

REVISTA DE DIREITO

DA DEFENSORIA PÚBLICA DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

33

REALIZAÇÃO



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

70 ANOS

CEJUR
Centro de Estudos Jurídicos
Defensoria Pública - RJ

APOIO



Fesudeperj
Fundação Escola Superior da Defensoria
Pública do Estado do Rio de Janeiro

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REVISTA DE
DIREITO
DA DEFENSORIA PÚBLICA DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

33

Rev. Dir. Def. Públ. Rio de Janeiro
Ano 32 | Nº 33
p. 01 a 292 | 2023

REALIZAÇÃO



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

70 ANOS

CEJUR
Centro de Estudos Jurídicos
Defensoria Pública - RJ

APOIO



Fesudeperj
Fundação Escola Superior da Defensoria
Pública do Estado do Rio de Janeiro

REALIZAÇÃO



APOIO



EDIÇÃO

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS
DA DEFENSORIA PÚBLICA DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO
(CEJUR)

AVENIDA MARECHAL CÂMARA,
Nº 314, 3º ANDAR, CENTRO,
RIO DE JANEIRO-RJ, CEP 20.020-080

REVISÃO

Zezé Vargas

DIAGRAMAÇÃO

Rafael Veiga

EQUIPE CEJUR

**Henrique Guelber de
Mendonça**
Diretor-Geral

Bruna de Oliveira Pizzari
Diretora de Capacitação

Ana Lúcia Ramalho Copque
Coordenadora da Biblioteca

Aline Loureiro de Souza
Bibliotecária

Antonio Gonçalves
Assistente (Biblioteca)

Leandra Bernardina da Silva Vieira
Assistente (Biblioteca)

Luciana Tubino Morand
Técnica Administrativa

Michele Cristina Soares Silveira
Técnica Administrativa

Raíssa de Araujo Teixeira
Assistente

Roberta Bacha de Almeida
Analista Processual

**OS CONCEITOS E OPINIÕES EMITIDOS NOS TRABALHOS QUE
SE SEGUEM SÃO DA INTEIRA RESPONSABILIDADE DOS SEUS
AUTORES.**

© 2023 Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial desta publicação sem o prévio
consentimento, por escrito, da Defensoria Pública.

Catálogo na Publicação (CIP)
Biblioteca Defensor Público Mário José Bagueira Leal

Revista de Direito da Defensoria Pública
Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro – v. 32, n. 33 –
Rio de Janeiro: DPGE-RJ, 2023.

292 p.

Anual. Esta edição abrange o período de 2023
ISSN. 1981-1950.

Direito – Periódico. I. Rio de Janeiro (Estado). Defensoria Pública

CDDir: 340.5

CONSELHO EDITORIAL

CLEBER FRANCISCO ALVES

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

RODRIGO BAPTISTA PACHECO

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

LUCIA HELENA SILVA BARROS DE OLIVEIRA

Coordenadora de Defesa Criminal da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

GLAUCE MENDES FRANCO

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro aposentada (indicação ADPERJ)

ANA LÚCIA TAVARES FERREIRA

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro

ROSANE REIS

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro

DANIELE DA SILVA DE MAGALHÃES

Coordenadora de Promoção e Equidade Racial da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

LEONARDO QUINTÃO FERNANDES

Presidente da Associação dos Servidores Públicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

ALESSANDRA BENTES TEIXEIRA VIVAS

Chefe de Gabinete da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

RENATA TAVARES DA COSTA

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro (indicação ADPERJ)

EDUARDO CHOW DE MARTINO TOSTES

Coordenador do Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

PATRICIA FONSECA CARLOS MAGNO DE OLIVEIRA

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro

ROBERTA GOMES THOMÉ

Servidora da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

JOSÉ AUGUSTO GARCIA DE SOUSA

Coordenador Cível da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

ADRIANA DIAS VIEIRA

Professora Associada de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF)

THULA RAFAELA DE OLIVEIRA PIRES

Professora da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

RACHEL GOUVEIA PASSOS

Professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

BENEDITO GONÇALVES

Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

MARCIO CARVALHO FARIA

Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PATRÍCIA CARDOSO MACIEL TAVARES

Defensoria Pública-Geral do Estado

MARCELO LEÃO ALVES

Subdefensoria Pública-Geral de Gestão

CÍNTIA REGINA GUEDES

Subdefensoria Pública-Geral Institucional

ALESSANDRA BENTES TEIXEIRA VIVAS

Chefia de Gabinete

KÁTIA VARELA MELLO

Corregedoria-Geral

SIMONE MARIA SOARES MENDES

Subcorregedoria-Geral

HENRIQUE GUELBER DE MENDONÇA

Diretoria-Geral do Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR)

BRUNA DE OLIVEIRA PIZZARI

Diretoria de Capacitação do Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR)

FABIANA DA SILVA

Ouvidoria-Geral

SUMÁRIO

Apresentação

Bruna De Oliveira Pizzari

Henrique Guelber se Mendonça

Patricia Cardoso Marciel Tavares **10**

DOCTRINA

Caso da Sala Vermelha: assistência jurídica e a aplicação do protocolo de Istambul em casos de tortura

André Luis Machado de Castro **16**

Ancestralidade, luta e resistência quilombola no estado do Rio de Janeiro diante do racismo e da (in)justiça ambiental

Anne Caroline Nascimento da Silva

Fernanda de Oliveira Lemos

Taciana Garcia **29**

O Estado de exceção Agambeniano e sua incidência na suspensão das operações policiais na ADPF das favelas

Daniel Lozoya Constant Lopes **50**

A Defensoria Pública como órgão de democracia militante

Eduardo Chow de Martino Tostes **68**

A atuação da Defensoria Pública como custos vulnerabilis em prol da Casa Nem: uma luta por política pública de moradia adequada para população LGBTQIAPN+ no município do Rio de Janeiro

Guilherme Cabral Pimentel da Silva..... **86**

Mulher trans, mulher é: a incidência da Lei Maria da Penha em favor das mulheres trans e a atuação da Defensoria Pública na defesa das vítimas

Helder José Campos Pereira da Rocha Moreira

Luiz Henrique Linhares Zouein **114**

Execução penal e totalitarismo

Luiz Felipe Tibua Pantoja **138**

Formação da decisão liminar de aplicação de medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06: elementos processuais sob o aspecto interpretativo da vulnerabilidade da vítima

Vinícius Queiroz Reis **154**

PEÇAS PROCESSUAIS

Modelo de agravo de instrumento: assistência qualificada de violência doméstica e familiar contra a mulher

Bruna Martins Amorim Dutra **163**

Custos vulnerabilis na defesa das pessoas não humanas

João Felipe de Oliveira Cunha

Leonardo Merigueti Pereira **184**

Habilitação da Defensoria Pública como colegitimada em ação civil pública de caráter estrutural e multipolar envolvendo direito à moradia

Susana Cadore Nunes Barreto **194**

PARECERES

Parecer COCIV/DPGERJ 02/2023

José Augusto Garcia de Sousa

Maurício de Andrade Travasso Neto **238**

TRABALHO APRESENTADO EM CONGRESSO ILAG

Challenges for ethnic equality and racial diversity in recruiting staff for legal aid services in the future possible ideas based on the experience of the public defender's office in Rio de Janeiro

Cleber Francisco Alves

Livia Casseres **265**

CONTOS E HISTÓRIAS

Uma história sobre Justiça e Direito

Adolfo Filgueiras Etienne **281**

APRESENTAÇÃO

“A Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, criada em 1988, tem sido o meio tradicional de divulgação da doutrina e das lutas institucionais. Não se trata, vale ressaltar, de um veículo neutro, pelo simples fato de que a Defensoria não é, longe disso, uma instituição neutra”.

Estas foram as palavras de José Augusto Garcia de Sousa, a quem prestamos todas as homenagens por sua condução impecável da Direção-Geral do CEJUR por quase uma década, na apresentação da Revista nº 32. “Zé”, como carinhosamente o chamamos, está certo. A Defensoria Pública tem lado, não é neutra e, mais do que isso, tem duríssimas lutas a ainda travar.

A Revista nº 33 é composta por 08 (oito) artigos doutrinários, 03 (três) peças processuais, 01 (um) parecer, 01 (um) trabalho em língua inglesa apresentado em Congresso ILAG, e 01 (um) conto, modalidade de escrita acolhida pelo Conselho Editorial. A propósito, os artigos são apresentados ao Conselho Editorial a partir de um edital aberto de convocação de interessados em colaborar com a Revista da Defensoria Pública, que não é feita exclusivamente por Defensoras e Defensores Públicos.

Por outro lado, por conta de nossas próprias concepções institucionais, parece óbvio que a linha editorial seguida, e assim o foi, deve respeitar a história e a dignidade da Defensoria Pública. Não por outra razão, o Conselho Editorial é escolhido maciçamente a partir de pessoas que possuem forte laço de responsabilidade com a Defensoria Pública, de modo a nos trazer, sobretudo, inabalável postura acadêmica diante dos desafios tortuosos enfrentados no ano de 2023, com fluxos e contrafluxos relacionados ao respeito intransigente aos direitos humanos e às pessoas mais vulnerabilizadas.

O Conselho Editorial, seguindo uma avaliação dupla e cega em relação aos proponentes, possui ampla liberdade na avaliação que realiza dos artigos submetidos, sendo sempre ressalvado que o sistema de análise é imperativo no que diz respeito à impossibilidade de o Conselho Editorial propor mudanças de ordem qualitativa ao texto. Feita esta apresentação, a revista segue para um processo de organização por parte de nossa equipe da Biblioteca, revisão textual, diagramação, até alcançarmos a publicação final que chega ao conhecimento de todas e todos.

O artigo que abre a revista, assim elencado pelo critério alfabético entre as autoras e os autores, é escrito por André Luis Machado de Castro, intitulado de CASO DA SALA VERMELHA: ASSISTÊNCIA JURÍDICA E A APLICAÇÃO DO PROTOCOLO DE ISTAMBUL EM CASOS DE TORTURA. André traz a densidade e o peso de um artigo construído com base na má-qualidade da apuração dos

crimes de tortura no Brasil, asseverando que “‘O caso Sala Vermelha’ contém várias características que o tornam paradigmático em relação aos muitos e cotidianos casos de tortura. As vítimas continuam presas, sem reparação, e os perpetradores ainda não enfrentam qualquer tipo de responsabilidade”.

Na sequência, o primoroso trabalho de três autoras: Anne Caroline Nascimento da Silva, Fernanda de Oliveira Lemos e Taciana Garcia. Sob o título ANCESTRALIDADE, LUTA E RESISTÊNCIA QUILOMBOLA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DIANTE DO RACISMO E DA (IN)JUSTIÇA AMBIENTAL, tem-se uma importante imersão histórica sobre a comunidade Sacopã, a defrontação de sua localização territorial com a sociedade abastada que a rodeia, correlacionando este contrassenso à perspectiva técnica do racismo ambiental.

O terceiro artigo é escrito por Daniel Lozoya Constant Lopes, e lida com O ESTADO DE EXCEÇÃO AGAMBENIANO E SUA INCIDÊNCIA NA SUSPENSÃO DAS OPERAÇÕES. Naturalmente, trabalhar com a ADPF 635 entrelaçada com Estado de Exceção sugere o combate a uma ideia totalitária e injusta do comportamento estatal em áreas marcadas pelo convívio de pessoas reconhecidamente pobres. O estado de exceção, emoldurado na Constituição Brasileira como algo efetivamente pertencente aos cenários extremos, circunstanciais e temporalmente demarcados, reveste-se de um reprovável ar de cotidiano nas favelas cariocas.

Eduardo Chow de Martino Tostes traz à revista seu artigo A DEFENSORIA PÚBLICA COMO ÓRGÃO DE DEMOCRACIA MILITANTE, numa visão que busca explorar a função militante em prol da democracia da Defensoria Pública brasileira, especialmente após a nova redação dada ao art. 134 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 80 de 2014. O debate acerca da teoria da democracia militante no Brasil, da teoria do Direito enquanto prática e fundamentos inerentes a uma sociedade pautada em uma norma maior que pugna pelo respeito ao Estado Democrático de Direito é uma verdadeira inovação vinculada ao ideário defensorial.

Guilherme Cabral Pimentel da Silva escreve a respeito da ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO *CUSTOS VULNERABILIS* EM PROL DA CASA NEM: UMA LUTA POR POLÍTICA PÚBLICA DE MORADIA ADEQUADA PARA POPULAÇÃO LGBTQIAPN+ NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. Guilherme também sobressalta uma repaginação da Defensoria Pública pós EC 80/2014, quando teria surgido para a doutrina institucional a figura do *custos vulnerabilis*, que tem sido reiteradamente acolhida pela jurisprudência dos tribunais estaduais e superiores. A partir desse contexto, o artigo aborda a atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro nos autos do processo em que diversos núcleos familiares, autodeclarados como pessoas LGBTQIAPN+, compuseram o

polo passivo de uma ação de reintegração de posse referente a um imóvel que ocupavam.

Os Defensores Públicos Helder José Campos Pereira da Rocha Moreira e Luiz Henrique Linhares Zouein escrevem sobre a incidência da Lei Maria da Penha em favor das mulheres trans, abordando, igualmente, com conhecimento técnico e prático, a atuação da Defensoria Pública na defesa das vítimas. Explicam que a questão ainda passa ao largo de um cenário pacificado nos tribunais brasileiros, esclarecendo que um dos pontos centrais que desafiam o tema é a compreensão correta de que o gênero, na verdade, é uma construção social, e a identidade de gênero, um direito humano fundamental.

Execução Penal e Totalitarismo é o artigo escrito por Luiz Felipe Tibua Pantoja, abordando uma linha crítica correlacionada ao Direito e, por assim ser, à sociedade nas prisões. Como o próprio autor descreve, busca-se explicitar, em especial, a obsolescência e incompatibilidade das instituições prisionais – verdadeiros vácuos de direito, invólucros de regimes autoritários – com um genuíno Estado Democrático de Direito e estimular uma visão da execução penal brasileira alinhada aos preceitos erigidos pela Constituição Federal, demonstrando, ainda, a importância dos operadores do Direito e agentes do Estado em uma atuação de redução dos danos, individuais e sociais, promovidos pela execução das penas privativas de liberdade.

Finalmente, o último artigo científico presente na revista é de autoria de Vinícios Queiroz Reis, intitulado de FORMAÇÃO DA DECISÃO LIMINAR DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI 11.340/06: ELEMENTOS PROCESSUAIS SOB O ASPECTO INTERPRETATIVO DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. A linha de desenvolvimento do trabalho destaca que a proposta se respalda na dificuldade de os operadores do Direito se alinharem no entender de que esses institutos demandam uma apreciação distinta, uma vez que a Lei Maria da Penha foi editada em prol da defesa dos interesses da mulher subjugada em âmbito doméstico e familiar. Destarte, por meio da pesquisa bibliográfica, o tema é trabalhado em atenção à doutrina e à jurisprudência, além de se amparar em texto normativo, para sedimentar, por feixe único, a aplicação das medidas protetivas de urgência.

Na sequência, a Revista traz as peças processuais elegidas. A primeira delas, da Defensora Pública Bruna Martins Amorim Dutra, trata da Assistência Qualificada à Vítima de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. A segunda peça apresentada é obra do Defensor Público Leonardo Meriguetti Pereira e do bacharel em Direito João Felipe de Oliveira Cunha, intitulada de *Custos Vulnerabilis* na Defesa das Pessoas Não Humanas. E a terceira peça processual a integrar a Revista é de autoria de Susana Cadore Nunes Barreto,

nominada de Habilitação da Defensoria Pública como Legitimada em Ação Civil Pública de Caráter Estrutural e Multipolar Envolvendo Direito à Moradia.

Compõe a Revista, ainda, o Parecer COCIV/DPGERJ 02/2023, elaborado pela Coordenadoria Cível da Instituição, na pessoa dos Defensores Públicos José Augusto Garcia de Sousa e Maurício de Andrade Travassos Neto, por intermédio do qual se responde à consulta submetida à COCIV sobre as melhores teses a utilizar no recurso de apelação a ser feito em prol de usuários da Defensoria Pública no Proc. ..., em trâmite na 5ª Vara Cível de São Gonçalo. A consulta, diga-se, é ambientada em causa de pedir relativa a contaminação da primeira pelo vírus HIV, quando tinha pouco mais de três anos e era atendida frequentemente em unidades hospitalares dos réus (eis que nasceu com anemia falciforme e desde cedo apresentou muitos problemas de saúde).

Em nova seção da Revista, o CEJUR traz à comunidade jurídica a íntegra do trabalho apresentado em Congresso no ILAG - *International Legal Aid Group*, obra assinada pelos Defensores Públicos Cleber Francisco Alves e Livia Casseres. Na nota explicativa do trabalho apresentado na língua inglesa, os autores destacam que o evento ocorreu na prestigiosa Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, no âmbito do *Center for Legal Profession*. O tema do Congresso de 2023 foi “Desafios do Acesso à Justiça” (*Challenges of Access to Justice*). Dentre os painéis previstos na programação do Congresso, um deles, realizado na tarde da quinta-feira, dia 22 de junho, tinha por tema o seguinte: *Where legal aid lawyers will come from in the future?*, ou seja, “De onde virão os advogados dos serviços de assistência jurídica no futuro?”.

Finalmente a Revista é encerrada com outra seção que se inaugura, em Contos e Histórias. Uma História sobre Justiça e Direito é o título do conto do Defensor Público Adolfo Filgueiras Etienne, artigo em formato de narrativa, em que, por meio de uma simples história, procura-se demonstrar as diferenças existentes entre o Direito e a Justiça. Através da narrativa, procura-se enfatizar o conflito existente entre ambos os conceitos, que, por vezes, são tidos pelos profissionais do Direito como sinônimos.

O CEJUR da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro agradece imensamente a todas as pessoas que participaram de alguma forma da confecção desta Revista. A arte de escrever, assim como a arte de se organizar no tempo para tanto, sem sombra de dúvidas, traduz-se em esforço que revela muito do comprometimento desses autores em relação ao mundo jurídico e à tentativa de seu melhoramento.

A qualidade da Revista nos revela verdadeiro gáudio pelo esforço feito em sua produção. Espera-se que a Defensoria Pública prossiga em sua árdua caminhada de construção intelectual de sua doutrina, de mobilização da

comunidade jurídica e da sociedade civil como um todo. Acreditamos que o Direito não se separa da vida das pessoas, e o Direito só é válido se ele é apto a gerar reforma. Ou seja, sejamos forças capazes de alteração do mundo factual, porque a manutenção do estado de injustiça na vida de tantas pessoas é algo contra o que devemos incessantemente lutar.

Muito obrigado ao Conselho Editorial da Revista!

Uma excelente leitura a todas as pessoas.

BRUNA DE OLIVEIRA PIZZARI

Diretora de Capacitação do CEJUR

HENRIQUE GUELBER DE MENDONÇA

Diretor-Geral do CEJUR

PATRÍCIA CARDOSO MARCIEL TAVARES

Defensora Pública-Geral

DOCTRINA

[voltar ao sumário](#)

CASO DA SALA VERMELHA: ASSISTÊNCIA JURÍDICA E A APLICAÇÃO DO PROTOCOLO DE ISTAMBUL EM CASOS DE TORTURA

CASE OF THE RED ROOM: LEGAL ASSISTANCE AND THE APPLICATION OF THE ISTANBUL PROTOCOL IN CASES OF TORTURE

André Luis Machado de Castro

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: O acesso à justiça requer uma visão holística do sistema de justiça, devendo abranger serviços multidisciplinares, e tendo como foco o melhor interesse do usuário. Em muitos países, ainda é um grande desafio garantir o acesso à justiça às vítimas de tortura, assim como lhes garantir o devido processo legal, quando acusadas de algum delito. De acordo com os padrões internacionais, logo após a prisão, deve ser assegurada aos réus a pronta orientação jurídica e representação judicial, bem como a imediata realização de exame médico por um profissional independente, capaz de verificar a ocorrência de tortura ou maus-tratos. Esses temas são abordados no presente artigo, ao analisar o caso de sete pessoas que foram presas e torturadas em uma base militar no Rio de Janeiro, em 2018. Somente no dia seguinte elas foram apresentadas à audiência de custódia, tendo sido desconsideradas as suas alegações de tortura e mantida a prisão cautelar. Posteriormente, outro exame médico foi aplicado com a orientação de especialistas internacionais e de acordo com o Protocolo de Istambul, pela primeira vez no Brasil. Os relatórios confirmaram que as alegações de tortura dos homens eram “altamente consistentes” com seus ferimentos e estado psicológico. Com base nesses relatos, a Justiça estadual absolveu todos os sete homens, aplicando a regra de exclusão das provas contaminadas pela prática de tortura. O artigo busca extrair algumas conclusões sobre o tema, que deveria ser enfrentado no sistema de justiça brasileiro.

Palavras-chave: acesso à justiça; Protocolo de Istambul; regra de exclusão; caso sala vermelha.

Abstract: Access to justice requires a holistic view of the justice system, encompassing multidisciplinary services with a focus on the best interests of the user. In many countries, ensuring access to justice for victims of torture, as well as ensuring their due process rights when accused of a crime, remains a significant challenge. According to international standards, immediately following arrest, defendants must be provided with prompt legal guidance and legal representation, as well as an immediate medical examination by an independent professional capable of verifying the occurrence of torture or ill-treatment. These issues are addressed in this article, which analyzes the case of seven individuals who were arrested and tortured at a military base in Rio de Janeiro in 2018. They were only presented at a custody hearing the following day, and their allegations of torture were disregarded, with their pretrial detention being maintained. Subsequently, another medical examination was conducted under the guidance of international experts and in accordance with the Istanbul Protocol, for the

first time in Brazil. The reports confirmed that the men's torture allegations were "highly consistent" with their injuries and psychological state. Based on these findings, the state court acquitted all seven men, applying the rule of exclusion of evidence tainted by the practice of torture. This article seeks to draw some conclusions about how this issue should be addressed within the Brazilian justice system.

Keywords: access to justice; Istanbul Protocol, exclusionary rule, red room case.

1. INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um direito fundamental e um tema crucial na Agenda 2030 da ONU (ODS 16.3), uma vez que a paz e o desenvolvimento sustentáveis não podem ser alcançados sem justiça. No relatório "*Equal Access to Justice for Inclusive Growth: Putting People at the Centre*"¹, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) destacou que a falta de acesso à justiça resulta, potencialmente, em problemas sociais, de saúde, de perda de produtividade e de acesso reduzido a oportunidades econômicas, de educação e de emprego e renda. Em outro estudo sobre o tema, a OCDE examinou o impacto econômico no déficit de acesso à justiça, tendo concluído que "uma estimativa conservadora coloca os custos anuais dos problemas legais em uma faixa que vai de 0,5% a 3% do PIB na maioria dos países"². O documento recomenda que os sistemas de prestação de serviços jurídicos sejam orientados por um modelo "centrado nas pessoas" (*people centered*) e um ecossistema holístico que englobe diversos compromissos para uma prestação jurisdicional eficaz e tempestiva.

Já o documento "Princípios e Diretrizes das Nações Unidas sobre o Acesso à Assistência Jurídica nos Sistemas de Justiça Criminal", aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2012, estabelece que "os Estados devem assegurar que a assistência jurídica efetiva seja prestada prontamente em todas as fases do processo de justiça criminal"³. No que diz respeito aos direitos das pessoas detidas, os "Princípios e Diretrizes" endossam claramente o acesso à orientação jurídica e à representação judicial "o mais cedo possível", bem como a informação sobre qualquer mecanismo disponível para denunciar torturas ou maus-tratos. Essas medidas, quando efetivamente aplicadas, têm se mostrado fundamentais para a implementação de políticas públicas efetivas de acesso à justiça e prevenção à tortura.

¹ EQUAL access to justice for inclusive growth: putting people at the centre. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD, 2019. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/597f5b7f-en/index.html?itemId=/content/publication/597f5b7f-en>. Acesso em: 17 mar. 2023. (Tradução nossa).

² BUILDING a business case for access to justice: an OECD white paper in collaboration with the World Justice Project. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/building-a-business-case-for-access-to-justice.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2023. (Tradução nossa)

³ UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crime. **Principles and guidelines on access to legal aid in criminal justice systems**. Vienna: United Nations, 2013. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UN_principles_and_guidelines_on_access_to_legal_aid.pdf. Acesso em: 18 mar. 2023. (Tradução nossa).

O Comitê de Direitos Humanos da ONU, por sua vez, também enfatizou que a proteção das pessoas presas requer assistência pronta e regular por médicos e advogados⁴, indicando que o acesso à justiça deve ser mais abrangente do que o acesso a serviços jurídicos. De fato, a avaliação por um médico legista ou um psiquiatra é fundamental para que o defensor público ou advogado de defesa invalide qualquer prova obtida em decorrência de tratamento ou punição desumana ou degradante e ampare o pedido de soltura, bem como a reparação de qualquer violência sofrida.

