao assédio no mundo do trabalho, promovendo a igualdade de gênero e garantindo um ambiente laboral seguro e respeitoso para todas as pessoas.

O combate ao assédio sexual e outras violências de gênero nas organizações enfrenta desafios significativos. Conscientização, prevenção, políticas internas claras e educação contínua são componentes essenciais para enfrentar esse problema e criar ambientes de trabalho seguros e livres de assédio. As organizações precisam estar atentas, pois tais condutas podem ter sérias consequências, incluindo danos à saúde física e mental das empregadas, caracterização de doenças ocupacionais, além de autuações fiscais, ações civis públicas e trabalhistas, além da possibilidade de indenizações significativas.

No entanto, para que o progresso seja alcançado, é preciso mais do que leis e diretrizes; é preciso um despertar de consciências. A transformação verdadeira nasce de corações e mentes que rejeitam a violência em todas as suas formas e abraçam a dignidade e o respeito como princípios inalienáveis.

A luta contra o assédio é uma jornada que começa dentro de cada indivíduo, irradiando-se através das paredes das organizações e alcançando todos os cantos da sociedade. Precisamos imaginar, com a força de nossa vontade coletiva, um mundo onde cada trabalhadora possa florescer, livre do medo, onde cada voz seja ouvida e onde cada ação esteja enraizada em justiça e equidade.

Diante dessa necessidade urgente, é essencial repensar as práticas institucionais e judiciais no Brasil à luz de uma perspectiva de gênero que considere os múltiplos marcadores sociais de discriminação que afetam as mulheres. Apenas assim será possível corrigir desigualdades históricas e promover a dignidade de todas as trabalhadoras, avançando nos direitos humanos das mulheres e contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e solidária.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT JÚNIOR, José Paulo. Medidas protetivas da Lei Maria da Penha: aplicabilidade nos casos de assédio sexual sofridos pelas empregadas no ambiente de trabalho. Dissertação (Mestrado em Direito), Centro Universitário Curitiba. Curitiba, p. 100, 2023. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIM A/36996>. Acesso em: 24 ago. 2024.

BÔAS, Regina Vera V.; MARTINS, Priscila M.; DIAS, Luciana G. Na ambiência do trabalho, assédios e violências baseadas em gênero: o "h" da questão à luz da Convenção 190 OIT. Revista Jurídica, [S.l.], v. 5, n. 67, p.

317-338, out. 2021. ISSN 2316-753X. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5706>. Acesso em: 20 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências. Brasília, 15 de maio de 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10224.htm. Acesso em: 20 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.457, de 21 de setembro de 2022. Institui o Programa Emprega + Mulheres; e altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 11.770, de 9 de setembro de 2008, 13.999, de 18 de maio de 2020, e 12.513, de 26 de outubro de 2011. Brasília, 21 de setembro de 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14457.htm. Acesso em: 20 mai. 2023.

BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade. Tra. Renato Aguiar. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero. Brasília, 2021. ISBN nº 978-65-88022-06-1.

CONNECTAS. Empresas e direitos humanos. Parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar. Relatório final de John Ruggie. 2012. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/connectas_principiosorientadoresruggie_mar20121.pdf. Acesso em 25 ago. 2024.

CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. Gênero: uma perspectiva global. Trad. Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2015.

HELOANI, Roberto; MARANHÃO, Ney S. M.; FERREIRA, Estêvão F. Assédio e violência no trabalho: contribuições da Convenção n. 190 da OIT para a prevenção de riscos psicossociais. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 88, n. 1, jan./mar. 2022, p. 143-162, 2022.

MARTINS, Angelina. A potência da diversidade é inquestionável. Blog IBGC, São Paulo, 20 ago. 2024. Disponível em: <https://ibgc.org.br/blog/potencia-diversidade-inquestionavel>. Acesso em: 25 ago. 2024.

MEDRADO, Gézio D. O assédio sexual no ambiente de trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, n. 19. São Paulo, 2017. p. 63-72.

MOMM, Márcia A. L. A governança corporativa e o compliance em tempos de transformação social: ensaio sobre os códigos de conduta no âmbito laboral. São Paulo: Dialética, 2022.

MPT, Ministério Público do Trabalho. Procuradoria Regional do Trabalho da 17ª Região. PCDLegal. Convenção 190 e Recomendação 206 da OIT: ações para o enfrentamento da Violência e Assédio no mundo do trabalho. 1. ed. Vitória, 2021.

SAFFIOTI, Heleith. A mulher na sociedade de classes: mito e realidade. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

SILVA, Walneide da; SACRAMENTO, Nazaré. A eficácia ou ineficácia do compliance trabalhista como instrumento de prevenção e combate ao assédio à luz do Caso Marcius Melhem. Laborare, São Paulo, Brasil, v. 7, n. 12, p. 179-209, 2024. DOI: 10.33637/2595-847x.2024-243. Disponível em: <https://revistalaborare.org/index.php/laborare/article/view/243>. Acesso em: 25 ago. 2024.



ISSN 2675-9403