Nessa mesma direção, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) consagra o direito a um processo equitativo (art. 6.º). Com base nesse princípio, a adoção de pareceres de peritos é considerada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) como um dos principais instrumentos para estabelecer a verdade nos casos⁵.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também vem se posicionando de forma consolidada a respeito desse tema:

Assim, a não realização de exame médico em pessoa que estava sob custódia do Estado ou a realização do exame sem observância das normas aplicáveis, não pode ser utilizada para questionar a veracidade das alegações de maus-tratos por parte da suposta vítima. Da mesma forma, a ausência de sinais físicos não implica que não houve abuso, pois muitas vezes esses atos de violência contra as pessoas não deixam marcas ou cicatrizes permanentes⁶.

A prestação de serviços jurídicos, assegurando o efetivo acesso à justiça, pode depender de abordagens multidisciplinares, sendo certo que as ciências forenses abrangem vários e dinâmicos campos de estudo, que estão em constante desenvolvimento. O resultado de um julgamento pode depender inteiramente da conclusão estabelecida na perícia forense, que contribuirá para um julgamento bem-sucedido. Assegurar essa perícia aos réus que não podem pagar por ela é uma questão fundamental de igualdade de armas.

No entanto, laudos médicos e psicológicos de boa qualidade fornecidos pelo Estado, na prática, não são acessíveis à maioria das pessoas presas. Em casos de réus vítimas de tortura, esses relatórios podem fazer toda a diferença entre um julgamento justo ou injusto.

2. ACESSO À JUSTIÇA POR RÉUS VÍTIMAS DE TORTURA

A tortura é um dos crimes mais graves conhecidos pela humanidade, não só porque envolve a infligência intencional de dor física ou psicológica severa, mas também

⁴ NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. **Compilação de comentários gerais e recomendações gerais adotadas por órgãos de tratados de direitos humanos**. [S. l.]: Nações Unidas, 1994. Comentário Geral 20. par 11 (Vigésima primeira sessão, 1984), UN Doc HRI\GEN\1\Rev.1 em 14.

⁵ CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Guia sobre o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**: o direito a um julgamento justo. [S. l.]: Conselho da Europa. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 2022. p. 94: "418. Um laudo pericial médico pertencente a uma área técnica que não é do conhecimento dos juízes é suscetível de ter uma influência preponderante na sua apreciação dos factos; é uma peça essencial de prova e as partes devem poder comentá-la efetivamente (Mantovanelli v. França, 1997, § 36; Storck v. Alemanha, 2005, § 135). É um requisito importante que o perito seja independente das partes no caso, tanto formalmente quanto na prática (Tabak v. Croácia, 2022, § 60)". Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_eng.pdf. Acesso em: 18 abr. 2023.

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Espinoza Gonzáles x Peru**: sentença de 20 de novembro de 2014 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). [San José]: Corte IDH, [2014]. p. 156. Frase. (Tradução nossa).

porque é cometida por servidores públicos ou com a aquiescência deles, ficando muitas vezes ocultada e, assim, inviabilizando a responsabilização dos agentes.

A pesquisa global “A prevenção da tortura funciona?”⁷ concluiu que garantir o devido processo legal durante as primeiras horas de custódia policial é uma das medidas mais eficazes para dissuadir a tortura. Em 2017, o Relator da ONU sobre Tortura afirmou que “é durante as primeiras horas e dias após a prisão que o risco de tortura e outras formas de maus-tratos é mais alto. O direito de ter acesso a um advogado imediatamente após a apreensão e em todas as fases do processo de investigação constitui uma salvaguarda eficaz contra tais abusos”⁸.

Com efeito, é dever fundamental de um defensor público ou de um advogado de defesa velar para que apenas as provas obtidas por meios lícitos sejam admissíveis em juízo. Mas para cumprir essa função, a defesa precisa de ferramentas adequadas, notadamente, os relatórios médico-forenses.

Assim, diante de qualquer indício de violência institucional, a pessoa presa deverá ser prontamente submetida a exame médico ou psicológico. Todas as provas relacionadas ao emprego de tortura deverão ser excluídas do processo, bem como o Estado deve assegurar que as vítimas – caso não sejam libertadas – não venham a ser presas em instalações onde corram risco de sofrer retaliações. Além da repercussão na defesa criminal, os agentes devem ser responsabilizados e os danos causados pelo ato de tortura devem ser reparados, abrangendo a indenização pecuniária integral e a reabilitação da saúde física e mental da vítima.

Neste sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já emitiu seguidas sentenças afirmando o dever positivo dos Estados de investigar violações de direitos humanos, como decorrência da proteção às garantias judiciais previstas nos arts. 8º (Direito a um Julgamento Justo) e 25 (Direito à Proteção Judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Essa salvaguarda do direito à verdade tem aplicação indiscutível não apenas nos períodos de transição, mas ainda com mais razão no âmago das conjunturas democráticas consolidadas.

Em suas decisões, a Corte Interamericana tem reiterado que o dever de investigar está sujeito aos procedimentos adotados internamente, o que não é apenas uma simples formalidade. Segundo a jurisprudência da Corte Interamericana⁹, tanto a adequação quanto a efetividade investigativa pressupõem que o procedimento: i) seja iniciado e expire em prazo razoável; ii) seja realizado a partir da articulação de todos os meios legais disponíveis; iii) seja executado com imparcialidade e com a colaboração de agentes estatais para esclarecimento dos atos ilícitos retratados; iv) admita o

⁷ CARVER, Richard; HANDLEY, Lisa. **Does torture prevention work?** Liverpool: Liverpool University Press, 2017. (Tradução nossa).

⁸ NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. **Relatório do relator especial sobre a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes na sua missão na Turquia**. [S. l.]: Conselho de Direitos Humanos da ONU, 2017. Parágrafo 63. Disponível em: file:///C:/Users/Andr%20C3%A9/Downloads/A_HRC_37_50_Add-1-EN.pdf. Acesso em: 22 abr. 2023. (Tradução nossa).

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Panel Blanca (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala**: sentença de 8 de maio de 1998. [San José]: Corte IDH, [1998]. § 3.6, 199, 200; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Maritza Urrutia x Guatemala**: sentença de 27 de novembro de 2003. [San José]: Corte IDH, [2003]. § 126; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Tibi x Equador**: sentença de 7 de setembro de 2004. [San José]: Corte IDH, [2004]. § 159; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gutiérrez Soler x Colômbia**: sentença de 12 de setembro de 2005. [San José]: Corte IDH, [2005]. § 95.

acompanhamento e a participação das vítimas ou de suas famílias; v) busque a verdade e a responsabilização dos perpetradores.

Apesar dessa orientação clara, em muitos casos ela não é frequentemente implementada. Na verdade, a tortura pode ser difícil de provar. Os sinais de lesão corporal, por si só, podem indicar que um preso se machucou ao cair na tentativa de fugir, ou ficou ferido quando resistiu à prisão, ou até mesmo foi agredido por terceiros antes do momento da prisão. O exame físico pode detectar as lesões, mas não indicar evidências substanciais de tortura.

Isso é o que acontece em um grande número de situações concretas. O Relatório Anual sobre Tortura (2021) produzido pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro (Brasil) mostra que os indivíduos presos que alegam ter sofrido tortura ou maus-tratos, não recebem qualquer proteção judicial nem são liberados da prisão, apesar dos laudos periciais indicarem a existência de lesões. A análise rápida e superficial dos peritos não consegue estabelecer uma ligação com a ação dos agentes do Estado e as lesões¹⁰. Dada a falta de exames forenses mais aprofundados, o que mais resta é o “boato” do acusado contra as “informações” fornecidas pela polícia.

De acordo com o relatório, o exame do conjunto de decisões judiciais demonstrou que, embora os juízes consignem os relatos de agressão nas assentadas das audiências, em praticamente todos os casos, a versão do acusado é desqualificada ou se conclui que o laudo não confirmou as agressões alegadas:

Do total de 22 casos em que as agressões foram mencionadas para desqualificar a palavra dos acusados, ou, então, para afirmar que os exames realizados concluíram que o acusado não possuía qualquer lesão compatível com as agressões relatadas, é possível identificar alguns com a afirmação de que, tendo ocorrido posteriormente à apreensão, a agressão não seria suficiente para invalidar o fato criminoso ou levar ao descrédito os informes dos agentes públicos. Nesse sentido, eventuais vícios do inquérito não contaminariam a ação penal¹¹.

O relatório indica o perfil das 1.250 pessoas presas, submetidas a torturas e maus-tratos. A maioria das supostas vítimas eram homens (96%), quase sempre pretos ou pardos (cerca de 80%), mais da metade com idade entre 18 e 40 anos, que não concluíram o ensino médio (71%), agredidos física e/ou psicologicamente em flagrante, na maioria das vezes por policiais militares (85,6%). À toda evidência, no contexto de um sistema de justiça criminal desigual, as vulnerabilidades socioeconômicas e a discriminação racial são outros obstáculos para um julgamento justo e o devido processo legal.

Desequilibrando a balança da justiça, as declarações das pessoas presas e a existência de provas de lesões corporais são consistentemente desconsideradas, o que representa um conjunto de desafios para proporcionar um acesso efetivo à justiça para as vítimas de tortura, especialmente aquelas mais vulneráveis, seja pela sua condição socioeconômica ou qualquer outra.

¹⁰ RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. **Relatório anual sobre tortura e tratamento degradante**. Rio de Janeiro: DPGERJ, 2021. Disponível em: [https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Relat%C3%B3rio_casos_tortura_e_maus_tratos_junho2019-agosto2020_-_v3_\(1\).pdf](https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Relat%C3%B3rio_casos_tortura_e_maus_tratos_junho2019-agosto2020_-_v3_(1).pdf) Acesso em: 25 mar. 2023.

¹¹ A resposta à pergunta “Se houve agressão física/tortura, há lesão aparente?” foi sim, ou seja, 46,3% do total. Desse universo, em 16 há menção a agressão na sentença (9,1%), sendo três absolvições e 13 condenações. Isso significa que em aproximadamente 90,9% dos casos em que há dano visível decorrente da agressão relatada, o juiz sequer menciona a agressão na sentença.

3. REGRA DE EXCLUSÃO, PROTOCOLO DE ISTAMBUL E ESTRATÉGIAS DE DEFESA CRIMINAL

A proibição da tortura tem sido universalmente entendida pela regra segundo a qual “ninguém será submetido a tortura ou a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante” (artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos)¹². Esse comando encerra também a obrigação do Estado e de seus agentes de prevenir que a tortura seja praticada, conforme preceituado na Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e em seu Protocolo Facultativo¹³.

Vale ressaltar que, no direito internacional dos direitos humanos, a proibição da tortura e de outros maus-tratos é absoluta – quiçá o único direito que guarde essa característica. Como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem decidindo repetidamente,

O Tribunal reitera que o artigo 3.º consagra um dos valores mais fundamentais das sociedades democráticas. Mesmo nas circunstâncias mais difíceis, como a luta contra o terrorismo e o crime organizado, a Convenção proíbe em termos absolutos a tortura ou as penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. Ao contrário da maioria das cláusulas substantivas da Convenção e dos Protocolos nºs 1 e 4, o artigo 3º não prevê exceções e nenhuma derrogação é permitida pelo artigo 15, § 2º, mesmo em caso de emergência pública que ameace a vida da nação¹⁴.

Por conseguinte, as informações obtidas por tortura não devem ser admissíveis, nem devem ser usadas, invocadas ou oferecidas em qualquer processo legal. Essa regra decorre da proibição absoluta da tortura e está refletida no artigo 15 da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes:

Cada Estado Parte assegurará que nenhuma declaração que se demonstre ter sido prestada como resultado de tortura possa ser invocada como prova em qualquer processo, salvo contra uma pessoa acusada de tortura como prova de que a declaração foi prestada¹⁵.

Qualquer declaração feita sob tortura é *ipso facto* involuntária e inerentemente não confiável, pois o uso de provas obtidas pela tortura é um ultraje aos valores humanos básicos e torna o juiz cúmplice ao legitimar indiretamente essa prática.

Além disso, a doutrina do fruto da árvore envenenada fulmina de invalidez as provas decorrentes de atividades ilegais, também chamadas de “provas derivadas”, que é o entendimento adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos:

¹² NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Paris: Nações Unidas, 1948. Art. 5º.

¹³ Protocolo Facultativo das Nações Unidas à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Adotada pela Resolução A/RES/57/199 em 18 de dezembro de 2002.

¹⁴ CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso Selmouni vs. França**. [Estrasburgo]: Conselho da Europa. Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1999. Colectânea 1999-V, acórdão de 28 de julho de 1999, n.º 95. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58287%22%7D>. Acesso em: 23 abr. 2023. V. outros, Irlanda vs. Reino Unido, Série A, vol. 25, Acórdão de 18 de janeiro de 1978, n. 163; Tomasi vs. França, Série A n.º 241-A, Acórdão de 27 de agosto de 1992, n.º 115; Chahal vs. Reino Unido, Colectânea 1996-V, acórdão de 15 de novembro de 1996, n.º 79.

¹⁵ BRASIL. **Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991**. Promulga a convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Brasília, DF: Presidência da República, 1991.

Da mesma forma, o carácter absoluto da regra de exclusão reflete-se na proibição de atribuir valor probatório não só às provas obtidas diretamente através de coação, mas também às provas que emergem da referida ação. Conseqüentemente, a Corte considera que a exclusão de provas encontradas ou derivadas de informações obtidas mediante coerção garante adequadamente a regra de exclusão¹⁶.

A demora na prestação da assistência jurídica reduz a capacidade de identificar e alegar a nulidade de “provas decorrentes de tortura”. A pessoa presa pode não se sentir confiante ou protegida contra represálias para revelar a tortura sofrida ou, por outro lado, pode não mais reunir provas da tortura, tornando ineficazes os exames médicos. Com efeito, o ex-relator especial da ONU sobre tortura, Sir Nigel Rodley, apontou que

quando há evidências *prima facie* de que um réu confessou sob tortura e se suas alegações são consistentes com outras provas, como provas forenses, o julgamento deve ser suspenso pelo juiz e o Ministério Público deve requerer a abertura de uma investigação em relação às alegações de tortura¹⁷.

Quando um exame médico é necessário, o uso do “Manual sobre a Investigação e Documentação Eficazes da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes”, mais conhecido como Protocolo de Istambul, é altamente recomendado. O Protocolo contém o primeiro conjunto de normas internacionalmente reconhecidas para o exame, investigação e elaboração de relatórios de denúncias de tortura e tratamento e punição cruéis, desumanos ou degradantes. Embora o Protocolo de Istambul não seja um instrumento internacional vinculativo, baseia-se em princípios e normas internacionais e é um instrumento promovido e endossado pela Organização das Nações Unidas.

O Protocolo foi desenvolvido para permitir que os Estados abordem uma das preocupações fundamentais na proteção dos indivíduos contra a tortura – investigação e documentação eficazes, trazendo “evidências de tortura e maus-tratos à luz para que os perpetradores possam ser responsabilizados por suas ações e os interesses da justiça possam ser atendidos”¹⁸. De acordo com o Protocolo, os Estados devem assegurar que as denúncias de tortura ou maus-tratos sejam investigadas de forma rápida, eficaz e imparcial, garantindo a independência dos órgãos de investigação.

O principal papel do Protocolo é servir como uma análise de concordância entre o relato dos fatos e os sintomas médicos e psicológicos apresentados pela vítima. A confiabilidade das evidências clínicas é frequentemente baseada em elementos de consistência interna e externa, ou seja, corroboração entre elementos do caso e

¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cabrera-García e Montiel Flores vs. México**: sentença de 26 de novembro de 2010 (objeção preliminar, mérito, reparações e custas). [San José]: Corte IDH, [2010]. Série C nº 220, 26 de novembro de 2010, parágrafo 167. (Tradução nossa).

¹⁷ RODLEY, Nigle S. **Report of the special rapporteur, Nigel Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2000/43**: addendum: visit to Brazil. Geneva: United Nations. Commission on Human Rights, 2001. E/CN.4/2001/66/Add.2. n.º 102. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/437371#record-files-collapse-header>. Acesso em: 03 abr. 2023. (Tradução nossa).

¹⁸ NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado para os Direitos Humanos. **Protocolo de Istambul**: manual sobre investigação e documentação eficazes da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Genebra: Nações Unidas, 2001. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_protocolo_istambul.pdf. Acesso em: 06 abr. 2023.

conhecimento de tortura e maus-tratos dentro de uma determinada região ou informações adicionais de testemunhas.

Vale ressaltar que a busca por essa *consistência* representa um dever do Estado em produzir um laudo pericial imparcial, indicando até que ponto as denúncias de tortura são confiáveis ou não, o que pode ser um dos elementos mais críticos para a defesa jurídica.

O Protocolo é relevante, portanto, para o estabelecimento de medidas de defesa criminal em favor da vítima/réu, para apurar eventual responsabilidade do agente público e a própria responsabilidade civil do Estado; além de poder ser fonte para orientar mudanças nas políticas públicas, ainda que por meio de ações civis coletivas.

4. O CASO DA SALA VERMELHA

Na manhã de 20 de agosto de 2018, soldados brasileiros ocuparam o Complexo da Penha, conjunto de favelas do Rio de Janeiro. Equipados com veículos blindados, os militares prenderam mais de cinquenta pessoas. Sete delas relataram que foram levados para o porta-malas de um veículo militar, onde foram submetidos a eletrochoques, pulverizados com spray de pimenta e transportados com cadáveres em cima deles. Foram então levados para uma base militar, onde os abusos e torturas continuaram por dezessete horas. Lá, os homens permaneciam com as mãos amarradas, alimentados com comida podre e privados de sono. Alguns dos homens foram transferidos para uma pequena sala que chamaram de “sala vermelha” devido à tinta e ao que parecia ser sangue seco no chão. Lá dentro, foram violentamente interrogados por homens encapuzados e sem farda, que os agrediram com tábuas de madeira, chicotearam-nos com fios elétricos e ameaçaram com violência sexual e asfixia. Somente no dia seguinte, os militares transferiram os homens para a delegacia de polícia civil e, por fim, para a audiência de custódia.

Como se verá a seguir, foi determinante para a defesa das vítimas o encaminhamento – ainda que postergado – à presença de um juiz, na audiência de custódia. Ainda, as vítimas foram prontamente entrevistadas e defendidas por defensores públicos, segundo um modelo constitucional brasileiro de assistência jurídica integral e gratuita prestada por profissionais dotados de garantias e prerrogativas que lhes asseguram a independência funcional. É essencial que os defensores das vítimas tenham asseguradas as condições para desempenhar o seu trabalho de forma eficaz, livre e independente, a fim de exercerem todas as suas funções profissionais sem intimidação, impedimento, assédio ou interferência indevida. Conforme os parâmetros internacionais, eles devem ser protegidos de ameaças de qualquer tipo, incluindo sanções administrativas, econômicas, criminais ou outras, quando agirem de acordo com deveres profissionais reconhecidos¹⁹.

Em entrevista com os defensores públicos, as vítimas relataram as torturas sofridas. Ainda naquele momento, os presos passaram por exames realizados por médicos da

¹⁹ PRINCÍPIOS e diretrizes das Nações Unidas sobre acesso à assistência judiciária nos sistemas de justiça criminal. [S. l.: s. n.], [20--]. Princípio 12. Independência e proteção de prestadores de assistência jurídica, n.º 36. Disponível em: <https://dullahomarstitute.org.za/acjr/resource-centre/principios-e-directrizes-das-nacoes-unidas-sobre-o-acesso-a-assistencia-juridica-nos-sistemas-de-justica-criminal>. Acesso em: 28 abr. 2023.

equipe da Polícia Civil. Os laudos descreveram, de forma muito superficial e resumida, algumas das lesões físicas, mas não mencionavam se havia coerência entre as lesões e as alegações de tortura, nem recomendavam novos exames.

Com base nas alegações de tortura, no laudo pericial e nas provas circunstanciais apresentadas pelo defensor público, o juiz afirmou que:

em relação ao pedido de soltura em razão da ocorrência de agressão por parte de policiais militares que efetuaram as prisões dos custodiados, ressalto que a conduta dos militares é totalmente reprovável e absurda, e deve ser investigado e punido, se houver indícios de abuso de poder ²⁰.

No entanto, o juiz decidiu manter os réus presos: “este juízo entende que a ocorrência de ilegalidade posterior ao flagrante delito não altera a ordem prisional”²¹. Esse argumento é bastante representativo do entendimento comum dos tribunais brasileiros sobre a relação entre atos de tortura, provas,nexo de causalidade e regra de exclusão e, com base nessa interpretação, a regra de exclusão quase nunca é aplicada, assim como o direito de reparação contra o agente ou o Estado.

A prisão em flagrante delito foi convertida em prisão preventiva, substancialmente fundamentada no depoimento dos policiais sobre a dinâmica dos fatos. A decisão judicial considerou que, apesar da existência de lesões corporais graves e dos demais elementos que justificavam o envio ao Ministério Público para apuração de responsabilidade criminal dos agentes, ainda assim não haveria nexos de causalidade entre os atos de tortura e o crime alegadamente cometido pelos presos, cabendo-lhes, na prática, o ônus dessa prova.

É corrente o entendimento nos tribunais de que, se os atos de tortura aconteceram após a prisão, então não teriam nexos causais com a prova do crime imputado ao réu. Assim, não haveria razão para a aplicação da regra de exclusão, uma vez que não ficou totalmente comprovado que a tortura teria sido um meio de obtenção de provas criminais contra os réus. Ocorre que, por outro lado, a prova para mantê-los presos era, essencialmente, o depoimento dos próprios policiais.

Após a audiência de custódia, os jovens foram denunciados por tráfico de drogas (perante a Justiça Estadual) e pela tentativa de homicídio de um soldado (na Justiça Militar Federal). É importante esclarecer que, como resquício da legislação autoritária do período da Ditadura Militar no Brasil (1964-1985), e contrariando o direito internacional, civis podem ser processados e julgados na Justiça Militar, mesmo em tempos de paz. Além disso, apenas promotores militares podem investigar denúncias de tortura praticadas por militares, mesmo contra civis.

Ressalte-se que, embora a decisão judicial tenha determinado que o Ministério Público Militar fosse notificado sobre a conduta dos oficiais do Exército, a investigação acabou sendo arquivada alguns anos depois, considerando as alegações de tortura inverificáveis. Trata-se de um caso exemplar de como as alegações de tortura raramente

²⁰ RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **Processo nº 0198272-05.2018.8.19.0001**. Corrupção de Menores – Eca. Crimes Previstos no Estatuto da criança e do adolescente. Crimes Previstos na Legislação Extravagante. DIREITO PENAL [...]. Capital, 23. Vara Criminal, 23 de agosto de 2018. Caso Anderson Luis da Conceição e outros vs. Estado do Rio de Janeiro (audiência de custódia).

²¹ *Ibid.*

resultam em denúncias contra os perpetradores. Uma multiplicidade de fatores concorre para que isso ocorra, como a má qualidade do exame médico legal; a falta de investigação em relação aos demais indícios de tortura; e ausência de testemunhas que aceitem depor a despeito do medo de represálias, e tantas outras. No final, se não há laudo pericial robusto ou outras provas concretas que comprovem a tortura (como as câmeras corporais usadas por policiais), restará apenas a palavra da vítima contra a palavra da polícia.

Em um movimento inédito, contudo, a Justiça estadual deferiu o pedido da Defensoria Pública do Rio de Janeiro para determinar exames médicos adicionais para tratar das denúncias de tortura dos homens. O Instituto Médico Legal do Rio, subordinado à Polícia Civil do Estado, em colaboração com o Instituto de Direitos Humanos da *International Bar Association* e a *Open Society Justice Initiative*, realizou avaliações dos homens, com a orientação de médicos internacionais e cumprindo os ditames do Protocolo de Istambul.

Esses exames confirmaram que as alegações de tortura eram “altamente consistentes” com seus ferimentos e estado psicológico. O Instituto Médico Legal enviou os laudos ao Poder Judiciário, marcando a primeira vez que um tribunal no Brasil recebeu laudos médico-legais de acordo com os padrões internacionais.

Com base nesses novos relatos, o tribunal aplicou a regra de exclusão e absolveu todos os sete homens em seu caso de tráfico de drogas. Seguindo as diretivas dos tratados internacionais, a juíza questionou a credibilidade das declarações dos militares e das provas produzidas pelo Estado. A magistrada observou que, quando os militares entraram na favela, eles “gozava de presunção de legitimidade de [suas] ações”. No entanto, afirmou a sentença, essa presunção “não é uma verdade absoluta”. Mencionando as provas apresentadas nos novos laudos médicos, a juíza argumentou que a corroboração das alegações de tortura sofrida pelos réus acaba por lançar razoável “dúvida” sobre qualquer declaração prestada pelos militares que os prenderam, questionando como poderia o Poder Judiciário dar credibilidade aos seus depoimentos diante de tais provas de cometimento de torturas. Devido à “falta de provas confiáveis” para atribuir aos réus o crime de tráfico de drogas, a juíza decidiu que todas as acusações eram infundadas.

Na contramão dos tratados e convenções sobre direitos humanos, os homens ainda cumprem prisão preventiva decretada pela Justiça Militar (Federal), embora sua absolvição em ação penal estadual marque uma conquista significativa para a responsabilização e o Estado de Direito no Brasil.

5. APLICAÇÃO DA REGRA DE EXCLUSÃO COMO MEDIDA EFICAZ DE COMBATE À TORTURA

O caso Sala Vermelha contém várias características que o tornam paradigmático em relação aos muitos e cotidianos casos de tortura. As vítimas continuam presas, sem reparação, e os perpetradores ainda não enfrentam qualquer tipo de responsabilidade.

Não podem ser admitidas hipóteses de prisão *incomunicável* ou de prisão em local não oficial ou secreto, bem como a manutenção por um longo período em confinamento. Também são reputadas situações de risco quando houver omissão do dever de informar prontamente os direitos da pessoa presa; ausência de exames médicos

imediatos e regulares; declarações colhidas que não tiverem sido devidamente registradas; ou quando visitas independentes ao local de prisão tiverem sido bloqueadas, atrasadas ou interferidas²².

Com relação aos exames médicos, estes devem ser realizados por profissionais independentes pagos pelo Estado, de acordo com as diretrizes do Protocolo de Istambul. O profissional forense deve ter direito a garantias que lhe assegurem independência funcional, de modo a evitar que tenha medo de repercussões ou mesmo o sentimento de cumplicidade ou corporativismo.

Diante de um relatório indicando a consistência das alegações de tortura com achados encontrados em exames médicos e outras provas, o Poder Judiciário deve adotar enorme cautela antes de levar em conta as declarações dos agentes do Estado envolvidos. Ao examinar a validade ou legalidade da prisão, os tribunais devem evitar qualquer tipo de uso equivocado dos conceitos de direito civil, segundo os quais o autor (vítima) tem o ônus de provar que o dano foi causado por um ato ilícito do réu (agente ou Estado). As normas internacionais para casos de tortura recomendam uma abordagem oposta sobre o nexo de causalidade e o ônus da prova, respeitando a condição extrema de vulnerabilidade das vítimas e a posição do Estado. Se uma pessoa é levada a uma audiência de custódia com sinais de lesão e relata ter sofrido tortura, cabe ao Estado fornecer explicações plausíveis.

É essência que o Poder Judiciário considere indícios de tortura cometida pelos agentes responsáveis pela prisão, não se podendo, nesses casos, presumir a veracidade do depoimento policial e, apenas com base nisso, validar a prisão preventiva. Ademais, o fato de a tortura ter ocorrido após a prisão em flagrante delito não significa, necessariamente, que os abusos não tenham conexão com a prova do suposto crime.

Diante da existência de elementos, ainda que circunstanciais, que revelem a consistência das alegações de violência física ou psicológica, a palavra da vítima deve ser levada em conta. Nesses casos, caberá ao Estado comprovar a inoportunidade de tortura e inexistência de nexo causal entre as lesões e a conduta de seus agentes.

6. CONCLUSÃO

O acesso à justiça é um direito fundamental e um conceito central no campo mais amplo da justiça. No entanto, trata-se de um direito que enfrenta uma série de desafios, como a abordagem multidisciplinar.

Para garantir um acesso efetivo à justiça em casos de alegada tortura, é necessário, no mínimo, que: 1) a pessoa presa tenha acesso imediato ao sistema de justiça, com representação legal, exame de corpo de delito e apresentação a um juiz; 2) o Estado forneça assistência jurídica e peritos forenses em diferentes áreas, assegurando a independência funcional desses profissionais; 3) a regra de exclusão em relação às provas contaminadas pela tortura seja aplicada, inclusive as provas derivadas e circunstanciais, a exemplo do depoimento dos agentes apontados como responsáveis pelas violações; 4) o acesso à justiça seja integral, multidisciplinar, proporcionado por prestadores legais

²² FOLEY, Conon. **Protegendo os brasileiros da tortura**: um manual para juizes, promotores, defensores públicos e advogados. 2. ed. Brasília, DF: Ministério da Justiça: Ordem dos Advogados Internacional, 2013.

e não legais e integralmente suprido pelo Estado; 5) os atos de tortura sejam obrigatoriamente objeto de reparação pecuniária integral e de medida de reabilitação física e psicológica da vítima.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991**. Promulga a convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Brasília, DF: Presidência da República, 1991.

BUILDING a business case for access to justice: an OECD white paper in collaboration with the World Justice Project. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD, 2019. Disponível em: <https://web-archiver.oecd.org/2019-11-07/535987-building-a-business-case-for-access-to-justice.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2023.

CARVER, Richard; HANDLEY, Lisa. **Does torture prevention work?** Liverpool: Liverpool University Press, 2017.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso Selmouni vs. França**. [Estrasburgo]: Conselho da Europa. Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cabrera-García e Montiel Flores vs. México**: sentença de 26 de novembro de 2010 (objeção preliminar, mérito, reparações e custas). [San José]: Corte IDH, [2010]. Série C nº 220, 26 de novembro de 2010, parágrafo 167.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Espinoza Gonzáles x Peru**: sentença de 20 de novembro de 2014 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). [San José]: Corte IDH, [2014].

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gutiérrez Soler x Colômbia**: sentença de 12 de setembro de 2005. [San José]: Corte IDH, [2005].

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Maritza Urrutia x Guatemala**: sentença de 27 de novembro de 2003. [San José]: Corte IDH, [2003].

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Panel Blanca (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala**: sentença de 8 de maio de 1998. [San José]: Corte IDH, [1998].

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Tibi x Equador**: sentença de 7 de setembro de 2004. [San José]: Corte IDH, [2004].

EQUAL access to justice for inclusive growth: putting people at the centre. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD, 2019. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/597f5b7f-en/index.html?itemId=/content/publication/597f5b7f-en>. Acesso em: 17 mar. 2023.

FOLEY, Conor. **Protegendo os brasileiros da tortura**: um manual para juízes, promotores, defensores públicos e advogados. 2. ed. Brasília, DF: Ministério da Justiça: Ordem dos Advogados Internacional, 2013.

NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado para os Direitos Humanos. **Protocolo de Istambul**: manual sobre investigação e documentação eficazes da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Genebra: Nações Unidas, 2001. Disponível em: <https://direitoshumanos.dpu.def.br/protocolo-de-istambul-manual-para-investigacao-e-documentacao-eficazes-da-tortura-e-outras-penas-ou-tratamentos-cruéis-desumanos-ou-degradantes/>. Acesso em: 1 set. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Paris: Nações Unidas, 1948.

NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. **Compilação de comentários gerais e recomendações gerais adotadas por órgãos de tratados de direitos humanos**. [S. l.]: Nações Unidas, 1994. Comentário Geral 20, par 11 (Vigésima primeira sessão, 1984), UN Doc HRI/GEN/1/Rev.1 em 14.

NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. **Relatório do relator especial sobre a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes na sua missão na Turquia**. [S. l.]: Conselho de Direitos Humanos da ONU, 2017. Parágrafo 63. Disponível em: file:///C:/Users/Andr%C3%A9/Downloads/A_HRC_37_50_Add-1-EN.pdf. Acesso em: 22 abr. 2023.

PRINCÍPIOS e diretrizes das Nações Unidas sobre acesso à assistência judiciária nos sistemas de justiça criminal. [S. l.: s. n.], [20--]. Princípio 12. Independência e proteção de prestadores de assistência jurídica, n.º 36. Disponível em: <https://dullahomarinstitute.org.za/acjr/resource-centre/principios-e-diretrizes-das-nacoes-unidas-sobre-o-acesso-a-assistencia-juridica-nos-sistemas-de-justica-criminal>. Acesso em: 28 abr. 2023.

RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. **Relatório anual sobre tortura e tratamentos degradantes**. Rio de Janeiro: DPGERJ, 2021. Disponível em: [https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Relat%C3%B3rio_casos_tortura_e_maus_tratos_junho2019-agosto2020_-_v3_\(1\).pdf](https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Relat%C3%B3rio_casos_tortura_e_maus_tratos_junho2019-agosto2020_-_v3_(1).pdf). Acesso em: 4 ago. 2023.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **Processo nº 0198272-05.2018.8.19.0001**. Corrupção de Menores – Eca. Crimes Previstos no Estatuto da criança e do adolescente. Crimes Previstos na Legislação Extravagante. DIREITO PENAL [...]. Capital, 23. Vara Criminal, 23 de agosto de 2018. Caso Anderson Luis da Conceição e outros vs. Estado do Rio de Janeiro (audiência de custódia). Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprosesual/#/consultapublica?numProcessoCNPJ=0198272-05.2018.8.19.0001>. Acesso em: 24 maio 2024.

RODLEY, Nigle S. **Report of the special rapporteur, Nigel Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2000/43**: addendum: visit to Brazil. Geneva: United Nations. Comissão on Human Rights, 2001. Disponível em: <https://digital-library.un.org/record/437371#record-files-collapse-header>. Acesso em: 3 abr. 2023.

UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crime. **Principles and guidelines on access to legal aid in criminal justice systems**. Vienna: United Nations, 2013. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UN_principles_and_guidelines_on_access_to_legal_aid.pdf. Acesso em: 18 mar. 2023.

ZOUËIN, Luís Henrique Linhares. **Manual de direitos fundamentais: à luz do direito internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Ed. CEI, 2023.

ANCESTRALIDADE, LUTA E RESISTÊNCIA QUILOMBOLA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DIANTE DO RACISMO E DA (IN)JUSTIÇA AMBIENTAL

QUILOMBOLA ANCESTRY, STRUGGLE AND RESISTANCE IN THE STATE OF RIO DE JANEIRO IN THE FACE OF RACISM AND ENVIRONMENTAL (IN)JUSTICE

Anne Caroline Nascimento da Silva

Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro
Subcoordenadora da Coordenação de Promoção de Equidade Racial
Coordenadora do Núcleo de Combate ao Racismo e à Discriminação Étnico-Racial
Mestranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio
MBA em Gestão e Direito pela FGV RJ

Fernanda de Oliveira Lemos

Servidora Pública do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do
Rio de Janeiro (NUDEDH/DPERJ)
Pós-graduada pela Universidade Veiga de Almeida (UVA)
Mestranda em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional na
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

Taciana Garcia

Servidora da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
Mestranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio)
Pós-graduada em Direito Antidiscriminatório pela Associação Educacional Dom Bosco
Especialista em Direito e Gênero pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Pós-Graduada em Direito das Mulheres pelo Centro Universitário Unidombosco
Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família
Pós-Graduada em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale
Pós-Graduada em Proteção das Vulnerabilidades pela Universidade Cândido Mendes
Pós-Graduada em Direito Homoafetivo e de Gênero pela Universidade Santa Cecília
Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil com foco em
Empreendedorismo pelo Instituto Jurídico Democrático

Resumo: O presente artigo dedica-se à análise dos desafios enfrentados pelas comunidades quilombolas no estado do Rio de Janeiro, sob a ótica do racismo ambiental, em oposição à ancestralidade e a direitos consagrados no plano interno e internacional. Versa acerca do modelo de desenvolvimento social e econômico excludente que perpetua a injustiça ambiental e práticas racistas, objetivando assim contribuir para a problematização do tema e dos impactos sofridos pelos quilombolas, almejando viabilizar reflexão acerca de medidas aptas a propiciar justiça ambiental e o combate ao racismo.

Palavras-chave: quilombo; racismo ambiental; racismo institucional; (in)justiça ambiental.

Abstract: This article is dedicated to analyzing the challenges faced by quilombola communities in the state of Rio de Janeiro, from the perspective of environmental racism, in opposition to their ancestry and to rights enshrined both domestically and internationally. It discusses the exclusionary model of social and economic development that perpetuates environmental injustice and racist practices, with the aim of contributing to the problematization of the issue and the impacts suffered by quilombolas,

in order to enable reflection on measures capable of providing environmental justice and combating racism.

Keywords: quilombo; environmental racism; institutional racism; environmental (in) justice.

1. INTRODUÇÃO

As comunidades quilombolas têm resistido ao longo de sua existência ao racismo e à invisibilidade, sendo constantemente atingidas pela negativa de direitos e pela expropriação de seus territórios.

O contexto de desigualdade social, aliado ao racismo ambiental, estrutural e institucional, culmina, por vezes, em práticas que configuram manifesta injustiça ambiental. Empreendimentos com grande poderio econômico avançam nos territórios quilombolas, ocasionando degradação e violação de direitos. Vivencia-se a exclusão da população negra, inclusive nas discussões acerca da crise climática e do impacto ambiental.

Nesse sentido, nega-se o direito das comunidades quilombolas a seus territórios ancestrais e ao exercício de direitos reconhecidos nas normas internas e no plano internacional.

Diante da ausência da implantação de políticas públicas destinadas a atender às especificidades culturais e territoriais em muitos dos territórios quilombolas, é premente a necessidade de debater medidas voltadas à redução da morosidade dos procedimentos de reconhecimento aos territórios, bem como a implantação de ações que garantam a proteção dessas comunidades e de suas tradições, e aptas a combater injustiças ambientais.

A título de ilustração, o Quilombo Sacopã, localizado na Zona Sul do Rio de Janeiro, durante décadas, resiste pela sua existência e pela defesa do seu modo de ser e de viver, diante de disputas acerca da propriedade do território, da imposição de multas urbanísticas, de pleitos dos moradores dos condomínios vizinhos, pela proibição de manifestações culturais e até mesmo em face do lançamento de dejetos na comunidade.

A atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro na defesa, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, a fim de garantir justiça e combater o racismo ambiental, revela-se medida indispensável no contexto de vulnerabilidades vivenciadas pelas comunidades quilombolas.

2. A RESISTÊNCIA QUILOMBOLA NO TEMPO

2.1. Os Povos Tradicionais e seu papel no Antropoceno - Negroceno

As transformações climáticas, discussões sobre aquecimento global, desmatamento desenfreado, falta de acesso à água potável, rejeitos químicos, poluição, dentre outros fatores, representam impactos ambientais cada vez mais presentes nas pautas internacionais, como efeitos da ação humana, principalmente a partir da Revolução

Industrial. A essa nova época geológica em que se observa o impacto da humanidade sobre o planeta, Crutzen e Stoermer denominaram antropoceno¹.

Em meio à notória degradação ambiental, ganham destaque as discussões sobre as relações travadas com o meio ambiente, especialmente quando se compara o comportamento do homem branco – consumidor, extrativista, explorador, capitalista² – com os povos e comunidades tradicionais quilombolas, indígenas, caiçaras, ribeirinhos, dentre outros, haja vista que enquanto aquele traz a exploração e o capital como cerne, estes são balizados pelo respeito à pachamama³, à gaia, à terra de seus ancestrais. Como bem ensina Abdias do Nascimento⁴:

o quilombismo essencialmente é um defensor da existência humana e, como tal, ele se coloca contra a poluição ecológica e favorece todas as formas de melhoramento ambiental que possam assegurar uma vida saudável para as crianças, as mulheres e os homens, os animais [...] e todas as manifestações da natureza.

Considerando fatores históricos que promoveram a exclusão, a dominação, a exploração e o apagamento cultural das pessoas negras, torna-se perceptível que as discussões sobre meio ambiente (seus danos, impactos e sustentabilidade) ignoraram os povos e comunidades tradicionais, como os quilombolas.

Almejando lançar luz sobre o tema, Malcom Ferdinand⁵ sugere o termo negroceno, não para substituir, mas para reparar as omissões constantes do termo antropoceno e destacar a história colonial escravocrata sobre a qual está assentada a modernidade, observando as experiências dos colonizados e escravizados. Defende com propriedade que o combate ao racismo, à desigualdade e ao capitalismo são inafastáveis da discussão acerca da preservação ambiental e da práxis adotada pelos povos e comunidades tradicionais, devendo ser consideradas simultaneamente:

[...] Não devemos olhar as experiências quilombolas e indígenas de maneira extrativista, como se disséssemos “você têm algo que podemos usar”, sem, antes de mais nada, reconhecer seus direitos, suas vozes, sua História e as injustiças que eles sofrem. Esses povos criaram cosmogonias que não conhecem a divisão

¹ CRUTZEN; STOERMER, 2000 *apud* VIOLA, Eduardo; BASSO, Larissa. O sistema internacional no antropoceno. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 31, n. 92, p. 1-18, out. 2016.

² Necessário pontuar que, embora não se adentre na discussão ao longo do texto, Jason Moore traz ao debate moderno a figura do capitaloceno. O autor tece críticas ao antropoceno por se utilizar apenas de fatores antropogênicos nos impactos ambientais ao passo que, no capitaloceno, em apertada síntese, o capitalismo seria o vetor dos impactos ambientais, através de suas relações políticas e econômicas, trazendo críticas ainda ao pensamento cartesiano do que é intitulado “pensamento verde” que dividiria o mundo em duas categorias estanques: sociedade x natureza. Vide: COLTRO, Fábio Luiz Zanardi; BORINELLI, Benilson. Antropoceno e capitaloceno: novas perspectivas, velhos combates. *In*: COSTA, Rogério Santos da; BORINELLI, Benilson (org.). **Estado e sustentabilidade**: múltiplas e contestadas faces. Palhoça: Ed. Unisul, 2020. p. 157-176. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/14994/5/cap_07.pdf. Acesso em: 15 jun. 2023.

³ Embora a terminologia pachamama seja derivada da relação que a população ameríndia dos Andes possui com a terra e o respeito à divindade dali decorrente, foi utilizada neste trabalho como forma de expressar a relação de integração e respeito apresentado pelos povos tradicionais em relação ao ambiente em que estão. Apresentando assim uma relação de respeito ao ambiente e à própria ancestralidade.

⁴ NASCIMENTO, Abdias. Quilombismo: um conceito emergente do processo histórico-cultural da população afro-brasileira. *In*: NASCIMENTO, Elisa Larkin (org.). **Afrocentricidade**: uma abordagem epistemológica inovadora. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009. v. 4. p. 214-215.

⁵ AQUILOMBAR o antropoceno, contra-colonizar a ecologia. Confluências entre Malcom Ferdinand e Antônio. [S. l.: s. n.], 2023. 1 vídeo (106min20s). Publicado pelo canal uspfllch. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7RCuzE6b83k>. Acesso em: 15 jun. 2023.

moderna entre natureza e cultura. Consequentemente, seus modos de habitar a terra não são tão destrutivos quanto aqueles forjados pelo dualismo moderno. Pelo contrário: são formas de resistência ao capitalismo e à dominação colonial que ainda move governos e multinacionais. Estamos vivendo um momento bizarro. Queremos preservar a “natureza”, a floresta amazônica e limitar o aquecimento global enquanto continuamos invisibilizando os direitos de quilombolas e povos indígenas. Mas seria ingênuo celebrar as práticas ecológicas desses povos sem combater o racismo, a desigualdade de gênero e o capitalismo [...]”⁶.

É cediço que pessoas negras escravizadas foram submetidas a tratamento desumano e ao trabalho forçado. A análise dos fatores históricos, de acordo com uma perspectiva que não a eurocêntrica, permite observar que ao contrário do que se tentou sustentar por muitos anos, inexistiu docilidade por parte dos escravizados; a busca por liberdade era frequente dentro dos navios e nas colônias:

Foram imputadas as mais perversas formas de desumanidade em face dos escravizados, que vinham nos navios espremidos, não podendo nem se deitar e nem se sentar com a postura correta, eram acorrentados, pois não havia docilidade, as revoltas nos portos das embarcações e a bordo eram constantes⁷.

Pessoas escravizadas que conseguiam fugir das condições perversas e desumanas formaram comunidades conhecidas como quilombos em áreas remotas e inacessíveis, como forma de resistência contra a escravização. Essas comunidades utilizavam a agricultura, a pesca e outros meios para o sustento, seus membros trabalhavam juntos no cultivo e na criação de animais, o que lhes permitiu prover suas necessidades básicas sem depender do mundo exterior, tornando-se autossuficientes. Outrossim, também desenvolveram sua própria cultura e tradições, fortalecendo o senso de identidade coletivo.

Com o passar do tempo, já no período pós-escravocrata, esses territórios ocupados pela coletividade unida por laços ancestrais⁸, de parentalidade e de tradições culturais únicas, formaram os quilombos⁹.

2.2. Proteção Jurídica dos Quilombos: Direitos e Territórios

Os direitos quilombolas estão consagrados no plano internacional e nas normas internas, sendo dever do Estado garantir a proteção, o reconhecimento, a valorização,

⁶ GABRIEL, Ruan de Sousa. Em livro, filósofo francês explica por que as lutas ecológica e antirracista são indissociáveis. **O Globo**, São Paulo, 18 jul. 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/livros/noticia/2022/07/em-livro-filosofo-frances-explica-por-que-as-lutas-ecologica-e-antirracista-sao-indissociaveis.ghml>. Acesso em: 15 jun. 2023.

⁷ JAMES, Cyril Lionel Robert. **Os jacobinos negros**: Toussaint L’Ouverture e a revolução de São Domingos. Tradução: Afonso Teixeira Filho. 1. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 22.

⁸ Merece destaque a informação de que, a partir do ano de 2022, o CENSO do IBGE incluiu o quesito de autoidentificação quilombola em sua base de coleta de dados. Essa medida impacta substancialmente o desenvolvimento de futuras políticas públicas (de acordo com as necessidades e potencialidades das comunidades quilombolas) e reafirma os compromissos assumidos perante a Organização das Nações Unidas (ONU). Cf.: BANT, Astrid. ARTIGO: Quesito quilombola no Censo conecta Brasil aos compromissos ONU. **Nações Unidas**, Brasília, DF, 28 set. 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/201140-artigo-quesito-quilombola-no-censo-conecta-brasil-aos-compromissos-onu>. Acesso em: 16 jun. 2023.

⁹ CARVALHO, Maria Leticia de Alvarenga (org.). **Comunidade Quilombola Sacopã**. Belo Horizonte: FAFICH, 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/incra/pt-br/assuntos/governanca-fundiaria/sacopa.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2023.

o respeito, o direito à não discriminação e a concretização de medidas aptas a assegurar direitos coletivos e individuais.

A Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil pelo Decreto Presidencial n.º 5.051, de 19 de abril de 2004, prevê a proteção jurídica das comunidades quilombolas, ao afirmar a obrigação do Estado de reconhecer e proteger os valores, práticas sociais, culturais e espirituais¹⁰. A aludida convenção visa assegurar direitos sociais, econômicos e culturais, ao mesmo tempo que garante o dever de respeito às suas perspectivas sobre desenvolvimento, natureza e sua relação ancestral, garantindo que o meio ambiente seja culturalmente adequado para o exercício de seus direitos¹¹.

A referida convenção almeja salvaguardar o direito à autodeterminação e à auto-identificação¹², garantindo a preservação do sagrado e da conexão dos quilombolas com os territórios que ocupam coletivamente. Prevê, ademais, a importância do direito de participação das comunidades, especificando o momento, a maneira, os agentes, os resultados do processo de consulta e o exercício do direito à participação.

Com efeito, deve ser garantida a participação prévia, livre e informada das comunidades quilombolas¹³ acerca de ações que possam afetar suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual. Assim, a consulta, com a escuta ativa das comunidades, deve ser anterior à prática de qualquer ação que possa afetá-las, as informações devem ser transmitidas de forma assertiva, direta e facilmente compreensível, e não deve existir qualquer forma de coação ou constrangimento que possa impactar o resultado do processo de participação.

¹⁰ BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, DF: Presidência da República, 2004.

¹¹ Convenção 169 OIT. Artigo 2º. 1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade. 2. Essa ação deverá incluir medidas: a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população; b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições; c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida. Artigo 3º. 1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos (BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. art. 2º-3º).

¹² Convenção 169 OIT. Art. 1º, 2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção (BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. art. 1º).

¹³ Convenção 169 OIT. Art. 6º. 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas. Artigo 7º. 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente (BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. art. 6º-7º).

No plano interno, a Constituição Federal consagra, no art. 3º, IV, que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ademais, dispõe que: (i) a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo repúdio ao terrorismo e ao racismo, nos termos do art. 4º, VIII, (ii) e que a prática do racismo é crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei, em consonância ao disposto no art. 5º, XLII.

Com a promulgação do atual texto constitucional, a concepção de patrimônio cultural foi ampliada, para abarcar bens de natureza material e imaterial portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Nos termos dos arts. 215, §1º, e 216, I e II, é dever do Estado proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, constituindo-se como patrimônio cultural brasileiro as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver.

A Constituição Federal, outrossim, assegurou às comunidades quilombolas o direito à propriedade de seus territórios. Com a inclusão, no Art. 68¹⁴ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)¹⁵ da emissão do título de reconhecimento de domínio, o Estado brasileiro caminha para reparar uma dívida histórica, após séculos em que as comunidades quilombolas permaneceram na invisibilidade.

Os quilombolas gozam de um regime jurídico diferenciado em relação aos demais povos e comunidades tradicionais, como os seringueiros, castanheiros, que não têm direitos expressamente assegurados pela Constituição. Entretanto, não se pode olvidar que ainda se estrutura no ordenamento jurídico brasileiro um arcabouço legal que possa garantir plenamente a proteção aos direitos quilombolas.

Com efeito, as comunidades quilombolas fazem jus à propriedade de seus territórios, são comunidades negras que contribuíram essencialmente para a construção da identidade nacional, com história e laços territoriais específicos ligados ao sagrado e com conexões ancestrais negras.

Cumprе ressaltar que o art. 68 do ADCT cunhou a categoria “remanescente de quilombo” (grupo da mesma característica étnico-racial, com trajetória histórica e relação territorial próprias, de ancestralidade negra)¹⁶. O tema etnia e territorialidade é trazido à discussão no conceito devido à identidade do grupo e à conexão específica com o território.

¹⁴ Em que pese a norma jurídica prever o reconhecimento do direito das comunidades às suas terras ancestrais, oportuno trazer, a título de provocação, a visão crítica do líder quilombola Nêgo Bispo (Antônio Bispo dos Santos) sobre o referido dispositivo previsto no ato das disposições constitucionais transitórias: “Nesse artigo podemos perceber a influência do pensamento monista verticalizado e desterritorializado dos povos colonizadores, quando o direito a esse território é tratado nos termos da sua condição de propriedade e não nos termos da relação comunitária e biointerativa dos quilombolas com os seus territórios”. Vide: SANTOS, Antônio Bispo dos. **Colonização, quilombos: modos e significados**. Brasília, DF: INCTI/UnB: CNPq, 2015. Disponível em: https://repi.ufsc.br/sites/default/files/BISPO-Antonio-Colonizacao_Quilombos_Modos_e_Significados.pdf. Acesso em: 15 jun. 2023.

¹⁵ Art. 68 do ADCT: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.” Vide: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm. Acesso em: 16 jun. 2023.

¹⁶ COORDENAÇÃO NACIONAL DE ARTICULAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS. Quilombo? Quem somos nós!. **CONAQ**, Brasília, DF, [2010]. Disponível em: <https://conaq.org.br/quem-somos/#:~:text=Os%20remanescentes%20de%20quilombo%20são,ser%20dada%20segundo%20critérios%20de>. Acesso em: 16 jun. 2023.

As leis vigentes ultrapassam uma interpretação limitada de quilombos historicamente reconhecidos, como o Quilombo dos Palmares, e passam a se referir a quilombos contemporâneos. Nesse sentido, comunidades compostas por descendentes de indivíduos que foram escravizados, situados em diferentes regiões e com estruturas sociais variadas, podem ser consideradas quilombos, desde que preencham os critérios delineados na legislação.

Ademais, importante destacar que, em que pesem os avanços no campo normativo, as comunidades quilombolas enfrentam um processo moroso para concretização de seus direitos aos territórios. Nesse sentido, destaca-se o Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003¹⁷, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação dos territórios quilombolas¹⁸.

Nos termos do aludido Decreto, incumbe à Fundação Cultural Palmares, vinculada ao Ministério da Cultura, certificar a autoatribuição quilombola por parte das comunidades, e ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), titular os territórios quilombolas localizados em terras públicas federais ou que incidem em áreas de particulares. Por sua vez, incumbe aos Estados e Municípios expedir os títulos às comunidades quilombolas que se localizam em terras de domínio estaduais e municipais, respectivamente¹⁹.

O art. 2º do Decreto nº 4.887, de 2003, conceitua quilombolas como “grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida”²⁰. É cediço que, durante a década de 1970, a noção de quilombo foi amplamente difundida e adotada pelo Movimento Negro como representação da Resistência Negra, englobando aspectos físicos e culturais, razão pela qual o conceito de quilombo não se limitava a grupo de pessoas escravizadas que teriam evadido, mas se estendia a quaisquer grupos que fossem oprimidos pelo poder dominante.

Ocorre que a morosidade do procedimento para concessão de títulos dos territórios é um problema que afeta muitas comunidades no Brasil²¹. A falta do reconheci-

¹⁷ BRASIL. **Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003**. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm. Acesso em: 16 jun. 2023.

¹⁸ O aludido Decreto foi objeto da ADI 3239, tendo o STF, por maioria, em 2018, declarado sua validade, garantindo a titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas. Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3239**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Decreto nº 4.887/2003. Procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos [...]. Repte.: Democratas. Intdo: Presidente da República. Relator(a): Min. Cezar Peluso, 8 fev. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2227157>. Acesso em: 2 set. 2023.

¹⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico 2022**: quilombolas: primeiros resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102016.pdf>. Acesso em: 4 set. 2023.

²⁰ BRASIL. **Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003**. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm. Acesso em: 16 jun. 2023.

²¹ SOUZA, Matheus. Menos de 7% dos territórios quilombolas reconhecidos têm títulos de propriedade. **Jornal da USP**, São Paulo, 14 ago. 2019. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-humanas/menos-de-7-territorios-quilombolas-reconhecidos-tem-titulo-de-propriedade/>. Acesso em: 17 jun. 2023.

mento da propriedade acarreta o indesejável efeito de que as comunidades quilombolas tenham que disputar seus territórios ancestrais com terceiros, bem como resistir para não serem removidas.

Outrossim, programas e serviços governamentais que podem beneficiar as comunidades quilombolas por vezes são garantidos apenas aos quilombos reconhecidos ou estão atrelados à titularidade dos territórios, o que promove ainda mais exclusão e perpetua um ciclo de pobreza e marginalização, dificultando o progresso e o desenvolvimento dessas comunidades.

A disparidade entre a quantidade de quilombos existentes e o número que foi oficialmente reconhecido e titulado definitivamente evidencia a lentidão e o descaso sistemático na garantia do direito à propriedade para essas comunidades, em manifesto desrespeito à Convenção 169 da OIT²², o que representa grave violação de direitos humanos.

Cumpra destacar que o Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em virtude da morosidade no processo de reconhecimento dos territórios de povos tradicionais no Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil²³.

Em consonância com os dados do Censo Demográfico 2022²⁴, a população quilombola residente no Brasil é de 1.327.802 pessoas, correspondendo a 0,65% da população. A Grande Região Nordeste concentra 68,19% da população quilombola, seguida das Regiões Sudeste e Norte com 26,24% da população quilombola. O Estado do Rio de Janeiro apresenta o número de 20.344 quilombolas residentes.

Ademais, segundo dados do Censo, há 22 (vinte e dois) territórios quilombolas no Estado do Rio de Janeiro, com status fundiário, sendo que apenas 3 (três) são considerados titulados (Campinho da Independência, Marambaia e Preto Forro). O Quilombo Sacopã encontra-se em processo de titulação, na fase de Portaria, reunindo 25 (vinte e cinco) quilombolas residentes.

Por fim, ainda no plano interno, o Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, prevê diversos direitos aos quilombolas no que tange à propriedade da terra, moradia, cultura e saúde²⁵. Quanto à cultura, é possível aduzir que

²² YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Lúcia Alberta Andrade de. (org.). **A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta livre, prévia e informada**. Brasília, DF: Funai/GIZ, 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/arquivos/conteudo/ascom/2014/doc/11-nov/convencaooit.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2023.

²³ O Caso Povo Indígena Xucuru versou sobre violação do direito à propriedade coletiva do povo indígena, considerando o lapso temporal de 1989 e 2005, no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios e a morosidade na regularização. No caso, o Estado violou o direito à propriedade consagrado no artigo XXIII da Declaração Americana e nos artigos 1.1, 2, 5, 8, 21 e 25 da Convenção Americana (Sentença de 5 de fevereiro de 2018). Cf.: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**. [San José]: Corte IDH, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 3 set. 2023.

²⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2022**: quilombolas: primeiros resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102016.pdf>. Acesso em: 4 set. 2023.

²⁵ Nesse sentido, é possível destacar que “É assegurado aos remanescentes das comunidades dos quilombos o direito à preservação de seus usos, costumes, tradições e manifestos religiosos, sob a proteção do Estado” (Art. 18); “o Poder Executivo federal elaborará e desenvolverá políticas públicas especiais voltadas para o desenvolvimento sustentável dos remanescentes das comunidades dos quilombos, respeitando as tradições de proteção ambiental das comunidades (Art. 32) e “serão beneficiários de incentivos específicos para a garantia do direito à saúde, incluindo melhorias nas condições ambientais, no saneamento básico, na segurança alimentar e nutricional e na atenção integral à saúde” (p. único do Art. 8º). Vide o Estatuto da Igualdade Racial: BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 3 set. 2023.

se assegura aos quilombolas o direito à preservação de seus usos, costumes, tradições e manifestos religiosos, sob a proteção do Estado.

3. QUILOMBO SACOPÃ: UMA ANÁLISE DA (IN)JUSTIÇA E DO RACISMO AMBIENTAL

O Quilombo Sacopã serve de ilustração acerca de quilombos que se constituíram em zonas urbanas. Os membros da comunidade Sacopã viviam de forma isolada na região; com o crescimento da cidade, a comunidade passou a ser cercada por condomínios e a enfrentar problemas que chegaram com o crescimento urbano.

É cediço que mesmo diante do adensamento urbano, os quilombolas, como bem leciona Juliana Santilli²⁶, têm o direito de continuar existindo enquanto tais, bem como seus territórios, recursos naturais e conhecimentos.

O Quilombo Sacopã²⁷, situado próximo à Lagoa Rodrigo de Freitas na Zona Sul do Município do Rio de Janeiro, constituiu-se com a chegada dos avós da Família Pinto, no ano de 1929. A comunidade ficou conhecida por ser dotada de ancestralidade, de raízes africanas que se expressam nos saberes, no samba da família e nos sabores da feijoada.

A Família Pinto foi reconhecida como Comunidade Remanescente de Quilombo em 10 de dezembro de 2004, oficialmente, pela Fundação Cultural Palmares, nos termos do que dispõe o Decreto Federal nº. 4.887, de 2003, pela Portaria nº 35, de 2004.

Após o reconhecimento, foi deflagrado o processo administrativo de titulação do território junto ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), que por meio da Portaria n.º 506²⁸, de 2014, reconheceu e declarou o domínio do Quilombo Sacopã (Família Pinto) sobre a área de 6.404,17m²²⁹, situada na Rua Sacopã, n.º 250. Ainda resta pendente a titulação definitiva.

O Quilombo Sacopã ainda é reconhecido como Área de Especial Interesse Cultural do Município do Rio de Janeiro, de acordo com a Lei Municipal n.º 5.503, de 17 de

²⁶ SANTILLI, Juliana. Os “novos” direitos socioambientais. **Revista Direito e Justiça**: Reflexões Sociojurídicas, Porto Alegre, ano 6, n. 9, p. 173-199, 2006. p. 189.

²⁷ Dados históricos do Quilombo Sacopã obtidos através do site Fundo Brasil (fundação sem fins lucrativos criada a fim de canalizar recursos destinados aos defensores de direitos humanos). Cf.: ASSOCIAÇÃO CULTURAL QUILOMBO DO SACOPÃ. A voz do Quilombo Sacopã: em defesa do direito à cidade. **Fundo Brasil**, São Paulo, c2022. Disponível em: <https://www.fundobrasil.org.br/projeto/associacao-cultural-quilombo-do-sacopa-rio-de-janeiro/>. Acesso em: 15 jun. 2023.

²⁸ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Portaria nº 506, de 19 de setembro de 2014. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 182, p. 73. 22 set. 2014. Disponível em: https://cpisp.org.br/wp-content/uploads/2017/04/P_SacopaRJ2014.pdf. Acesso em: 15 jun. 2023.

²⁹ É cediço que no bojo de ação judicial, o Quilombo Sacopã perdeu considerável parte do território – que inicialmente contava com cerca de 23 mil m², tendo sido demarcados, como demonstrado, pouco mais de 6 mil m². Dados sobre demarcação e reconhecimento do Quilombo Sacopã pelo INCRA retirados do site Mapa de conflitos: injustiça ambiental e saúde no Brasil (RJ: pressionados pela explosão imobiliária, a família Pinto preserva a Mata Atlântica e luta pelo reconhecimento do Quilombo do Sacopã, na cidade do Rio de Janeiro. In: FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. Mapa de conflitos: injustiça ambiental e saúde no Brasil. **Mapa de Conflito**, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/rj-pressionados-pela-explosao-imobiliaria-a-familia-pinto-preserva-a-mata-atlantica-e-luta-pelo-reconhecimento-do-quilombo-do-sacopa-na-cidade-do-rio-de-janeiro/#:~:text=Também%20em%202008%20o%20INCRA,área%20com%2022%20edifícios%20residenciais>. Acesso em: 16 jun. 2023.).

agosto de 2012, nos termos da Lei Complementar Municipal n.º 111³⁰, de 1º de fevereiro de 2011, caracterizando-se como comunidade negra remanescente na zona sul da cidade do Rio, tendo grande importância como símbolo de resistência e luta por direitos e preservação cultural.

É importante considerar que a criação da área de interesse cultural assegura o modo de viver da comunidade e, conseqüentemente, a realização de manifestações culturais, não sendo plausível a proibição de manifestações culturais no território. O reconhecimento como área de interesse cultural confirmou importância à cultura e à memória do quilombo.

Mesmo sendo reconhecido por sua relevância histórica, cultural e antropológica e tendo assegurados direitos no plano interno e internacional, o Quilombo Sacopã enfrenta desafios para sua existência, resistindo à pressão urbana e à crescente especulação imobiliária no território.

Desde o ano de 1989, moradores que passaram a residir em volta do quilombo em condomínios residenciais que foram construídos muitos anos depois da existência da comunidade, denunciam os quilombolas, por considerarem inapropriadas as práticas culturais realizadas no local.

Nesse contexto, sem considerar que são assegurados às comunidades quilombolas direitos culturais e seu modo de viver, condomínios vizinhos ajuizaram uma ação de obrigação de não fazer, tendo obtido sentença liminar determinando a proibição da realização de manifestações culturais³¹. A decisão foi ratificada, posteriormente, e transitou em julgado³².

É cediço que o racismo no Brasil é estrutural³³; estando presente em todas as relações sociais, o racismo perpetua a exclusão e o acesso a direitos “que são característicos de um grupo social que luta pela desnaturalização dos mecanismos seculares

³⁰ Art. 70. Áreas de Especial Interesse, permanentes ou transitórias, são espaços da Cidade perfeitamente delimitados sobrepostos em uma ou mais Zonas ou Subzonas, que serão submetidos a regime urbanístico específico, relativo à implementação de políticas públicas de desenvolvimento urbano e formas de controle que prevalecerão sobre os controles definidos para as Zonas e Subzonas que as contêm. [...] VII. área de Especial Interesse Cultural - AEIC é aquela destinada à afetação dos Sítios Culturais, definidos no art. 140 desta Lei Complementar, por conservar referências ao modo de vida e cultura carioca, necessária à reprodução e perpetuação dessas manifestações culturais. [...] Art. 140. Entende-se por: I. sítio cultural – o espaço da Cidade, de domínio público ou privado, que por suas características sócio-espaciais e por sua história constitua-se em relevante referência a respeito do modo de vida carioca, ou trate-se de local de significativas manifestações culturais, ou possua bens imateriais que contribuam para perpetuar sua memória; II. paisagem cultural – a porção do território onde a cultura humana imprimiu marcas significativas no ambiente natural, propiciando a aparição de obras combinadas de cultura e natureza, que conferem à paisagem identidade e valores singulares. Parágrafo único. Os Sítios Culturais e Paisagens Culturais poderão estar inseridos ou se sobrepor às Unidades de Conservação da Natureza, às Áreas de Preservação Permanente, às Áreas de Proteção do Ambiente Cultural ou às Áreas de Entorno de Bem Tombado (RIO DE JANEIRO (Município). **Lei Complementar Municipal n.º 111, de 1 fevereiro de 2011**. Dispõe sobre a Política Urbana e Ambiental do Município, institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Sustentável do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro: Câmara Municipal, 2011).

³¹ HERBERT NETO, Helcio. A história de resistência de um quilombo no RJ. **Vice**, [s. /], 07 abr. 2017. Disponível em: <https://www.vice.com/pt/article/wn9mxn/a-historia-de-resistencia-de-um-quilombo-no-rj>. Acesso em: 25 ago. 2023.

³² É cediço que a decisão tem efeito interpartes, alcançando, atualmente, apenas o líder da comunidade, Sr. Luiz Sacopã, como bem defendeu a Defensoria Pública no âmbito do processo. O Juízo determinou, considerando esse fundamento, o arquivamento da ação. Ademais, a ação judicial (processo nº 0097933-54.1989.8.19.0001) foi ajuizada anteriormente ao reconhecimento da Família Pinto como Comunidade Quilombola pela Fundação Palmares. Mesmo após a determinação do arquivamento, os condomínios autores, pugnam, até os dias atuais, no bojo do processo, pela proibição das manifestações culturais, inclusive requerendo o uso da força policial.

³³ Segundo Silvio Almeida “o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, de modo ‘normal’ que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. [...] Nesse caso, além de medidas que coibam o racismo individual e institucionalmente, torna-se imperativo refletir sobre mudanças profundas nas relações sociais, políticas e econômicas” (ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Jandaíra, 2019).

de dominação e opressão a que estão submetidos”³⁴. Além disso, o racismo também é institucional, pois:

não se resume a comportamentos individuais, mas é tratado como o resultado do funcionamento das instituições, que passam a atuar em uma dinâmica que confere, ainda que indiretamente, vantagens e privilégios com base na raça. As instituições reproduzem as condições para o estabelecimento e a manutenção da ordem social³⁵.

Não se pode olvidar que as comunidades quilombolas resistem até a atualidade em defesa de seu modo de viver. No entanto, essas lutas se tornam mais intensas quando o Estado adota um modelo institucional em favor de interesses políticos e econômicos contrários aos quilombolas e seus territórios³⁶. Quando as instituições não atuam para garantir os direitos assegurados às comunidades quilombolas, evidencia-se o racismo institucional. É necessário considerar que:

O sucesso do modelo perverso de categorização racial de seres humanos deriva, além de circunstâncias econômicas, sociais, políticas e culturais muito bem definidas, da naturalização dessa hierarquia, do não reconhecimento do sistema de privilégios que ela engendra e da consequente negação/cegueira quanto à sua existência (embutida na própria lógica da branquitude)³⁷.

Com efeito, as instituições no sistema de justiça tendem a resguardar a ordem social e manter privilégios existentes para determinados grupos que deles se beneficiam e a que não almejam renunciar. Nesse sentido, é indispensável a atuação da Defensoria Pública, em defesa da comunidade Sacopã e das comunidades remanescentes de quilombos, a fim de garantir os direitos consagrados no plano normativo interno e internacional, haja vista que as injustiças sociais e ambientais são evidentes e não coadunam com as normas que protegem esses povos ancestrais.

A Defensoria Pública³⁸, ativistas, quilombolas e a sociedade civil reúnem esforços para a efetivação de medidas para a garantia, proteção e preservação do Quilombo Sacopã, mediante a promoção e a valorização de sua história e cultura. Essas ações incluem mobilizações sociais, projetos de educação e conscientização, dentre outros

³⁴ MULHOLLAND, Caitlin; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. É para rir? A atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos casos envolvendo liberdade de expressão e racismo nos discursos humorísticos. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS, 24., 2015, Florianópolis. **Anais** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 337-356.

³⁵ ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Jandaíra, 2019.

³⁶ DIAS, Vercilene Francisco. **Terra versus território**: uma análise jurídica dos conflitos agrários internos na comunidade quilombola Kalunga de Goiás. 2019. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) – Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário, Faculdade de Direito, Universidade de Goiás, Goiânia, 2019. p. 113. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/9607>. Acesso em: 2 set. 2023.

³⁷ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma crítica criminológica apreensível em português. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 25, v. 135, p. 541-562. 2017.

³⁸ GRANDA, Alana. Defensoria Pública do Rio pede suspensão de sentença contra quilombolas. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 25 jan. 2016. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2016-01/defensoria-publica-pede-suspensao-de-sentenca-contr-quilombolas-no-rio>. Acesso em: 15 jun. 2023.

esforços, para assegurar a existência e manter viva a cultura ancestral dessa importante comunidade histórica na cidade do Rio de Janeiro³⁹.

As comunidades quilombolas, como bem defendeu Antônio⁴⁰:

são acusadas de serem povos atrasados, improdutivos e sem cultura e portanto um empecilho ao avanço e ao desenvolvimento dos colonizadores. O que podemos perceber é que essas comunidades continuam sendo atacadas com armas de poder destrutivo ainda mais sofisticado, numa correlação de forças perversamente desigual. Só que, hoje, os colonizadores, ao invés de se denominarem Império Ultramarino, denominam sua organização de Estado Democrático de Direito e não apenas queimam, mas também inundam, implodem, trituram, soterram, reviram com suas máquinas de terraplanagem tudo aquilo que é fundamental para a existência das nossas comunidades, ou seja, os territórios, símbolos e significações dos nossos modos de vida.

A Corte Interamericana, no Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil, bem ressaltou que a discriminação étnico-racial sofrida pelos povos tradicionais leva à exposição de violações diversas, bem como à ausência de uma política robusta que garanta a essas populações o acesso efetivo e culturalmente adequado aos seus direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Com efeito, o risco de extermínio dessas populações tende a aumentar muito quando o Estado não atua, em virtude da assimilação cultural, pelos danos ambientais e por todo o racismo ambiental. Assim, pode ocorrer verdadeiro etnocídio, negando-se à população quilombola o direito de desfrutar de sua própria cultura. Como ensina Juliana Santilli⁴¹:

o multiculturalismo permeia todos os dispositivos constitucionais dedicados à proteção da cultura. Está presente na obrigação do Estado de proteger as manifestações culturais dos diferentes grupos sociais e étnicos, incluindo indígenas e afro-brasileiros, que formam a sociedade brasileira.

No que tange ao quilombo Sacopã, diversas são as violações de direitos perpetradas em face da comunidade, alcançando, além de violações aos direitos culturais, o desrespeito também ao direito à moradia adequada, ao meio ambiente e à saúde da comunidade.

O Quilombo Sacopã, mesmo tendo sido reconhecido pela Fundação Palmares e tendo sido considerado como Área de Especial Interesse Cultural, recebe a imposição de multas urbanísticas, em razão das construções de moradias e benfeitorias.

Além disso, no mês de abril de 2019, ocasião em que ocorreram fortes chuvas na cidade do Rio de Janeiro, ocorreu o inadequado escoamento de águas pluviais em condomínio vizinho ao Quilombo Sacopã, o que provocou o vazamento de esgoto

³⁹ VIEIRA, Isabela. Quilombo ameaçado por ação judicial no Rio luta para manter atividades culturais. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 20 ago. 2016. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2016-08/quilombo-ameacado-por-acao-judicial-no-rio-luta-para-manter-atividades>. Acesso em: 15 jun. 2023.

⁴⁰ SANTOS, Antônio Bispo dos. Modos quilombolas. **PISEAGRAMA**, Belo Horizonte, n. 09, 2016. p. 58-65.

⁴¹ SANTILLI, Juliana. Os "novos" direitos socioambientais. **Revista Direito e Justiça**: Reflexões Sociojurídicas, Porto Alegre, ano 6, n. 9, p. 173-199, 2006.

sanitário para a comunidade, os deslocamentos de solo e uma série de riscos e danos aos quilombolas.

A atuação da Defensoria Pública foi crucial para dialogar com os condomínios e com o Poder Público, de modo a estabelecer acordo que possibilitou a solução dos graves problemas ocasionados, sem custos aos quilombolas.

Mas é importante notar que o Quilombo Sacopã, ao longo do tempo, resiste a diversas violações, sendo possível relacionar os episódios ocorridos ao racismo ambiental, conceito que se refere à forma como questões ambientais afetam de maneira desproporcional diferentes grupos étnicos e raciais, resultando em disparidades socioambientais.

Ocorre racismo ambiental quando comunidades são desproporcionalmente expostas a riscos ambientais, como poluição, contaminação da água, desmatamento, exposição a vazamento de esgotos sanitários, dentre outros fatores, enquanto têm menos acesso a benefícios ambientais, como áreas verdes, espaços de lazer e à qualidade de vida. Como bem define Virgínia Totti Guimarães, verifica-se no caso em comento:

uma forma de discriminação institucionalizada. A discriminação institucional é definida como 'ações ou práticas conduzidas pelos membros dos grupos (raciais ou étnicos) dominantes com impactos diferenciados e negativos para os membros dos grupos (raciais ou étnicos) subordinados'⁴².

Segundo Henri Acselrad⁴³, o termo racismo ambiental foi cunhado na década de 70 para designar a "imposição desproporcional – intencional ou não de rejeitos perigosos às comunidades de cor"⁴⁴. Acselrad emprega a ecologia política como um método para examinar a interação entre sociedade, meio ambiente e poder. A análise centra-se no impacto das disparidades sociais, particularmente as relativas a raça e a classe, na repartição desproporcional das consequências e perigos ambientais. Seus estudos destacam como certas comunidades são injustamente afetadas por projetos de desenvolvimento, como a instalação de indústrias poluentes ou a construção de infraestrutura em áreas de baixa renda.

Além disso, Acselrad⁴⁵ investiga a oposição e os desafios enfrentados por essas comunidades na luta contra a discriminação ambiental, esforçando-se para promover a justiça ambiental e a integração comunitária, o que ressalta a importância das regulamentações governamentais e de uma estratégia multidisciplinar no combate à injustiça ambiental e no estabelecimento de um ambiente mais justo e saudável.

A construção de empreendimentos de luxo, como condomínios e hotéis nos arredores dos quilombos, pode obrigar as comunidades a um deslocamento forçado, promovendo a perda de acesso a recursos naturais e até mesmo o enfraquecimento da identidade cultural.

⁴² GUIMARÃES, Virgínia Totti. Justiça ambiental do direito brasileiro: fundamentos constitucionais para combater as desigualdades ambientais. **Revista Teoria Jurídica Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 36-63, 2018.

⁴³ ACSELRAD, Henri. **O que é justiça ambiental?**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

⁴⁴ PINDERHUGHES, 1996 *apud* ACSELRAD, Henri. **O que é justiça ambiental?**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. p. 20 (tradução nossa).

⁴⁵ ACSELRAD, Henri. Justiça ambiental e construção social do risco. **Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente**, Paraná, n. 5, p. 49-60, jan./jun. 2002.

Relevante considerar que a ação ajuizada e as multas administrativas impostas ao Quilombo Sacopã, embora travestidas de legalidade, podem revelar racismo ambiental, que, nas lições de Virgínia Totti Guimarães⁴⁶, também pode ser configurado pelo “uso da legislação ambiental de modo mais rígido e intenso em relação a grupos tradicionalmente oprimidos na sociedade brasileira, como pobres, negros, comunidades tradicionais, povos indígenas, quilombolas”.

Ademais, é possível observar situações de injustiça e racismo ambiental pela flexibilização da aplicação da norma de acordo com os sujeitos ou localização geoespacial no caso concreto (duplo padrão). Segundo Virgínia Totti Guimarães⁴⁷, há uma flexibilização das regras voltadas para garantir um ambiente adequado, levando-se à configuração das chamadas “zonas de sacrifício”. Essas zonas são tipicamente habitadas por indivíduos de baixa renda e são destinadas à instalação de empresas e atividades, com significativas consequências sociais e ambientais.

As zonas de sacrifício muitas vezes não têm acesso a comodidades ambientais básicas, como ar e água limpos, levando a efeitos adversos à saúde, como doenças respiratórias e câncer. Além disso, essas zonas perpetuam o ciclo de pobreza e desigualdade, pois os moradores estão expostos a condições perigosas, enquanto as empresas que operam na área obtêm os benefícios da exploração dos territórios e da mão de obra barata.

Ademais, resíduos tóxicos, instalações industriais e outros riscos ambientais que ocorrem em bairros de baixa renda são exemplos de racismo ambiental. A destruição dos recursos naturais e dos patrimônios culturais podem ter efeitos devastadores no tecido social dessas comunidades, sendo medida essencial o reconhecimento e a abordagem da natureza sistêmica do racismo ambiental, com vistas a alcançar justiça ambiental para todos.

A noção de justiça ambiental originou-se das lutas dos movimentos sociais nos Estados Unidos; grupos étnicos marginalizados e indivíduos empobrecidos expressaram suas preocupações sobre serem submetidos a níveis mais elevados de riscos ambientais, como resultado de residir em locais próximos a resíduos químicos e radioativos ou fábricas que liberam poluentes nocivos. E foi definido por Robert Bullard⁴⁸:

[Justiça Ambiental – é a] busca do tratamento justo e do envolvimento significativo de todas as pessoas, independentemente de sua raça, cor, origem ou renda no que diz respeito à elaboração, desenvolvimento, implementação e reforço de políticas, leis e regulações ambientais. Por tratamento justo entenda-se que nenhum grupo de pessoas, incluindo-se aí grupos étnicos, raciais ou de classe, deva suportar uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas resultantes de operações industriais, comerciais e municipais, da execução de políticas e programas federais, estaduais, locais ou tribais, bem como das consequências resultantes da ausência ou omissão destas políticas.

⁴⁶ GUIMARÃES, Virgínia Totti. Justiça ambiental do direito brasileiro: fundamentos constitucionais para combater as desigualdades ambientais. **Revista Teoria Jurídica Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 36-63, 2018.

⁴⁷ GUIMARÃES, Virgínia Totti. Justiça ambiental do direito brasileiro: fundamentos constitucionais para combater as desigualdades ambientais. **Revista Teoria Jurídica Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 36-63, 2018.

⁴⁸ BULLARD, 1993 *apud* ACSELRAD, Henri. O que é justiça ambiental? Rio de Janeiro: Garamond, 2009. p. 16, (tradução nossa).

É premente e necessário promover justiça ambiental nos territórios quilombolas para salvaguardar os direitos ambientais e territoriais dessas comunidades, que estão frequentemente expostas a riscos ambientais resultantes de mineração, desmatamento, construção de barragens e outras formas de deterioração ecológica. Tais práticas afetam negativamente a saúde dos membros das comunidades, seus meios de sobrevivência e conservação de suas terras.

A justiça ambiental é crucial para garantir a proteção das comunidades quilombolas e seu modo de vida. Essas comunidades têm uma profunda conexão com os territórios e dependem dele para a sobrevivência.

A exploração dos recursos naturais por atores externos, muitas vezes, acarreta o deslocamento das comunidades, o que além de perturbar seu modo de vida, também ameaça a preservação de seu patrimônio cultural.

Nesse sentido, é imprescindível reconhecer a importância da justiça ambiental na proteção dos direitos das comunidades quilombolas e garantir que o direito à participação seja concretizado, em consonância com o previsto na OIT 169. Com efeito, decisões que afetam os territórios e meios de subsistência somente devem ocorrer mediante a consulta das comunidades, priorizando-se as suas necessidades, interesses e a promoção de práticas sustentáveis que respeitem seus saberes tradicionais.

Ressaltam-se entre as diretrizes que orientam a constituição das redes de justiça ambiental “políticas ambientais democraticamente instituídas-politização versus crença no mercado”⁴⁹. Os movimentos de justiça ambiental consideram a falta de regulamentação adequada sobre as principais entidades econômicas responsáveis pelos riscos ambientais a razão pela qual são capazes de atingir as comunidades mais vulneráveis como vítimas preferidas.

A fim de possibilitar a regulamentação e democratização dos processos decisórios, as comunidades e as organizações sociais de base devem ser informadas e ter o direito de consulta garantido de forma prévia, livre e informada, inclusive acerca dos riscos associados aos empreendimentos, projetos e políticas públicas elaboradas.

A atuação da Defensoria Pública⁵⁰, nesse sentido, pode ser decisiva para assegurar o direito à participação dos quilombolas e dos demais povos e comunidades tradicionais. Os órgãos de atuação com atribuição para tutela coletiva⁵¹ podem apoiar as comunidades na elaboração de protocolos de consulta, no sentido de estabelecerem procedimentos que visam assegurar o cumprimento do respeito à consulta prévia, livre

⁴⁹ ACSELRAD, Henri. Justiça ambiental e construção social do risco. **Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente**, Paraná, n. 5, p. 49-60, jan./jun. 2002. p. 29-30.

⁵⁰ Nos termos do art. 12 da OIT 169: “Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes” (BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. art. 12).

⁵¹ RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. Secretaria do Conselho Superior. **Deliberação CS/DPGE nº 125, de 20 de dezembro de 2017**. Dispõe sobre a estrutura, organização e atribuições dos órgãos que compõem o sistema integrado de tutela coletiva. Rio de Janeiro: DPGERJ, 2017; RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. Secretaria do Conselho Superior. **Deliberação CS/DPGE nº 157, de 21 de novembro de 2022**. Define a atribuição do Núcleo de Combate ao Racismo e à Discriminação Étnico-Racial (NUCORA), incluindo o atendimento dos Quilombolas na esfera coletiva no âmbito da capital e da Baixada Fluminense. Rio de Janeiro: DPGERJ, 2022.

e informada, indicando quem deve ser consultado, como a consulta deve ocorrer, os prazos que o Poder Público terá para realizar as comunicações e o modo da realização.

4. CONCLUSÃO

A luta pelo reconhecimento dos direitos e territórios quilombolas caminha lado a lado com a luta antirracista e decolonial – representando um vasto e complexo processo que necessita ser estudado por diversos campos da ciência, sob a ótica interdisciplinar.

Da análise das questões atinentes ao Quilombo Sacopã, verificam-se inúmeras violações, omissões e silenciamentos, aliados ao racismo estrutural e institucional. Deve-se romper os laços com o mito da democracia racial e garantir representação ao povo negro nos diálogos sociais e ambientais, denunciando a injustiça e o racismo ambiental.

A análise dos episódios envolvendo a comunidade Sacopã na era do antropoceno, sob a ótica do negroceno, permite repensar o impacto das atividades humanas sobre o meio ambiente, a partir da perspectiva daqueles que historicamente foram marginalizados e oprimidos, resistindo a séculos de exploração, tentativas de deslocamento, submissão a rigidez das normas.

A existência de um território quilombola no centro urbano mais valorizado economicamente do Rio de Janeiro alavanca a discussão sobre o racismo ambiental. O Quilombo Sacopã elucida bem os problemas enfrentados pelos quilombolas no Rio de Janeiro, revelando a injustiça ambiental perpetrada das mais variadas formas, o racismo ambiental e institucional, a rigidez da aplicação de normas urbanísticas, as tentativas de expulsão do território, bem como iniciativas que almejam proibir suas manifestações culturais.

Ademais, a constatação da ausência do debate da questão racial no contexto da injustiça ambiental enfrentada pelo Quilombo Sacopã revela o fracasso do Poder Público e da sociedade em reconhecer suas obrigações para com a população negra, quilombola, periférica e oprimida.

Nota-se, ainda, a seletividade e o racismo institucional, quando as instituições deveriam atuar para garantir equidade racial, mas contribuem para a perpetuação do racismo e de desigualdades, ao ignorar a cultura, os direitos quilombolas, bem como o patrimônio histórico e cultural que essas comunidades representam para toda a sociedade brasileira.

A concretização dos direitos assegurados aos quilombolas é um dever do Poder Público, das instituições e de toda a sociedade. A luta pelo respeito aos direitos consagrados aos quilombolas perpassa pela questão étnico-racial-histórica de pertencimento e ancestralidade.

Entretanto, em que pese a existência de direitos consagrados no plano interno e internacional, os quilombos continuam resistindo à opressão e lutando pela sobrevivência de suas memórias e pela permanência nos territórios, não só para os que lá ocupam, mas para as gerações futuras.

Nesse contexto, a Defensoria Pública tem a missão institucional de atuar na defesa desses grupos sociais vulneráveis, de forma a concretizar direitos consagrados, na esfera judicial e extrajudicial.

Assim, é possível que a Defensoria Pública atue de forma integrada com os órgãos responsáveis pelo processo de titulação dos territórios quilombolas: (i) para assegurar, pelas vias adequadas, o direito às manifestações culturais, o modo de viver; (ii) para resguardar a proteção ambiental nos territórios e no combate ao racismo ambiental; (iii) para assegurar o direito à vida, à saúde e à não discriminação; (iv) para incentivar a criação de políticas públicas que considerem as desigualdades sociais e econômicas; (v) para promover a educação em direitos; (vi) para incentivar o respeito às tradições, a valorização da cultura, o respeito ao modo de viver das comunidades tradicionais e de sua relação com o território, com o sagrado.

Destaca-se a necessidade de garantir a escuta ativa e a participação das comunidades quilombolas na análise dos impactos ambientais e na construção de possíveis modelos de interação com o meio ambiente, pela sua relação com o macrocosmo, e no reconhecimento do direito aos territórios, pela visão do microcosmo.

Nesse sentido, a Defensoria Pública é fundamental para apoiar o estabelecimento de protocolos de consulta, objetivando criar meios que viabilizem o respeito ao direito de participação, mediante consulta prévia, livre e informada.

A atuação da Defensoria Pública em prol do Quilombo Sacopã permite apontar a importância da Instituição para a concretização de direitos, na esfera extrajudicial e judicial. Sob a perspectiva da atuação extrajudicial, a atuação da Defensoria Pública foi indispensável para promover o diálogo entre os condomínios vizinhos e o Quilombo Sacopã, de maneira a viabilizar acordo que fizesse cessar o lançamento de dejetos e o escoamento indevido de águas no território quilombola.

Quanto à atuação judicial, a Defensoria Pública atuou na defesa da comunidade Sacopã, diante das tentativas dos condomínios vizinhos ao quilombo de executarem título judicial para proibição das manifestações culturais, tendo a Defensoria logrado êxito no pleito de arquivamento processual, considerando que os efeitos da sentença não poderiam alcançar toda a comunidade.

É necessário perceber, enquanto ainda há tempo, que os pouco mais de 6 mil m² de território não são valiosos apenas sob a perspectiva capitalista e da especulação imobiliária desmedida. O território quilombola situado nas proximidades da Lagoa, na Zona Sul do Rio, é caro para a ancestralidade, para a memória e cultura de todo povo escravizado, para a sociedade brasileira e para toda a humanidade.

Indubitavelmente, a Defensoria Pública deve ser a Instituição que, por um lado, atua na efetivação dos direitos quilombolas, garantindo o sonho de liberdade e igualdade e, por outro, deve contribuir para que as instituições e a sociedade atuem no combate ao racismo ambiental, de forma coordenada, privilegiando a proteção, o respeito e o combate às injustiças ambientais.

“Quando se fala em quilombola no Brasil meu sonho é liberdade. Gostaria que nós tivéssemos um reconhecimento de igualdade e liberdade” (Luiz Sacopã – Líder do Quilombo Sacopã)⁵².

⁵² COMO funciona o processo de registro de quilombos no Brasil. [S. l.: s. n.], 2015. 1 vídeo (3min). Publicado pelo Canal Futura. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZzaVCIFG2IE>. Acesso em: 4 set. 2023.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. Justiça ambiental e construção social do risco. **Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente**, Paraná, n. 5, p. 49-60, jan./jun. 2002.

ACSELRAD, Henri. **O que é justiça ambiental?**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ALMEIDA. Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Jandaíra, 2019.

AQUILOMBAR o antropoceno, contra-colonizar a ecologia. Confluências entre Malcom Ferdinand e Antônio. [S. l.: s. n.], 2023. 1 vídeo (106min20s). Publicado pelo canal uspfllch. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7RCuzE6b83k> Acesso em: 15 jun. 2023.

ASSOCIAÇÃO CULTURAL QUILOMBO DO SACOPÃ. A voz do Quilombo Sacopã: em defesa do direito à cidade. **Fundo Brasil**, São Paulo, c2022. Disponível em: <https://www.fundo-brasil.org.br/projeto/associacao-cultural-quilombo-do-sacopa-rio-de-janeiro/>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BANT, Astrid. ARTIGO: Quesito quilombola no Censo conecta Brasil aos compromissos ONU. **Nações Unidas**, Brasília, DF, 28 set. 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/201140-artigo-quesito-quilombola-no-censo-conecta-brasil-aos-compromissos-onu>. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003**. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, DF: Presidência da República, 2004.

BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 3 set. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Portaria nº 506, de 19 de setembro de 2014. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 182, p. 73, 22 set. 2014. Disponível em: https://cpisp.org.br/wp-content/uploads/2017/04/P_SacopaRJ2014.pdf. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3239**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Decreto nº 4.887/2003. Procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos [...]. Repte.: Democratas. Intdo.: Presidente da República. Relator(a): Min. Cezar Peluso, 8 fev. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2227157>. Acesso em: 2 set. 2023.

BULLARD, Robert D. (ed.). **Confronting environmental racism**: voices from the grass-roots. Boston: South End Press, 1993.

CARVALHO, Maria Letícia de Alvarenga (org.). **Comunidade Quilombola Sacopã**. Belo Horizonte: FAFICH, 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/incra/pt-br/assuntos/governanca-fundiaria/sacopa.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2023.

COLTRO, Fábio Luiz Zanardi; BORINELLI, Benilson. Antropoceno e capitaloceno: novas perspectivas, velhos combates. In: COSTA, Rogério Santos da; BORINELLI, Benilson (org.). **Estado e sustentabilidade**: múltiplas e contestadas faces. Palhoça: Ed. Unisul, 2020. p. 157-176. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/14994/5/cap_07.pdf. Acesso em: 15 jun. 2023.

COMO funciona o processo de registro de quilombos no Brasil. [S. l.: s. n.], 2015. 1 vídeo (3min). Publicado pelo Canal Futura. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Z-zaVCIFG2IE>. Acesso em: 4 set. 2023.

COORDENAÇÃO NACIONAL DE ARTICULAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS. Quilombo? Quem somos nós!. **CONAQ**, Brasília, DF, [2010]. Disponível em: <https://conaq.org.br/quem-somos/#:~:text=Os%20remanescentes%20de%20quilombo%20são,ser%20dada%20segundo%20critérios%20de>. Acesso em: 16 jun. 2023.

CORTE INTERAMERICADA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**. [San José]: Corte IDH, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 3 set. 2023.

DIAS, Vercilene Francisco. **Terra versus território**: uma análise jurídica dos conflitos agrários internos na comunidade quilombola Kalunga de Goiás. 2019. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) – Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário, Faculdade de Direito, Universidade de Goiás, Goiânia, 2019. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/9607>. Acesso em: 2 set. 2023.

GABRIEL, Ruan de Sousa. Em livro, filósofo francês explica por que as lutas ecológica e antirracista são indissociáveis. **O Globo**, São Paulo, 18 jul. 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/livros/noticia/2022/07/em-livro-filosofo-frances-explica-por-que-as-lutas-ecologica-e-antirracista-sao-indissociaveis.ghtml>. Acesso em: 15 jun. 2023.

GRANDA, Alana. Defensoria Pública do Rio pede suspensão de sentença contra quilombolas. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 25 jan. 2016. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-01/defensoria-publica-pede-suspensao-de-sentenca-contr-quilombolas-no-rio>. Acesso em: 15 jun. 2023.

HERBERT NETO, Helcio. A história de resistência de um quilombo no RJ. **Vice**, [s. l.], 07 abr. 2017. Disponível em: <https://www.vice.com/pt/article/wn9mxn/a-historia-de-resistencia-de-um-quilombo-no-rj>. Acesso em: 25 ago. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico 2022**: quilombolas: primeiros resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102016.pdf>. Acesso em: 4 set. 2023.

JAMES, Cyril Lionel Robert. **Os jacobinos negros**: Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos. Tradução: Afonso Teixeira Filho. 1. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2010.

MULHOLLAND, Caitlin; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. É para rir? A atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos casos envolvendo liberdade de expressão e racismo nos discursos humorísticos. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS, 24., 2015, Florianópolis. **Anais** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 337-356.

NASCIMENTO, Abdias. Quilombismo: um conceito emergente do processo histórico-cultural da população afro-brasileira. *In*: NASCIMENTO, Elisa Larkin (Org.). **Afrocentricidade**: uma abordagem epistemológica inovadora. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009. v. 4. p. 214-215.

PINDERHUGHES, Raquel. The Impact of Race on Environmental Quality: An Empirical And Theoretical Discussion. **Sociological Perspectives**, United States, v. 39, n. 2, p. 231-248, 1996.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma crítica Criminológica apreensível em pretuguês. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 25, v. 135, p. 541-562, 2017.

RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. Secretaria do Conselho Superior. **Deliberação CS/DPGE nº 125, de 20 de dezembro de 2017**. Dispõe sobre a estrutura, organização e atribuições dos órgãos que compõem o sistema integrado de tutela coletiva. Rio de Janeiro: DPGERJ, 2017.

RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. Secretaria do Conselho Superior. **Deliberação CS/DPGE nº 157, de 21 de novembro de 2022**. Define a atribuição do Núcleo de Combate ao Racismo e à Discriminação Étnico-Racial (NUCORA), incluindo o atendimento dos Quilombolas na esfera coletiva no âmbito da capital e da Baixada Fluminense. Rio de Janeiro: DPGERJ, 2022.

RIO DE JANEIRO (Município). **Lei Complementar Municipal n.º 111, de 1 fevereiro de 2011**. Dispõe sobre a Política Urbana e Ambiental do Município, institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Sustentável do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro: Câmara Municipal, 2011.

RJ: pressionados pela explosão imobiliária, a família Pinto preserva a Mata Atlântica e luta pelo reconhecimento do Quilombo do Sacopã, na cidade do Rio de Janeiro. *In*: FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. Mapa de conflitos: injustiça ambiental e saúde no Brasil. **Mapa de Conflito**, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: [https://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/rj-pressionados-pela-explosao-imobiliaria-a-familia-pinto-preserva-a-mata-atlantica-e-luta-pelo-reconhecimento-do-quilombo-do-sacopa-na-cidade-do-rio-de-janeiro/#:~:text=Também%20em%202008%20o%20INCRA,área%20com%2022%20edifícios%20residenciais](https://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/rj-pressionados-pela-explosao-imobiliaria-a-familia-pinto-preserva-a-mata-atlantica-e-luta-pelo-reconhecimento-do-quilombo-do-sacopa-na-cidade-do-rio-de-janeiro/#:~:text=Também%20em%202008%20o%20INCRA,área%20com%2022%20edifícios%20residenciais.). Acesso em: 16 jun. 2023.

SANTILLI, Juliana. Os “novos” direitos socioambientais. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**, Porto Alegre, ano 6, n. 9, p. 173-199, 2006.

SANTOS, Antônio Bispo dos. **Colonização, quilombos**: modos e significados. Brasília, DF: INCTI/UnB: CNPq, 2015. Disponível em: https://repi.ufsc.br/sites/default/files/BISPO-Antonio-Colonizacao_Quilombos_Modos_e_Significados.pdf. Acesso em: 15 jun. 2023.

SANTOS, Antônio Bispo dos. Modos quilombolas. **PISEAGRAMA**, Belo Horizonte, n. 09, p. 58-65, 2016.

SOUZA, Matheus. Menos de 7% dos territórios quilombolas reconhecidos têm títulos de propriedade. **Jornal da USP**, São Paulo, 14 ago. 2019. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-humanas/menos-de-7-territorios-quilombolas-reconhecidos-tem-titulo-de-propriedade/>. Acesso em: 17 jun. 2023.

VIEIRA, Isabela. Quilombo ameaçado por ação judicial no Rio luta para manter atividades culturais. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 20 ago. 2016. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-08/quilombo-ameacado-por-acao-judicial-no-rio-luta-para-manter-atividades>. Acesso em: 15 jun. 2023.

VIOLA, Eduardo; BASSO, Larissa. O sistema internacional no antropoceno. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 31, n. 92, p. 1-18, out. 2016.

YAMADA, Erika M.; OLIVEIRA, Lúcia Alberta Andrade de (Org.). **A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta livre, prévia e informada**. Brasília, DF: Funai/GIZ, 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/arquivos/conteudo/ascom/2014/doc/11-nov/convencao-169.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2023.

O ESTADO DE EXCEÇÃO AGAMBENIANO E SUA INCIDÊNCIA NA SUSPENSÃO DAS OPERAÇÕES POLICIAIS NA ADPF DAS FAVELAS

THE AGAMBENIAN STATE OF EXCEPTION AND ITS IMPACT ON THE SUSPENSION OF POLICE OPERATIONS IN THE ADPF DAS FAVELAS

Daniel Lozoya Constant Lopes

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro
Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF)

Resumo: O artigo retoma a abordagem no sentido de evidenciar a incidência da categoria agambiana do estado de exceção na segurança pública do Rio de Janeiro. Mais especificamente, tratar-se-á da aplicação do estado de exceção no âmbito da ADPF 635, mais conhecida como ADPF das Favelas, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, no que concerne à medida cautelar de suspensão das operações policiais nas comunidades durante a pandemia, salvo em casos absolutamente excepcionais. Analisa-se a interpretação conferida à decisão judicial por parte das autoridades de segurança pública no Rio de Janeiro, que vem ao encontro do estado de exceção de Agamben, ilustrando como este se tornou um paradigma de governo, com o agravante, neste caso, do descumprimento da decisão e o desafio à autoridade da Suprema Corte.

Palavras-chave: Giorgio Agamben; estado de exceção; segurança pública; Rio de Janeiro.

Abstract: The article resumes the approach in order to highlight the incidence of the Agambian category of the state of exception in public security in Rio de Janeiro. More specifically, it will be the application of the state of exception within the scope of ADPF 635, better known as ADPF das Favelas, pending before the Federal Supreme Court, with regard to the precautionary measure suspending police operations in communities during the pandemic, except in absolutely exceptional cases. The interpretation given to the judicial decision by public security authorities in Rio de Janeiro is analyzed, which is in line with Agamben's state of exception, illustrating how this has become a government paradigm, with the aggravating factor, in this case, of non-compliance with the decision and the challenge to the authority of the Supreme Court.

Keywords: Giorgio Agamben; state of exception; public security; Rio de Janeiro.

1. INTRODUÇÃO

Não é inovação a abordagem à luz da categoria agambeniana do estado de exceção da política de segurança pública no Rio de Janeiro. Nesse sentido, cumpre

destacar os trabalhos de Taiguara Souza¹, Roberta Pedrinha² e Orlando Zaccone³, dentre outros⁴, que analisam a pertinência da teorização de Giorgio Agamben às práticas das agências de segurança pública do Rio de Janeiro. Quer seja pelo enfoque de como a exacerbada letalidade policial ilustra o poder soberano exercido sobre as vidas nuas, quer seja como a suspensão de direitos nas favelas e nas comunidades periféricas torna-se um paradigma de governo.

Neste trabalho, retomando o estado de exceção como chave interpretativa, foca-se na sua aplicação na interpretação conferida por autoridades da segurança pública à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 635, mais conhecida como “ADPF das Favelas”. Mais especificamente, analisa-se como a perda progressiva da eficácia da decisão do STF de determinar a suspensão das operações policiais durante a pandemia, salvo em casos absolutamente excepcionais, amolda-se à teoria do estado de exceção.

Esta ação constitucional postula o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional na segurança pública do Rio de Janeiro e formula uma série de pedidos para superação desse estado de coisas, entre os quais, o cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Favela Nova Brasília⁵, no ano de 2017, que condenou o Estado brasileiro a elaborar um plano de redução de letalidade com prazos e metas, mas que segue sendo descumprida.

Ademais, foi pleiteada perante o STF uma tutela provisória incidental diante da exacerbada letalidade policial, no sentido de se determinar a suspensão das operações policiais durante a pandemia, salvo em casos absolutamente excepcionais. A medida cautelar foi deferida pelo relator, ministro Edson Fachin, e referendada pelo colegiado.

No entanto, após alguns meses de redução drástica das mortes provocadas pela polícia diante da suspensão das operações policiais nas favelas, demonstrando, assim, a forte correlação entre estas e a letalidade, mudanças no governo implicaram em uma interpretação da decisão no sentido de que a situação do Rio de Janeiro seria excepcional, portanto, todas as operações policiais se enquadrariam no conceito de excepcionalidade. Dessa forma, não haveria descumprimento da decisão judicial que determinou a suspensão. Eis uma ilustração muito simbólica de como a exceção tornou-se a regra na política de segurança pública. Com um agravante, nesse caso, do desrespeito à decisão e à autoridade da Suprema Corte por parte das autoridades policiais, governamentais

¹ SOUZA, Taiguara Libano Soares e. **Constituição, segurança pública e estado de exceção permanente**: a biopolítica dos autos de resistência. 2010. 222 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/18771/18771_1.PDF. Acesso em: 25 set. 2023.

² PEDRINHA, Roberta Duboc. Análise da gestão de segurança pública no Rio de Janeiro à luz de Agamben. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 7, n. 12, p. 243-274, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/46>. Acesso em: 27. set. 2023.

³ ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida**: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

⁴ FELITTE, Almir Valente. **História da polícia no Brasil**: estado de exceção permanente? São Paulo: Autonomia Literária, 2023; SOUZA, Luís Antônio Francisco de; SERRA, Carlos Henrique Aguiar. Quando o Estado de exceção se torna permanente: reflexões sobre a militarização da segurança pública no Brasil. **Tempo Social**, São Paulo, v. 32, n. 2. p. 205-227, 2020. DOI: <https://doi.org/10.11606/0103-2070.ts.2020.158668>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/158668>. Acesso em: 25 set. 2023.

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. [San José]: Corte IDH, [2017].

e do Ministério Público – que detêm o dever constitucional de exercer o controle da atividade policial – e, novamente, se quedam omissos.

2. O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO PARADIGMA DE GOVERNO DA SEGURANÇA PÚBLICA

Roberta Pedrinha analisa a gestão da segurança pública no Rio de Janeiro à luz dos conceitos trabalhados por Agamben, tais como, o *homo sacer*, a vida nua, ou seja, aquela vida absolutamente matável, a pessoa posta para fora da jurisdição. A vida matável constitui o conteúdo do poder soberano, o poder de *imperium*. Assim, a figura do soberano é correlata à do *homo sacer*⁶. A licitude da matança significa que a violência não constitui sacrilégio. Reflete como o modelo de segurança pública, no período analisado (2007-2010), a partir do poder de decisão do governo, que permite matar mesmo sem pena de morte oficializada no país e fora das hipóteses legais de exclusão da ilicitude.

Assim, verifica-se a nova soberania da biopolítica como um novo paradigma, a biopolítica converte-se em tanatopolítica, que se movimenta por setores da vida social, “naquelas ditas vidas indignas de serem vividas”⁷, as quais não recebem pena e nem direito. Nas palavras de Pedrinha:

No modelo de política de segurança pública adotado no Estado do Rio de Janeiro, a violência institucional impingida nas comunidades periféricas não se funda em nenhum pacto, mas na inclusão exclusiva da vida nua do estado, da vida matável e insacrificável do *homo sacer*, que habita esses espaços. Assim, vive-se a cena macabra dos corpos mutilados, ou das consciências livres mutiladas, dos gritos de revolta sufocados – já que o povo deve ser mantido anestesiado. É a barbárie dos governantes letíferos em face do *homo sacer*⁸.

A autora rememora que a questão-chave na compreensão do poder soberano está na máxima de Carl Schmitt, segundo o qual “soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”⁹. Para Schmitt, o estado de exceção expressa um limite próprio ao direito. A exceção – suspensão do direito pelo próprio direito – pode ser decretada pela decisão do soberano. A exceção, dessa maneira, é extrajurídica. Portanto, o soberano está ao mesmo tempo dentro e fora do ordenamento jurídico. O estado de exceção, dessa forma, se configura como uma zona cinzenta entre o político e o jurídico, entre a norma e o vivente.

Para Agamben, essa natureza híbrida do direito parece lhe ser constitutiva. O estado de exceção consubstancia-se numa tendência incorrigível do Estado moderno

⁶ PEDRINHA, Roberta Duboc. Análise da gestão de segurança pública no Rio de Janeiro à luz de Agamben. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 7, n. 12, p. 243-274, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/46>. Acesso em: 27 out. 2023.

⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 128.

⁸ PEDRINHA, Roberta Duboc. Análise da gestão de segurança pública no Rio de Janeiro à luz de Agamben. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 7, n. 12, p. 243-274, jan./jun. 2015. p. 253. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/46>. Acesso em: 27 out. 2023.

⁹ SCHMITT, Carl. **Political theology**. Chicago: The University of Chicago, 1985. p. 1. (Tradução nossa).

em fazer da exceção regra, sobretudo na forma da suspensão recorrente da norma jurídica. Para Agamben, é impossível pensar a exceção fora do direito, pois esta não é nem interior e nem exterior, localiza-se em uma zona de indiferença entre ambos¹⁰. A norma e sua exceção são elementos constitutivos intrínsecos ao direito. O autor afirma que “o estado de exceção moderno é uma criação da tradição democrático-revolucionária e não da tradição absolutista”¹¹. Ele chega à conclusão de que, em face do desenfreio avanço da “guerra civil mundial”¹², o estado de exceção tende a se afirmar como o paradigma de governo hegemônico na política contemporânea, mesmo nos regimes ditos democráticos. Essa transmissão de uma medida provisória e excepcional para uma técnica permanente de governo apresenta-se como um grau de indeterminação entre democracia e absolutismo¹³. Nas palavras de Agamben, “desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive nos ditos democráticos”¹⁴. O fato novo, segundo Agamben, não é a inclusão da vida nos cálculos do poder, mas a coincidência do espaço da vida nua com o espaço do político; a exceção se torna regra, enquanto direito e fato entram em uma zona de indeterminação.

Nas palavras de Pedrinha:

o estado de exceção permanente consubstancia-se na realidade vivenciada por imensos contingentes populacionais das periferias do Rio de Janeiro, onde a suspensão da ordem jurídica passa a ser encarada com a naturalidade de tornar-se regra, em prol de um modelo de segurança pública beligerante¹⁵.

Walter Benjamin, ao analisar a origem do direito na violência, considera que o direito tanto é instituído quanto mantido pelo poder, enquanto manifestações de violência. Assim, compreende a Polícia como uma instituição privilegiada de expressão dessa mesma violência que está na raiz do Estado moderno¹⁶. A instituição policial seria o aparato estatal último garantidor do estado de exceção. Desse modo, pode-se compreender por que, para a polícia, o povo sempre foi tido como inimigo a controlar, normalmente identificado nas classes subalternas. Assim, a afirmação de Benjamin de que “o estado de exceção para os oprimidos é a regra”¹⁷ torna-se uma profecia anunciada da história.

¹⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: homo sacer II, I. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. (Estado de sítio).

¹¹ *Ibid.*, p. 16.

¹² AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 13.

¹³ *Ibid.*, p. 13.

¹⁴ AGAMBEN, Giorgio, *op. cit.*, p. 14.

¹⁵ PEDRINHA, Roberta Duboc. Análise da gestão de segurança pública no Rio de Janeiro à luz de Agamben. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 7, n. 12, p. 243-274, jan./jun. 2015. p. 259. Disponível em: <https://revistajusticaesistema-criminal.fae.edu/direito/article/view/46>. Acesso em: 27 out. 2023.

¹⁶ BENJAMIN, Walter. Crítica da violência: crítica do poder. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, v. 2, n. 21, fev. 2003. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/46277>. Acesso em: 22 ago. 2022.

¹⁷ BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política**: ensaios sobre a literatura e história da cultura. São Paulo: Brasiliense, 1994. (Obras escolhidas, v. 1.).

Para Taiguara de Souza, a utilização da categoria agambeniana para pensar o Brasil exige adequar as lentes, antropofagizar a teoria do estado de exceção. Uma análise detida sobre a realidade de países periféricos demonstra perceptíveis especificidades que permeiam o excepcionalismo: o colonialismo.

Segundo o autor:

O padrão bélico da segurança pública fluminense estabelece um contexto que se coaduna com o conceito de Estado de exceção esboçado por Agamben, no entanto, cabendo observar uma importante especificidade: a política de segurança pautada no extermínio não é antecedida de nenhum decreto de “plenos poderes” para autorização da suspensão de direitos fundamentais. Na política de segurança beligerante do Estado do Rio de Janeiro não é a constituição formal que autoriza a suspensão e violação de direitos fundamentais, mas a constituição material biopolítica. Desta forma, a peculiaridade encontra-se no fato de que o Estado de exceção não necessita de positivação. Trata-se de um Estado de exceção difuso, não-normado – um Estado de exceção de fato, e não de direito¹⁸.

Assim, a exceção presente na política de segurança do permanente combate recai na concepção de superioridade constitutiva do *nomos* sobre a lei, do direito material sobre o direito formal. Na lição de Agamben, “o *nomos* em sentido originário é o puro imediatismo de uma força jurídica não mediada pela lei”¹⁹.

A este respeito, vale conferir o pensamento de Agamben, que ao citar Schmitt afirma que questões como “bom costume”, “segurança e ordem pública” e “estado de perigo” não remetem a uma norma, mas a uma situação penetrando invasivamente na norma, esta, desta forma, já se torna então obsoleta²⁰. Sob ação dessas cláusulas todos os conceitos jurídicos se indeterminam. Muito do que se passa no atual contexto de perigosismo na segurança pública fluminense pode ser mais bem compreendido a partir desta leitura. O Estado de exceção mais do que um instituto do direito positivo, é uma prática de governo, uma governamentalidade no conceito foucaultiano. Agamben salienta ainda como o paradigma da segurança permite a manifestação material da exceção, “conforme uma tendência em ato em todas as democracias ocidentais, a declaração do Estado de exceção é progressivamente substituída por uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo”²¹. Na ponta de lança do monopólio da coerção “legítima”, o policial em sua margem de discricionariedade tem a capacidade de decisão soberana para decretar o Estado de exceção, de inserir a vida nua nos cálculos do poder.

Mbembe, seguindo termos foucaultianos, aponta que o racismo é acima de tudo uma tecnologia destinada a permitir o exercício do biopoder, “este velho direito soberano de matar”. Assim, a função do racismo é regular a distribuição da morte e

¹⁸ SOUZA, Taiguara Libano Soares e. **Constituição, segurança pública e estado de exceção permanente**: a biopolítica dos autos de resistência. 2010. 222p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/18771/18771_1.PDF. p. 140.

¹⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 39.

²⁰ SCHMITT *apud* AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: homo sacer II, I. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. (Estado de sítio). p. 179.

²¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: homo sacer II, I. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. (Estado de sítio). p.27-28.

tornar possíveis as funções assassinas do Estado, essa é a “condição para aceitabilidade do fazer morrer”²². Segundo o autor, na prática e no imaginário político europeu, a colônia representa o lugar em que a soberania consiste fundamentalmente no exercício de um poder à margem da lei (*ab legibus solutus*) e no qual a “paz” tende a assumir o rosto de uma “guerra sem fim”²³. As colônias são zonas por excelência em que os controles e as garantias de ordem judicial podem ser suspensos. O autor propõe a noção de necropolítica e necropoder para dar conta das várias maneiras pelas quais, no mundo contemporâneo, vastas populações são submetidas a condições de vida que conferem o estatuto de “mortos-vivos”.

3. A ADPF 635 (A “ADPF DAS FAVELAS”) E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA PÚBLICA NO RIO DE JANEIRO

O Supremo Tribunal reconheceu, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 635-RJ – mais conhecida como “ADPF das Favelas” –, o estado de coisas inconstitucional decorrente da política de segurança pública do Rio de Janeiro, caracterizado pela presença dos requisitos: (i) violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas; e (ii) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia desses direitos; entre outros.

É oportuno trazer a lume alguns dados que jogam luz sobre a dimensão da violência de Estado no Rio de Janeiro. Não se trata apenas de violência policial, todas as instituições do Estado têm corresponsabilidade por este estado de coisas. A gravidade da situação resultou inclusive na condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no caso Favela Nova Brasília²⁴. A propósito, convém observar que, neste e em todos os outros casos submetidos à jurisdição da Corte IDH, o Estado brasileiro foi condenado por violação dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, é dizer: desrespeito dos direitos convencionais às garantias do devido processo e à proteção judicial. Nesse sentido, destaca-se a corresponsabilidade do sistema de justiça pela perpetuação desse estado de coisas.

Em seu relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) manifestou “imensa preocupação” com o fato de que parte significativa e crescente da violência letal no Brasil é causada pela ação de agentes estatais. E mais: ressaltou a potencial caracterização da responsabilidade internacional do Estado quanto à prática de crimes de lesa-humanidade, em razão da violência perpetrada em desfavor de grupos específicos como afrodescendentes e pessoas em situação de pobreza, em razão do uso sistemático, contínuo e massivo de execuções extrajudiciais com participação de forças de segurança. Confira-se:

²² MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. São Paulo: N-1 Edições, 2011. p. 18.

²³ *Ibid.*, p. 32.

²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**: sentença de 16 de fevereiro de 2017. San José: Corte IDH, [2017].

A Comissão Interamericana afirma que esses assassinatos não podem ser considerados atos isolados de violência, mas sim um processo sistemático e generalizado conduzido por instituições de segurança e órgãos judiciais do Estado direcionados a exterminar pessoas afrodescendentes com requintes de extrema crueldade. Isso, na opinião da CIDH, poderia se aproximar, perigosamente, de processos que buscam extinguir, no todo ou em parte, as pessoas dessa origem étnico-racial²⁵.

A CIDH está a falar, pela primeira vez e expressamente, da possibilidade de caracterização de responsabilidade internacional do Estado brasileiro por crimes contra a humanidade, como o genocídio.

A Comissão Interamericana observa, em seu relatório de visita ao país, que o Brasil não logrou transformar estruturalmente as instituições de segurança pública após a transição para a democracia. O paradigma da Segurança Cidadã²⁶ – uma política pública de segurança centrada na proteção dos direitos humanos – é uma abordagem ainda distante e incompatível com as diretrizes políticas e as práticas arraigadas das agências do sistema de segurança pública e do sistema de justiça criminal. A militarização da segurança pública é a opção diametralmente oposta, tão persistente quanto incompatível com o paradigma da Segurança Cidadã.

E o Rio de Janeiro é o epicentro da violência policial no país, como bem definiu a *Human Rights Watch*, posto que 40% das vitimizações por policiais em todo o Brasil ocorreram no Rio de Janeiro²⁷. Alguns dados dão a dimensão da gravidade do que se está a falar. Em 2018, a taxa de mortos pela polícia no Rio de Janeiro (9 a cada 100 mil habitantes) foi cerca de 5 vezes a taxa de mortes provocadas pela polícia em São Paulo (2 a cada 100 mil)²⁸. Somente no 1º semestre de 2019, as polícias do Rio de Janeiro mataram 1.075 pessoas – o dobro de mortes cometidas, nesse mesmo período, pelas polícias dos Estados Unidos, que possui uma população 19 vezes maior do que o Estado do Rio Janeiro²⁹. Somente no 1º trimestre de 2020 o número de pessoas mortas pelas Polícias do RJ superou o número oficial de pessoas mortas e desaparecidas na ditadura militar. Em 3 meses, matou-se mais do que nos 21 anos de regime ditatorial. E esses números vêm num crescendo assustador. De 2013 a 2019, a quantidade de pessoas mortas pelo Estado, por ano, mais do que quadruplicou: passando de 416 para 1.810, segundo dados oficiais do Instituto de Segurança Pública (ISP). O peso das mortes praticadas por policiais no total dos homicídios dolosos passou de 9% em 2013 para 35% em 2019. Fala-se, assim, no fenômeno da estatização de homicídios, diante

²⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**. [Washington, DC]: CIDH, 2021. p. 23. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 12 de fevereiro de 2021.

²⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos**. [Washington, DC]: CIDH, 2009.

²⁷ RJ é o 'epicentro do problema da violência policial' no país, diz Human Rights Watch. **G1**, Rio de Janeiro, 17 out. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/10/17/rj-e-o-epicentro-do-problema-da-violencia-policial-no-pais-diz-humans-right-watch.ghtml>. Acesso em: 08 set. 2023.

²⁸ NOGUEIRA, Italo. Polícia do RJ supera criminosos paulistas em taxa de mortes. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 jan. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/01/policia-do-rj-supera-criminosos-paulistas-em-taxa-de-mortes.shtml>. Acesso em: 27 out. 2023.

²⁹ MAZZA, Luigi; ROSSI, Amanda; BUONO, Renato. A polícia que mais mata. **Piauí**, São Paulo, 26 ago. 2019. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/policia-que-mais-mata/>. Acesso em: 27 out. 2023.

da crescente e enorme parcela de responsabilidade estatal pela privação da vida³⁰. A polícia transforma-se, assim, em agente propulsor da violência letal, de modo que não é possível uma proteção efetiva do direito à vida sem controle da polícia. Mas essa violência não é aleatória, mas extremamente desigual. E toda essa matança tem alvo preferencial: 86% dos mortos por policiais em 2019 eram pessoas negras.

A Constituição de 1988 é o marco histórico da redemocratização do país, consagrando amplo catálogo de direitos fundamentais, fortalecendo as instituições do sistema de justiça, a proteção da infância, do meio-ambiente e dos povos indígenas e populações tradicionais, com objetivo de construir uma sociedade livre, justa e fraterna. Sem dúvida, impulsionou importantes transformações sociais e até mesmo a estabilidade institucional do período mais longo da democracia no país.

No entanto, a “transição por transação” que marcou a passagem da ditadura foi caracterizada por uma série de concessões e retenções de poder por parte dos militares³¹.

Nesse sentido, no que concerne à segurança pública e às forças armadas, a ordem constitucional inaugurada em 1988 é marcada por continuidades históricas, deixando de romper com o legado autoritário dos “anos de chumbo”, fruto do equilíbrio da correlação de forças políticas no processo constituinte.

Permaneceram inalteradas a arquitetura institucional da segurança pública, as estruturas organizacionais das polícias, bem como sua cultura corporativa policial: seus valores, comportamentos, visões de mundo e leituras da história, que vêm antes mesmo do golpe de 1964, mas que foram recrudescidas pelo Ato Institucional nº 5 em 1968. Ainda assim, manteve-se pós-1988 impermeável ao estado de direito, isolando-se num enclave institucional infenso aos valores democráticos e ao controle civil.

Uma das expressões mais nítidas da contradição entre os objetivos almejados pela Constituição e a iniquidade profunda da sociedade brasileira são as operações policiais em favelas cariocas e o domínio miliciano na Baixada Fluminense, em bairros populares da capital e, cada vez mais, em outras regiões do estado do Rio de Janeiro.

A rotinização das operações policiais é o principal fator para o aumento da letalidade policial observado nos últimos anos.

Quando falamos em operações policiais nas favelas é importante ilustrar, especialmente para quem não é do Rio de Janeiro, do que se trata. É corrente o emprego da expressão “incursão” para designar as operações policiais nas comunidades. No dicionário, significa “a penetração súbita; ataque; investida; invasão do território inimigo”. Na prática, moradores de favela são vistos como a população civil do exército inimigo. “Caveirões” como são conhecidos os veículos blindados; ou “caveirões aéreos” como são conhecidos os voos rasantes de helicópteros em locais densamente habitados, de onde são efetuados disparos de fuzil, ao tempo que se deslocam em alta velocidade e em manobras arriscadas; a deflagração de tiroteios, às vezes, por horas, provocando a suspensão de aulas e interrupção do funcionamento de equipamentos e serviços de saúde; a paralisação das atividades cotidianas, impedindo o direito de ir e vir; as

³⁰ BRIDI, Sonia; ALBERTI, James; REOLOM, Mônica. Em 2019, uma em cada três pessoas assassinadas no Rio de Janeiro foi morta por policiais. **G1**, [s.l.], 19 jan. 2020. Fantástico. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/01/19/em-2019-uma-em-cada-tres-pessoas-assassinadas-no-rio-de-janeiro-foi-morta-por-policiais.ghtml>. Acesso em: 27 out. 2023.

³¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

invasões de domicílio generalizadas; e vitimizações por “balas perdidas” ou mesmo execuções extrajudiciais. As mortes de pessoas de difícil criminalização – tais como: uma criança uniformizada a caminho da escola (como *Marcus Vinicius na Maré*)³², ou uma criança dentro da escola (como a *Maria Eduarda, em Acari*)³³, ou uma criança com a mãe no transporte a caminho de casa (como *Agatha, no Alemão*), ou um menino com seus primos e amigos fuzilado dentro na própria casa (como o *João Pedro, em São Gonçalo*)³⁴ ou de crianças que ainda não nasceram (como o filho de *Mayara, na Maré*, que estava grávida)³⁵ – são chamados por representantes do Estado de “**dano colateral**”. Dano colateral é como se chama a política que assente em matar crianças. Evidente que somente na favela tais mortes são tidas por *previsíveis e admissíveis*. Ou alguém aceitaria a morte de uma criança provocada por ação policial fosse considerada como *dano colateral* no Leblon? Evidentemente que não. Quando se trata de um jovem, sequer é preciso algum esforço argumentativo, toda a carga de estigmatização social e racismo já legitima automaticamente essa morte.

Trata-se da face mais brutal, nua e crua do racismo institucional.

O discurso de guerra serve de camuflagem para o caráter racista e discriminatório que estrutura uma política centrada em incursões policiais nas favelas. A desumanização e subalternização com que são tratadas as vidas dos moradores de favela, como *subcidadãos*, ou *cidadãos de segunda categoria*, evidencia isso.

Uma esperança surgiu na luta por contenção da barbárie com a ADPF 635 (também conhecida como ADPF das Favelas), destacadamente com a decisão histórica e corajosa do Ministro Edson Fachin, referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no sentido de suspender as operações policiais nas comunidades durante a pandemia.

Os números são impressionantes. Os efeitos altamente positivos merecem destaque e análise, por proporcionar a oportunidade de desvelar a total ineficácia do modelo de segurança pública pautado em incursões policiais nas favelas. Os estudos já demonstravam a falácia: o aumento da letalidade não está relacionado com a redução de indicadores criminais. No entanto, a decisão do STF revelou ainda mais: mais operações, mais letalidade; e mais operações não reduzem indicadores criminais.

Os efeitos da suspensão das operações policiais para preservação de vidas e a garantia de direitos foram absolutamente contundentes. Os dados do Instituto de Segurança Pública (ISP) do Rio de Janeiro apontam uma queda vertiginosa das mortes decorrentes de intervenção policial entre junho e setembro desse ano. Em junho, logo após a decisão monocrática de suspensão das operações, o número de pessoas mortas pela polícia caiu espantosos 77%, quando comparados ao mesmo mês de 2019. A

³² BETIM, Felipe. Mãe de jovem morto no Rio: é um Estado doente que mata criança com roupa de escola. **El País**, Rio de Janeiro, 25 jul. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/22/politica/1529618951_552574.html. Acesso em: 27 out. 2023.

³³ BENEDITO, Luana. Estudante é morta dentro da escola em Acari. **O Dia**, Rio de Janeiro, 30 mar. 2017. Disponível em: <https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-03-30/estudante-e-morta-dentro-de-escola-em-acari.html>. Acesso em: 27 out. 23.

³⁴ COELHO, Henrique; JÚNIOR, Eudes; PEIXOTO, Guilherme. Menino de 14 anos morre durante operação das polícias Federal e Civil no Complexo do Salgueiro. **G1**, Rio de Janeiro, 19 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/05/19/menino-de-14-anos-e-baleado-durante-operacao-no-complexo-do-salgueiro-rj.ghtml>. Acesso em: 27 out. 2023.

³⁵ LEMOS, Marcela. Grávida é baleada em operação no Complexo da Maré e perde o bebê. **UOL**, [s./l.], 20 out. 2020. Cotidiano. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/10/28/gravida-e-baleada-em-operacao-no-complexo-da-mare-e-esta-em-estado-grave.htm>. Acesso em: 27 out. 2023.

queda expressiva verificou-se também nos meses subsequentes – foram menos 74% em julho, 71% em agosto, e 66% em setembro, ainda segundo os dados do ISP³⁶. Ademais, a média de mortes por intervenção de agente do Estado – de 148,8 vidas ceifadas por mês, entre janeiro e maio – caiu para 46,5 no intervalo entre junho e setembro, sem que houvesse aumento dos índices relativos à prática de crimes como homicídios dolosos e roubos³⁷.

Correlacionado com a diminuição da quantidade de operações policiais em favelas (-78%) estão a redução de feridos em operações policiais (-50%) e de **tiroteios** no entorno de unidades de saúde (-82%) no 1º mês de vigência da Medida Cautelar, segundo dados do Grupo de Estudos Novos Ilegalismos da Universidade Federal Fluminense (GENI/UFF)³⁸. Outro dado no referido relatório que merece atenção é a diminuição da vitimização policial. As operações policiais são comprovadamente ineficazes para o controle do crime e indutoras do aumento das mortes. Essa é a evidência das pesquisas.

Entre janeiro e maio de 2020, as polícias fluminenses mataram, em média, 148 pessoas por mês. Entre os meses de junho e setembro do mesmo ano, após a decisão de suspensão das operações policiais durante a pandemia, a média de pessoas mortas caiu para 47 a cada mês. Nos primeiros 4 meses de vigência da Medida Cautelar, portanto, uma média de 100 vidas poupadas por mês. Foi responsável pela interrupção do crescimento de letalidade que vem ocorrendo desde 2014, provocando uma redução de 34% dos homicídios decorrentes de intervenção estatal em comparação com o ano anterior.

Nessa direção, a ADPF das Favelas formula vários pedidos – tais como, a presença de câmeras corporais e nas viaturas –, boa parte deles já deferidos em sede de medida cautelar, que objetivam a transformação desse *estado de coisas inconstitucional*, e, por demandarem mudanças estruturais em práticas arraigadas nas polícias e no sistema de justiça, para serem bem-sucedidas, dependem de coordenação do STF e monitoramento prolongado.

O que se cuida na ADPF das Favelas, em última instância, não é apenas a violência policial no Rio de Janeiro. A superação desse estado de coisas é condição de possibilidade de realização do projeto constitucional-democrático no Brasil. Não à toa o Ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, declarou que a ADPF das Favelas é a decisão “mais importante da história do Supremo Tribunal Federal, para a preservação dos direitos humanos, nomeadamente o direito à vida de milhares de pessoas”³⁹.

³⁶ Cf. MORTE por intervenção de agente do Estado. In: Instituto de Segurança Pública (RJ). **ISP Dados**: visualização. Rio de Janeiro, [2023]. Disponível em: <https://www.ispvisualizacao.rj.gov.br/>. Acesso em: 23 jul. 2023.

³⁷ Cf. PAULUZE, Thaiza; BARBON, Júlia. Queda de operações sem alta de crimes ressuscita críticas a modelo de segurança do Rio. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 07 nov. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/11/queda-de-operacoes-sem-alta-de-crimes-ressuscita-criticas-a-modelo-de-seguranca-do-rio.shtml?utm_source=whatsapp&origin=folha. Acesso em: 27 out. 2023.

³⁸ UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE. Grupo de Estudos Novos Ilegalismos. **Operações policiais e violência letal no Rio de Janeiro**: os impactos da ADPF 635 na defesa da vida. Rio de Janeiro: GENI/UFF, 2021. Relatório de pesquisa. Disponível em: http://geni.uff.br/wp-content/uploads/sites/357/2021/04/Relatorio-audiencia_balanco_final_22_03_2021-1.pdf. Acesso em: 23 jul. 2023.

³⁹ CRUZ, Rogério Schietti. A ADPF 635 e a transmutação das práticas autoritárias. **ConJur**, [s. l.], 26 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/schietti-cruz-adpf-635-transmutacao-praticas-autoritarias>. Acesso em: 22 set. 2023.

4. A INCIDÊNCIA CONCRETA DO ESTADO DE EXCEÇÃO NO DESCUMPRIMENTO DA SUSPENSÃO DAS OPERAÇÕES POLICIAIS DURANTE A PANDEMIA, DETERMINADA NA ADPF DAS FAVELAS

A Tutela Provisória Incidental concedida na ADPF 635 para a suspensão das operações policiais nas comunidades durante a pandemia, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, determinou que as referidas operações devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público. Nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, a medida cautelar estabelece a adoção de cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente.

Há dois momentos distintos quanto à sua observância: de junho a setembro; e de outubro em diante. Nos primeiros 4 meses a decisão foi razoavelmente respeitada e os efeitos foram significativamente positivos: redução de 70% dos outrora chamados “autos de resistência”.

Sucedeu que, a despeito do efeito extraordinário de redução de mortes no período inicial de quatro meses, a decisão foi perdendo eficácia com o tempo, muito em razão da ausência de um critério definido sobre a excepcionalidade que justifique a realização de operações durante a suspensão determinada durante a pandemia. Assim, a excepcionalidade foi sendo esvaziada até tornar-se a regra, diante da ausência de critérios claros, verificáveis e justificáveis que permitissem a sua fiscalização. A alegação de que a situação do Rio de Janeiro é excepcional e que, portanto, todas as operações seriam de antemão justificadas, à luz da decisão do STF, constitui manifesta afronta à sua autoridade⁴⁰. Ainda no ano de 2020, foram ao menos 237 operações realizadas mesmo durante a suspensão determinada pelo STF⁴¹. Em um período de dois anos, foram comunicadas ao MP um total de 1.377 ações policiais, em uma média de praticamente duas ocorrências diárias⁴². As estatísticas compiladas pelo Ministério Público apontam que o ritmo das empreitadas policiais nas favelas vem num crescendo. Entre 5 de junho de 2020, data da liminar concedida por Fachin, e o fim daquele ano, foram relatadas 284 operações, número quase idêntico às 285 informadas no semestre seguinte, de janeiro a junho de 2021. Entre julho e dezembro do ano passado, houve um ligeiro salto, para 304 incursões. No primeiro semestre de 2022, contudo, as ações policiais em comunidades dispararam, chegando a 504 – uma alta de 76,8% se comparada ao mesmo período do ano passado. Como a consolidação dos dados

⁴⁰ ARAÚJO, Vera. Novo secretário de Polícia Civil quer tanques em favelas e rolo compressor no caso Marielle. **O Globo**, Rio de Janeiro, 27 set. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/novo-secretario-de-policia-civil-quer-tanques-em-favelas-rolo-compressor-no-caso-marielle-24663149>. Acesso em: 20 jun. 2022.

⁴¹ Cf. SOARES, Rafael. Após determinação do STF, polícia fez 237 operações em favelas do Rio de Janeiro. **O Globo**, Rio de Janeiro, 03 out. 2020. Rio. Disponível em: https://oglobo.globo.com/rio/apos-determinacao-do-stf-policia-fez-237-operacoes-em-favelas-do-rio-de-janeiro-24778324?utm_source=aplicativoOGlobo&utm_medium=aplicativo&utm_campaign=compartilhar. Acesso em: 20 jun. 2023.

⁴² MARINATTO, Luã; SOUZA, Rafael Nascimento de; SCHMIDT, Selma. Polícias do Rio realizaram duas operações em favelas por dia desde a decisão do STF restringindo ações. **Extra**, 23 jul. 2022. Luã Marinatto, Rafael Nascimento de Souza e Selma Schmidt. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/policias-do-rio-realizaram-duas-operacoes-em-favelas-por-dia-desde-decisao-do-stf-restringindo-acoes-25546024.html>. Acesso em: 20 jun. 2023.

é feita mensalmente, ainda não é possível saber se, neste mês de julho, o ritmo das operações permanece acelerando.

Defende a coalizão que move a ADPF das Favelas a ideia de que a absoluta excepcionalidade deve ser interpretada de modo estrito a abranger apenas hipóteses que envolvam, de fato, riscos concretos e imediatos à vida, como, por exemplo, conflitos armados entre grupos criminais ou sequestros em curso dentro de comunidades. A propósito do conceito de “absoluta excepcionalidade”, a Rede Fluminense de Pesquisas sobre Violência, Segurança Pública e Direitos Humanos – composta por renomados professores e pesquisadores de longa data do Rio de Janeiro – elaborou Nota Técnica na qual fornece relevantes subsídios⁴³. O documento parte da leitura de protocolos internacionais sobre o uso da força, notadamente o *Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei*⁴⁴, e os *Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei*⁴⁵, contextualizando a Medida Cautelar nos marcos legais e normativo-procedimentais da temática. Levando em conta os protocolos de ação das próprias polícias fluminenses (quais sejam: as Instruções Normativas da Secretaria de Estado de Segurança – IN SESEG n. 01, de 7 de agosto de 2017; e da Polícia Militar – PMERJ/EMG-PM3 n. 52, de 23 de novembro de 2018; e a Portaria PCERJ n. 832, de 2 de janeiro de 2018, da Polícia Civil), o estudo pontua:

importante ressaltar que este documento não pretende determinar à autoridade policial como ela deve exercer suas atribuições, dado que a discricionariedade é elemento incontestável do mandato de uso da força pelas polícias, mas sim indicar os parâmetros teóricos, legais e normativos que devem determinar a avaliação do caráter excepcional das operações policiais⁴⁶.

Tomando como referência o conceito de áreas sensíveis, definido pelos referidos protocolos policiais, destaca que o *risco intolerável*, tanto para policiais quanto para a população local, demarca a proporcionalidade da ação policial nessas regiões, delimitando-as às situações cujos danos são igualmente intoleráveis. A habitualidade no Rio de Janeiro de operações policiais em áreas sensíveis é indicativa de uma *normalização do risco intolerável*. Nesse sentido, à luz da proporcionalidade entre os *riscos intoleráveis* implicados e os objetivos legítimos perseguidos, somente há compatibilidade com a

⁴³ O CONCEITO de excepcionalidade em operações policiais no Rio de Janeiro. [Rio de Janeiro]: Rede Fluminense de Pesquisas Sobre Violência, Segurança Pública e Direitos Humanos, 2021. Nota Técnica. Disponível em: https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2021/05/Nota-Te%CC%81cnica-excepcionalidade_REDE-FLUMINENSE-DE-PESQUISADORES.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022.

⁴⁴ NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Código de conduta para os funcionários responsáveis pela aplicação da lei**. [Nova York]: Nações Unidas, [1980]. Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 17 de dezembro de 1979, através da Resolução nº 34/169. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/CAOCri_ControlExtAtivPol/C%C3%B3digo%20de%20Conduta%20para%20os%20Funcion%C3%A1rios%20Respons%C3%A1veis%20pela%20Aplica%C3%A7%C3%A3o%20da%20Lei_2.pdf. Acesso em: 27 mar. 2024.

⁴⁵ NAÇÕES UNIDAS. Princípios básicos sobre a utilização da força e de armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei. In: CONGRESSO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A PREVENÇÃO, 8., 1990. Havana: Nações Unidas, 1990. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/principiosbasicos-armasfogo.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2024.

⁴⁶ O CONCEITO de excepcionalidade em operações policiais no Rio de Janeiro. [Rio de Janeiro]: Rede Fluminense de Pesquisas Sobre Violência, Segurança Pública e Direitos Humanos, 2021. Nota Técnica. Disponível em: https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2021/05/Nota-Te%CC%81cnica-excepcionalidade_REDE-FLUMINENSE-DE-PESQUISADORES.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022.

excepcionalidade quando as operações policiais em áreas sensíveis forem demandadas por uma situação de gravidade e urgência equivalentes.

Com efeito, a *absoluta excepcionalidade* atribuída como qualificativo restritivo às hipóteses de realização de operações policiais só pode ser entendida, então, como “excepcionalidade da excepcionalidade”, e, portanto, se reportar aos fundamentos e valores últimos das ações policiais em geral e das operações policiais em específico: em primeiro lugar a preservação da vida e, em seguida e como decorrência do respeito à dignidade humana e aos direitos humanos, as liberdades fundamentais e o afastamento de qualquer forma de discriminação.

Em conclusão, a *absoluta excepcionalidade* significa que “as operações policiais estão limitadas às circunstâncias em que a vida dos moradores de áreas sensíveis esteja em situação de perigo imediato e concreto”⁴⁷.

No entanto, a partir do mês de outubro de 2020, assistiu-se a um período de mudanças no Governo do Estado do Rio de Janeiro, com o governador eleito afastado no processo de *impeachment* e nomeação de um novo secretário para chefia da Polícia Civil. Algumas declarações públicas ilustram bem o entendimento que passou a ser adotado com relação à decisão do STF de suspender as operações policiais. Vejamos:

Você entende que três criminosos numa via pública, armados de fuzis, é uma exceção? A montagem de barricadas nas ruas, com a abordagem de homens armados, é uma exceção? Toques de recolher impostos por traficantes ou milicianos são uma exceção? Na verdade, a violência no Rio não é um caso de exceção? Quando o STF afirma que a polícia só pode trabalhar em situações de exceção, estamos totalmente respaldados. Isso não impede as ações da polícia. Já estamos alinhados com a decisão⁴⁸.

A fala é mesmo precisa: a violência imposta às favelas, aos seus moradores, à população negra daquele Estado, é, de fato, digna de um estado de exceção permanente. Transformar o excepcional em rotineiro não é um mero exercício retórico adstrito às declarações do chefe de Polícia Civil ou às entrevistas em páginas de jornal. Desde o início do ano, essa situação se exacerbou, levando o Rio de Janeiro a mais um sinistro recorde nas taxas de letalidade policial. Segundo o Instituto de Segurança Pública (ISP), durante o primeiro trimestre de 2021, 453 pessoas foram mortas em decorrência de intervenção de agente do Estado, número mais alto da série histórica⁴⁹.

Os padrões históricos de intervenção do braço armado do Estado nas favelas do Rio de Janeiro denotam o regime de exceção – verdadeiro paradigma de governo através da suspensão permanente de direitos fundamentais da vida nua. É a gramática da violência e da suspensão da ordem jurídica como normalidade.

⁴⁷ O CONCEITO de excepcionalidade em operações policiais no Rio de Janeiro. [Rio de Janeiro]: Rede Fluminense de Pesquisas Sobre Violência, Segurança Pública e Direitos Humanos, 2021. Nota Técnica. Disponível em: https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2021/05/Nota-Te%CC%81cnica-excepcionalidade_REDE-FLUMINENSE-DE-PESQUISADORES.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022.

⁴⁸ ARAÚJO, Vera. Novo secretário de Polícia Civil quer tanques em favelas e rolo compressor no caso Marielle. **O Globo**, Rio de Janeiro, 27 set. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/novo-secretario-de-policia-civil-quer-tanques-em-favelas-rolo-compressor-no-caso-marielle-24663149>. Acesso em 20 jun. 2022.

⁴⁹ MORTE por intervenção de agente do Estado. *In*: Instituto de Segurança Pública (RJ). **ISP Dados**: visualização. Rio de Janeiro, [2023]. Série histórica. Disponível em: <https://www.ispvisualizacao.rj.gov.br/>. Acesso em: 23 jul. 2023.

5. CONCLUSÃO

Buscou-se neste escrito retomar a análise das práticas das agências de segurança pública no Rio de Janeiro à luz da teoria agambeniana do estado de exceção. Os trabalhos de Taiguara Souza, Roberta Pedrinha e Orlando Zaccone já apontavam para a pertinência da categoria do estado de exceção para a política de segurança pública no Rio de Janeiro, notadamente em vista da elevada letalidade policial, por meio do uso do “auto de resistência” como dispositivo necropolítico, bem como de paradigma de gestão governamental no que concerne às práticas estatais em determinados territórios e grupos populacionais.

Neste trabalho, trouxemos à consideração a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF das Favelas, que reconheceu um estado de coisas inconstitucional na segurança pública do Rio de Janeiro e determinou, dentre outros, a suspensão das operações policiais nas comunidades, salvo em casos absolutamente excepcionais. A medida cautelar provocou significativo efeito inicialmente de reduzir as operações policiais e, com isso, reduzir as mortes produzidas pelas polícias.

No entanto, a partir de uma postura um tanto quanto cínica das autoridades governamentais de “interpretar” a decisão judicial no sentido de que a situação da segurança pública do Rio de Janeiro seria excepcional, e que, portanto, as ações policiais seriam permitidas, mesmo durante a suspensão das operações determinada, salvo em “casos absolutamente excepcionais”, porquanto se enquadrariam na excepcionalidade, as operações policiais voltaram a ocorrer com a mesma frequência anterior. Com efeito, a letalidade policial voltou a disparar.

A inércia do Ministério Público demonstra que o estado de coisas inconstitucional na segurança pública do Rio de Janeiro não é um problema apenas da polícia. A convivência com a violência policial e descontrole do uso da força nas favelas, nesse caso agravada pelo desrespeito à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal, demonstram a corresponsabilidade do sistema de justiça pelo atual estado de coisas.

A incidência da categoria do estado de exceção no caso da ADPF das Favelas também se revela deveras aderente às práticas governamentais da segurança pública. Agamben aponta como as medidas de exceção encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como “a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”⁵⁰. Nessa “franja ambígua e incerta, na intersecção entre o jurídico e político”, de indiscernibilidade entre a normalidade e a exceção, soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção. E, assim, a criação de um estado de emergência permanente tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos.

No caso do Brasil, em especial no Rio de Janeiro, mais uma vez o estado de exceção se verifica na práxis governamental no campo da segurança pública. Tanto pela suspensão permanente de direitos em incursões policiais, quanto pelas vidas nuas evidenciadas nos “autos de resistência”, que materializam a necropolítica, como, agora, no desrespeito à decisão do Supremo Tribunal Federal, para realização de operações

⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: homo sacer II, I. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. (Coleção Estado de sítio). p. 12.

policiais mesmo com determinação de sua suspensão durante a pandemia, “salvo em casos absolutamente excepcionais”.

Em defesa de seu poder soberano sobre a vida nua, as polícias seguem sem controle, decidindo sobre a excepcionalidade, com o beneplácito de quem deveria fiscalizá-las, atualizando, assim, o estado de exceção permanente que vigora nas práticas da segurança pública do Rio de Janeiro.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: homo sacer II, I. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. (Coleção Estado de sítio).

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

ARAÚJO, Vera. Novo secretário de Polícia Civil quer tanques em favelas e rolo compressor no caso Marielle. **O Globo**, Rio de Janeiro, 27 set. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/novo-secretario-de-policia-civil-quer-tanques-em-favelas-rolo-compressor-no-caso-marielle-24663149>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BENEDITO, Luana. Estudante é morta dentro da escola em Acari. **O Dia**, Rio de Janeiro, 30 mar. 2017. Disponível em: <https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-03-30/estudante-e-morta-dentro-de-escola-em-acari.html>. Acesso em: 27 out. 23.

BENJAMIN, Walter. Crítica da violência: crítica do poder. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, v. 2, n. 21, fev. 2003. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/46277>. Acesso em: 22 ago. 2022.

BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política**: ensaios sobre a literatura e história da cultura. São Paulo: Brasiliense, 1994. (Obras escolhidas, v. 1.).

BETIM, Felipe. Mãe de jovem morto no Rio: é um Estado doente que mata criança com roupa de escola. **El País**, Rio de Janeiro, 25 jul. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/22/politica/1529618951_552574.html. Acesso em: 27 out. 2023.

BRIDI, Sonia; ALBERTI, James; REOLOM, Mônica. Em 2019, uma em cada três pessoas assassinadas no Rio de Janeiro foi morta por policiais. **G1**, [s.l.], 19 jan. 2020. Fantástico. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/01/19/em-2019-uma-em-cada-tres-pessoas-assassinadas-no-rio-de-janeiro-foi-morta-por-policiais.ghtml>. Acesso em: 27 out. 2023.

COELHO, Henrique; JÚNIOR, Eudes; PEIXOTO, Guilherme. Menino de 14 anos morre durante operação das polícias Federal e Civil no Complexo do Salgueiro. **G1**, Rio de Janeiro, 19 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/05/19/menino-de-14-anos-e-baleado-durante-operacao-no-complexo-do-salgueiro-rj.ghtml>. Acesso em: 27 out. 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos**. [Washington, DC]: CIDH, 2009. Disponível em: <https://cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20PORT.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2024.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**. [Washington, D.C.]: CIDH, 2021. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 06 mar.2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. [San José]: Corte IDH, [2017]. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 6 mar. 2024.

CRUZ, Rogerio Schietti. A ADPF 635 e a transmutação das práticas autoritárias. **ConJur**, [s. l.], 26 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/schietti-cruz-adpf-635-transmutacao-praticas-autoritarias>. Acesso em: 22 set. 2023.

FELITTE, Almir Valente. **História da polícia no Brasil**: estado de exceção permanente? São Paulo: Autonomia Literária, 2023.

LEMOS, Marcela. Grávida é baleada em operação no Complexo da Maré e perde o bebê. **UOL**, [s. l.], 20 out. 2020. Cotidiano. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/10/28/gravida-e-baleada-em-operacao-no-complexo-da-mare-e-esta-em-estado-grave.htm>. Acesso em: 27 out. 2023.

MARINATTO, Luã; SOUZA, Rafael Nascimento de; SCHMIDT, Selma. Polícias do Rio realizaram duas operações em favelas por dia desde a decisão do STF restringindo ações. **Extra**, Rio de Janeiro, 23 jul. 2022. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/policias-do-rio-realizaram-duas-operacoes-em-favelas-por-dia-desde-decisao-do-stf-restringindo-acoas-25546024.html>. Acesso em: 20 jun. 2023.

MAZZA, Luigi; ROSSI, Amanda; BUONO, Renato. A polícia que mais mata. **Piauí**, São Paulo, 26 ago. 2019. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/policia-que-mais-mata/>. Acesso em: 27 out. 2023.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. São Paulo: N-1 Edições, 2011.

MORTE por intervenção de agente do Estado. *In*: Instituto de Segurança Pública (RJ). **ISP Dados**: visualização. Rio de Janeiro, [2023]. Disponível em: <https://www.ispvisualizacao.rj.gov.br/>. Acesso em: 23 jul. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Código de conduta para os funcionários responsáveis pela aplicação da lei**. [Nova York]: Nações Unidas, [1980]. Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 17 de dezembro de 1979, através da Resolução nº 34/169. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/CAOCri_ControlExtAtivPol/C%C3%B3digo%20de%20Conduta%20para%20os%20Funcion%C3%A1rios%20Respons%C3%A1veis%20pela%20Aplica%C3%A7%C3%A3o%20da%20Lei_2.pdf. Acesso em: 27 mar. 2024.

NAÇÕES UNIDAS. Princípios básicos sobre a utilização da força e de armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei. *In*: CONGRESSO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A PREVENÇÃO, 8., 1990. Havana: Nações Unidas, 1990. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/principiosbasicos-armasfogo.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2024.

NOGUEIRA, Italo. Polícia do RJ supera criminosos paulistas em taxa de mortes. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 jan. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/01/policia-do-rj-supera-criminosos-paulistas-em-taxa-de-mortes.shtml>. Acesso em: 27 out. 2023.

O CONCEITO de excepcionalidade em operações policiais no Rio de Janeiro. [Rio de Janeiro]: Rede Fluminense de Pesquisas sobre Violência, Segurança pública e Direitos humanos, 2021. Nota técnica. Disponível em: https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2021/05/Nota-Te%CC%81cnica-excepcionalidade_REDE-FLUMINENSE-DE-PESQUISADORES.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022.

PAULUZE, Thaiza; BARBON, Júlia. Queda de operações sem alta de crimes ressuscita críticas a modelo de segurança do Rio. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 07 nov. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/11/queda-de-operacoes-sem-alta-de-crimes-ressuscita-criticas-a-modelo-de-seguranca-do-rio.shtml?utm_source=whatsapp&origin=folha. Acesso em: 27 out. 2023.

PEDRINHA, Roberta Duboc. Análise da gestão de segurança pública no Rio de Janeiro à luz de Agamben. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 7, n. 12, p. 243-274, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/46>. Acesso em: 27 out. 2023.

RJ é o 'epicentro do problema da violência policial' no país, diz Human Rights Watch. **G1**, Rio de Janeiro, 17 out. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/10/17/rj-e-o-epicentro-do-problema-da-violencia-policial-no-pais-diz-humans-right-watch.ghtml>. Acesso em: 8 set. 2023.

SCHMITT, Carl. **Political theology**. Chicago: The University of Chicago, 1985.

SOARES, Rafael. Após determinação do STF, polícia fez 237 operações em favelas do Rio de Janeiro. **O Globo**, Rio de Janeiro, 03 out. 2020. Rio. Disponível em: https://oglobo.globo.com/rio/apos-determinacao-do-stf-policia-fez-237-operacoes-em-favelas-do-rio-de-janeiro-24778324?utm_source=aplicativoOGlobo&utm_medium=aplicativo&utm_campaign=compartilhar. Acesso em: 20 jun. 2023.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de; SERRA, Carlos Henrique Aguiar. Quando o Estado de exceção se torna permanente: reflexões sobre a militarização da segurança pública no Brasil. **Tempo Social**, São Paulo, v. 32, n. 2. p. 205-227, 2020. DOI: <https://doi.org/10.11606/0103-2070.ts.2020.158668>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/158668>. Acesso em: 25 set. 2023.

SOUZA, Taiguara Libano Soares e. **Constituição, segurança pública e estado de exceção permanente**: a biopolítica dos autos de resistência. 2010. 222p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/18771/18771_1.PDF. Acesso em: 25 set. 2023.

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE. Grupo de Estudos Novos Illegalismos. **Operações policiais e violência letal no Rio de Janeiro**: os impactos da ADPF 635 na defesa da vida. Rio de Janeiro: GENI/UFF, 2021. Relatório de pesquisa. Disponível em: http://geni.uff.br/wp-content/uploads/sites/357/2021/04/Relatorio-audiencia_balanco_final_22_03_2021-1.pdf. Acesso em: 23 jul. 2023.

ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida**: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

A DEFENSORIA PÚBLICA COMO ÓRGÃO DE DEMOCRACIA MILITANTE

THE PUBLIC DEFENSE OFFICE AS A BODY OF MILITANT DEMOCRACY

Eduardo Chow de Martino Tostes

Defensor Público do Estado de São Paulo de 2007 a 2010

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro desde 2010

Coordenador do NUDECON

Mestre pela Universidade Federal Fluminense

Doutor pela Universidade Federal Fluminense

Pós-Doutoramento pela Universidade Federal Fluminense

Professor Titular do PPGD da Universidade Cândido Mendes

Autor de livros e artigos científicos

Resumo: Este trabalho busca explorar a função militante em prol da democracia da Defensoria Pública brasileira, especialmente, após a nova redação dada ao art. 134 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 80 de 2014. O debate acerca da teoria da democracia militante no Brasil, da teoria do Direito enquanto prática e fundamentos inerentes a uma sociedade pautada em uma norma maior que pugna pelo respeito ao Estado Democrático de Direito serão algumas das reflexões no presente texto. Traçaremos, ao final, considerações pela promessa de que uma Defensoria Pública militante pela Democracia brasileira saia do papel e se torne realidade.

Palavras-chave: democracia militante; Defensoria Pública; estado de direito.

Abstract: This work seeks to explore the militant function in favor of democracy of the Brazilian Public Defender's Office, especially after the new wording given to art. 134 of the Federal Constitution by Constitutional Amendment n. 80 de 2014. The debate about the theory of militant democracy, the theory of law as a practice and fundamentals inherent to a society based on a higher norm that strives for respect for the democratic rule of law will be some of the reflections in this text. We will draw, at the end, considerations for the promise of a militant Public Defender for Brazilian Democracy to leave the paper and become reality.

Keywords: militant democracy; public defense; rule of law.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em um ensaio sobre o papel da Defensoria Pública como um necessário órgão da democracia militante no desenho constitucional brasileiro. A pesquisa se faz relevante frente à situação atual de erosão e quase ruptura democrática da sociedade brasileira.

O Brasil, como outras democracias constitucionais no mundo, vivencia um período de estresse de seu *status* democrático; enfatizando-se que, nos últimos anos (2019/2022), o Estado brasileiro foi governado por pessoas e por partidos políticos com características, compreendidas por muitos autores, como autocráticas e fascistoides, que resultaram,

inclusive, em uma tentativa de golpe de Estado no dia 8 de janeiro de 2023. Ao longo desse período, as condutas contra a democracia brasileira foram estimuladas pelos membros do partido político e familiares do então presidente da República, inclusive pelo próprio governante à época.

O objetivo inicial deste estudo consiste em uma análise da forma de justificação e legitimação do papel desempenhado pela Defensoria Pública, órgão independente e instituição de expressão e instrumento do regime democrático, de modo a produzir um papel adequado na defesa da democracia brasileira quando sob ataque de movimentos autocratas.

Se o ponto de partida é exploratório, por sua vez, o presente trabalho não abdicou da reflexão sobre possíveis cenários recentes da história brasileira e potenciais soluções para as distopias e riscos de ruptura, em uma sociedade ainda em uma consolidação democrática, a partir da experiência contemporânea.

Em termos de questões pesquisadas (*research questions*), nosso trabalho investiga como a Defensoria Pública deve atuar como instrumento da democracia militante no Brasil.

A hipótese a ser confirmada nesta pesquisa é de que a Defensoria Pública, a partir da nova redação dada ao art. 134 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 80 de 2014, deve se estruturar e se especializar para alcançar o seu relevante papel militante e de promoção da democracia no Brasil.

A expressão textual “democrático(a/s)” está positivada, referindo-se ao regime, instituições ou estado democrático, no preâmbulo e em onze passagens da Constituição Federal, vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos [...]

Art. 5º XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o **Estado Democrático**;

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o **regime democrático**, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:[...]

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das **instituições democráticas** e conservar o patrimônio público;

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e **regime democrático**;

Art. 90. Compete ao Conselho da República pronunciar-se sobre:

II - as questões relevantes para a estabilidade das **instituições democráticas**.

Art. 91. O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do **Estado democrático**, e dele participam como membros natos:[...]

§ 1º Compete ao Conselho de Defesa Nacional:

IV - estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do **Estado democrático**.

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do **regime democrático** e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 134. A **Defensoria Pública** é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como **expressão e instrumento do regime democrático**, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

TÍTULO V - DA DEFESA DO ESTADO E DAS **INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS** (Grifo nosso)¹.

Este estudo não pretende pesquisar todas as instituições de Estado de defesa da democracia, como o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior Eleitoral, o Ministério Público ou a Advocacia Geral da União, dentre outros órgãos relevantes. O enfoque desta exploração científica será direcionado para a Defensoria Pública, razão pela qual, desde já, informa ao leitor a lente específica de observação desta exploração.

Objetivo específico deste ensaio será delinear as concepções filosófico-jurídicas subjacentes aos dispositivos legais, situando-as no âmbito do debate atual entre a teoria do Direito, concepção de democracia, exercício de poder, em uma visão crítica-discursiva da função da Defensoria Pública na defesa do regime democrático brasileiro.

A pesquisa será exploratória, aplicando-se o método hipotético-dedutivo. As ferramentas metodológicas empregadas serão a partir de pesquisa bibliográfica, estudo de casos, análise comparada e utilização de dados públicos nacionais e internacionais afetos ao tema.

Buscaremos traçar as características da democracia militante, narrando, sucinamente, a experiência brasileira sobre a temática, especialmente a partir dos recentes acontecimentos de risco de ruptura do regime no governo Bolsonaro. Desenvolveremos o texto buscando compreender os diferentes papéis previstos na Constituição Federal da Defensoria Pública, analisando-se de forma crítica a leitura do órgão a partir do conceito de democracia militante. Traçaremos, ao final, considerações sobre o sistema democrático, instituições independentes, e caminhos a favor e contra o Estado Democrático de Direito.

2. A DEMOCRACIA

O presente estudo se baseia a partir de uma lente muito específica de observação de elementos necessários de proteção e promoção da democracia. Iniciando-se o debate, relevante se faz observar que a premissa acerca do conceito de democracia nesta pesquisa não será a partir de seu conceito como um mero resultado, citando-se Guizot² e Royer-Colard³ nesta linha.

Democracia aqui é observada como a longa duração da cadeia de eventos, uma tendência inconclusa e aberta para o futuro em direção a um Estado Social, na

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023].

² GUIZOT, François. **Histoire de la civilisation en Europe**. Paris: Hachette, 1985. Apresentado por Pierre Rosanvallon.

³ ROYER-COLLARD, Pierre Paul. **De la liberté de la presse**: discours. Paris: Librairie des Médecis, 1949.

forma preconizada por Tocqueville⁴. Portanto, estamos aqui, nas melhores palavras de Schumpeter, diante da democracia mais como um método político, para além de um fim em si mesmo⁵.

Falar de democracia como um processo a partir de um governo da maioria, principalmente no Brasil, um país subdesenvolvido (ou em desenvolvimento), com enormes problemas sociais que deveriam estar sendo enfrentados e solucionados, somente revela que o avanço desse Estado Social idealizado por Tocqueville é dificultado em nosso país, pois se encontra “diante de uma velha ordem que se lhe resiste, impondo valores, costumes e privilégios que não são facilmente destruídos”, como bem afirma Cassimiro⁶.

Observa-se um recente e perigoso fenômeno ocorrendo no Brasil e em outros países: um estado de sujeição de permanente crise de representatividade democrática; formando-se todo um emaranhado de práticas, julgamentos, freios e contrapesos sociais informais, mas também de instituições, destinados a compensar a erosão da confiança no governo e nos representantes políticos, por uma organização de desconfiança, nas perfeitas lições de Pierre Rosanvallon⁷.

Analisando-se dados internacionais acerca do estado democrático dos países no mundo, constata-se que, de acordo com o Relatório do Índice de Democracia de 2022 da *Economist Intelligence Unit*, menos da metade da população mundial vive em uma democracia de algum tipo (45,3%), sendo que apenas 8% residem em uma “democracia plena”, em comparação com 8,9% em 2015, e mais de um terço da população mundial vive sob regime autoritário (36,9%), de acordo com os padrões metodológicos considerados⁸.

Considerando os dados do Relatório 2023 do *V-Dem Institute* “*Defiance in the Face of Autocratization*”⁹, o nível da democracia caiu drasticamente, com uma queda considerável dos avanços da democracia nos últimos 35 anos. Ressalta-se que, de acordo com o relatório, 75% da população mundial no ano de 2022 vive em autocracias (com 5,7 bilhões de pessoas), sendo que há 2,2 bilhões de pessoas vivendo atualmente em regimes totalitários. Somente há 13% da população mundial (1 bilhão de pessoas) vivendo em uma democracia liberal. O mundo, portanto, tem mais autocracias fechadas do que democracias liberais – pela primeira vez em mais de duas décadas –, ilustrando-se com os gráficos do estudo abaixo:

⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. Oeuvres III. 2. ed. Paris: Gallimard, 2004; TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la démocratie en Amérique** I. Paris: Gallimard, 1986.

⁵ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

⁶ CASSIMIRO, Paulo. Alexis de Tocqueville e o liberalismo francês: continuidades e rupturas sobre o conceito de democracia. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 33, n. 96, 2018. DOI: 10.17666/339605/2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/rbcsoc/a/9ZZ7X8yKSVSNR8YCVg5qGDv/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 ago. 2023.

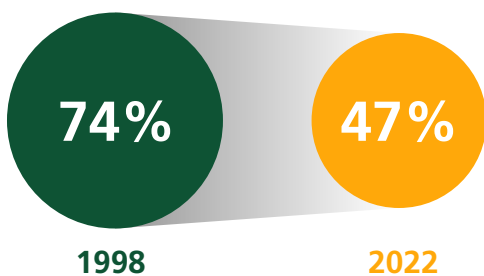
⁷ ROSANVALLON, Pierre. **La contre-démocratie**: la politique à l’âge de la défiance. Paris: Seuil, c2006.

⁸ DEMOCRACY index 2022: frontline democracy and the battle for Ukraine. London: Economist Intelligence/EIU, [2023?]. Disponível em: https://pages.eiu.com/rs/753-RIQ-438/images/DI-final-version-report.pdf?mkt_tok=NzUzLVJJUS00MzgAAAG-McvtBd3A8wvrtRnka8NmviBXG5a83yVLsrfJ60iGPuDT6MCVWkwUSB12Xy-FhTGVnuRo7PVpGwcAHVLSzth65ugl7zPPdg-ZovHNfJb3uxD7p9A. Acesso em: 19 jun. 2023.

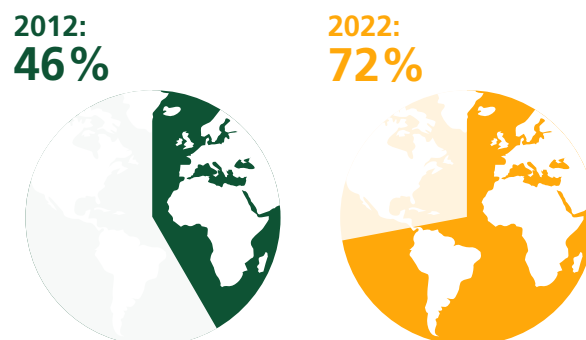
⁹ V-DEM INSTITUTE. **Democracy report 2023**: defiance in the face of autocratization. Gothenburg: V-DEM Institute: University of Gothenburg, 2023. Disponível em: https://v-dem.net/documents/29/V-dem_democracyreport2023_lowres.pdf. Acesso em: 19 jun. 2023.

Gráfico 1 – democracia e autocracia no mundo

Share of the World Trade Between Democracies



Share of the World Population Living in Autocracies



Fonte: V-DEM INSTITUTE. **Democracy report 2023**: defiance in the face of autocratization. Gothenburg: V-DEM Institute: University of Gothenburg, 2023.

Com acerto, portanto, a conclusão de Lynch, ao afirmar que o direito, e a onda democrática, que parecia tender à sua expansão global desde a Revolução dos Cravos, não parece ter trilhado o mesmo caminho (no mundo) e no Brasil¹⁰.

Se hoje se discute nos EUA o perigo do retorno do ex-presidente Trump ao poder, dada a insatisfação popular contra a classe política e as elites hegemônica naquele país¹¹, com um perigo de maior retrocesso democrático em seu futuro, por mais razão deve haver este debate no Brasil, a fim de um devido olhar, com as necessárias preocupações acerca de nossa democracia tupiniquim.

A onda antidemocrática é uma tendência mundial, conforme também se atesta dos dados analisados acima. A busca pela consolidação e da defesa da democracia no mundo e no Brasil é um desafio frente a um equilíbrio global desequilibrado em favor das autocracias. O risco de a democracia perecer, como um modelo ideal preconizado pelas sociedades liberais, é real; portanto, há de se debater formas de o modelo democrático prevalecer no Brasil (e no mundo), sob o perigo de seu desaparecimento em um futuro próximo.

A democracia militante, com todas as suas vantagens e desvantagens consideradas em estudos e exemplos internacionais, está no limite entre ser a salvaguarda e o risco de ser a destruição da democracia atualmente. Sua utilização é necessária, porém, deve se dar com cautela por todos aqueles que possam e disponham de elementos e instrumentos de defesa da democracia de forma institucional e independente.

¹⁰ LYNCH, Christian. Uma democracia, duas capitais: o que o Rio de Janeiro pode fazer pelo Brasil. **Insight Inteligência**, [s. l.], ano 20, n. 78, p. 14-41, 2017. Disponível em: <https://inteligencia.insightnet.com.br/3d-flip-book/78/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

¹¹ FRASER, Nancy. From progressive neoliberalism to Trump - and beyond. In: LÉGER, Marc James (ed.). **Identity trumps socialismo**: the class and identity debate after neoliberalism. New York, NY: Routledge, 2023. p. 99-113.

3. ASPECTOS ORIGINÁRIOS DA DEMOCRACIA MILITANTE

O conceito de democracia militante surge a partir do seguinte dilema: a democracia pode tolerar e permitir que seja abolida de forma democrática?

Parte-se de uma questão hipotética e também concreta vivenciada durante o período nazista da história mundial, em que a democracia foi indagada que, se quer sobreviver, deve se defender das forças que a minam. Portanto, certas limitações ao pluralismo político e direitos fundamentais podem ser necessárias para se salvaguardar a democracia a longo prazo.

Esta pesquisa não pretende explorar todas as questões referentes à democracia militante, mas busca traçar suas origens, paradoxos e reflexões atualizadas do instrumento, a fim de se compreender o debate proposto no texto.

A origem do instituto da democracia militante remonta à década de 1930, especialmente a 1937, com as lições dos meios constitucionais que temos à disposição para desviar da quebra do regime democrático, delineados de Karl Loewenstein, elaborados na época da ascensão do fascismo e nazismo na Europa. Demonstra o autor que o sistema democrático possui fraquezas que permitem aos antidemocráticos alcançar o controle do governo, utilizar a imprensa para manipular as massas e as eleições, além de viabilizar a própria decisão por maioria do fim democrático¹².

Loewenstein ensinou que a democracia deve se tornar militante e lutar contra os seus inimigos, impedindo partidos antidemocráticos de chegar ao poder, evitando-se que, ao fim de uma situação trágica, o povo pudesse votar por viver sob uma ditadura, como os exemplos dados nos textos produzidos na seara deste debate. O discurso fascista visa persuadir a massa, com crenças (que não podem ser discutidas), de fundo metafísico portanto, apenas com o propósito de tomar ou manter o poder.

De acordo com este autor, a ideologia fascista se ampara no ódio ao comunismo, socialismo, marxismo; no antisemitismo, na hostilidade aos pacifistas, organizações internacionais, e à democracia liberal e suas instituições, no corporativismo, no discurso de “limpeza da casa para suposta renovação” e um rompante de nacionalismo; e sua base é composta pela classe média desiludida (deprimida), militares reformados, políticos descrentes.

Exponentes antidemocráticos, sistematicamente, desacreditam a ordem democrática e a tornam impraticável ao paralisar suas funções até que o caos reine. A democracia foi incapaz de proibir aos inimigos de sua própria existência o uso de instrumentos democráticos (cavalo de troia), como se observou da história recente da humanidade, como a Alemanha nazista. Acaba por viabilizar seu fim com um formalismo exagerado do império da lei que, sob o encanto da igualdade formal, não julga conveniente excluir do jogo as partes que negam a própria existência de suas regras democráticas.

Defende Loewenstein que, se a democracia está em guerra, deve-se lutar para se preservar os fundamentos da democracia nas Constituições, pois o fascismo declarou guerra à democracia. A democracia, portanto, deve agir desta forma extrema, sem tolerância com os intolerantes, mesmo que se suspendam direitos fundamentais, ou

¹² LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. **The American Political Science Review**, [Washington, DC], v. 31, n. 3, p. 417-432, Jun. 1937; LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, II. **The American Political Science Review**, [Washington, DC], v. 31, n. 4, p. 638-658, Jun. 1937.

restringam provisoriamente seus princípios fundamentais, para combater o inimigo fascista com as armas adequadas para vencê-lo e manter a democracia viva; pois o fogo é combatido com o fogo. Cita diversos exemplos de países que utilizaram algumas destas armas para tentar defender a democracia da ameaça fascista na Europa da década de 30.

O mesmo autor entende que o fascismo não é uma filosofia, mas sim a técnica política mais eficaz da história moderna. Todavia deve-se observar que o fascismo possui um nítido caráter ideológico, impregnado pela emoção, por um senso de hierarquia segundo o qual a própria natureza teria colocado os homens acima das mulheres, os nacionais acima dos estrangeiros e o líder acima dos seus seguidores¹³, posicionando-se contrariamente ao sufrágio universal¹⁴ à ciência (pregando contra as universidades, evidências científicas ou mesmo que a Terra é plana), em um tratamento como inimigos dos opositores (“nós contra eles”), como bem desenvolve João Gabriel Madeira Pontes¹⁵.

O paradoxo da tolerância desenvolvido por Karl Popper em seu livro *The Open Society and Its Enemies*, volumes 1 e 2, publicados no final da Segunda Guerra Mundial (1945), pressupõe a ameaça representada pela tolerância ilimitada, que pode acarretar o próprio fim da tolerância pelos ideais intolerantes aceitos¹⁶. A liberdade absoluta leva à opressão, tolerância total à intolerância, democracia pura à tirania.

Conforme Rijpkem ressalta, em uma nota de rodapé do Capítulo 7 de “The Open Society and Its Enemy”, Karl Popper descreve o que ele chama de “paradoxo da democracia”: a possibilidade de que uma maioria decida por um tirano para governar. Este é o paradoxo menos conhecido dos três aos quais ele presta atenção, sendo os outros dois o “paradoxo da liberdade” – a liberdade total leva à supressão do fraco pelo forte – e o “paradoxo da tolerância” – tolerância ilimitada leva ao desaparecimento de tolerância¹⁷.

Veze ouvimos a sugestão de que certa forma ou outra de totalitarismo é inevitável. [...] Argumentam que a democracia, a fim de combater o totalitarismo, é forçada a copiar-lhe os métodos, tornando-se assim também totalitária¹⁸.

Para Popper, a solução deve ser pragmática: nós devemos simplesmente negar aos antidemocratas o direito à democracia para que a democracia sobreviva.

Tal assertiva é tida por muitos como uma explicação insatisfatória do ponto de vista metodológico da definição da democracia por Popper, eis que o mesmo pressupõe a democracia como a regra da maioria, como bem desenhado por Rijpkem:

¹³ STANLEY, Jason. **Como funciona o fascismo**: a política do “nós” e “eles”. Tradução: Bruno Alexander. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2019. p. 84-96.

¹⁴ MUSSOLINI, Benito. **The doctrine of fascism**. [S. l.]: The Living Age, 1933.

¹⁵ PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise**. 2020. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

¹⁶ POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. São Paulo: EdUSP, 1974. 2v.; POPPER, Karl R. **The open society and its enemies**. Princeton: Princeton University Press, 1945. 2v.

¹⁷ RIJKEMA, Bastiaan. Popper’s paradox of democracy. **Think**, [s. l.], v. 11, n. 32, p. 93–96, 2012.

¹⁸ POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. São Paulo: EdUSP, 1974. 2v. p. 16.

P1 Democracy is majority rule
P2 Anti-democratic parties can seize a majority
C A democracy can abolish itself

P1 Democracia é a regra da maioria
P2 Partidos antidemocráticos podem buscar a maioria
P3 A democracia pode se abolir¹⁹

Cristóbal Rovira Kaltwasser, ao refletir sobre os paradoxos da autodestruição democrática e da autolesão da democracia, traz interessantes contribuições para este debate²⁰.

O paradoxo da autodestruição democrática seria o fato de que o regime democrático é o único que provê a seus inimigos internos os meios de a destruir (governos autoritários usam todos os meios para combater seus oponentes, com repressão e cooptação). Já o paradoxo da autolesão democrática significa que, ao se proteger de inimigos internos, a democracia pode se danificar de forma irreparável, o que pode acabar por minar e exterminar sua característica democrática; um risco, portanto, de sua degradação no esforço de se autopreservar (fogo com fogo pode gerar um governo iliberal).

George van den Bergh, professor holandês de direito constitucional, em sua palestra inaugural na Universidade de Amsterdã em 1936, portanto, um ano antes do trabalho de 1937 de Loewenstein, inaugurou a discussão acerca do paradoxo da democracia, discutindo as possibilidades militantes de a democracia banir partidos antidemocráticos²¹.

Mas, observa-se que uma grande contribuição de Van den Bergh foi a justificação teórica acerca da democracia militante a partir da definição da democracia não como uma regra da maioria, mas sim como um sistema de autocorreção, em que qualquer decisão sempre estará sujeita a sua revogação. E, dessa forma, a decisão de abolir a democracia seria incompatível com a natureza da democracia, eis que tal decisão seria irrevogável (seria uma decisão de não poder decidir mais).

P1 Democracy is government by self-correction
P2 Anti-democratic parties can seize a majority
C A democracy cannot abolish itself

P1 Democracia é a regra da maioria
P2 Partidos antidemocráticos não podem buscar a maioria
P3 A democracia não pode se abolir

Feitas estas considerações iniciais, iniciamos o debate acerca de aplicabilidade de tal teoria no cenário nacional brasileiro.

¹⁹ RIJPKEMA, Bastiaan. Popper's paradox of democracy. *Think*, [s. l.], v. 11, n. 32, p. 93–96, 2012. p. 94. (Tradução nossa).

²⁰ KALTWASSER, Cristóbal Rovira. Militant democracy versus populism. In: MALKOPOULOU, Anthoula; KIRSHNER, Alexander S. (org.). **Militant democracy and its critics: populism, parties, extremism**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019. p. 72-91.

²¹ CLITEUR, P. B.; GUIORA, A. N. Appendix A: Van den Bergh's inaugural lecture, 28 September 1936. In: CLITEUR, P. B.; GUIORA, A. N. **Populist and Islamist challenges for international law**. Chicago: American Association Bar, 2019. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1887/3279403>. Acesso em: 29 maio 2024. (Tradução nossa).

4. A DEMOCRACIA MILITANTE NO ATUAL CONTEXTO BRASILEIRO

Entabuladas as bases filosóficas e históricas da democracia militante, pontuam-se, neste capítulo, reflexões acerca do tema no contexto brasileiro, suas instituições e, em especial, o papel da Defensoria Pública em defesa do regime democrático.

Conforme narrado na introdução, o Brasil e o mundo vivenciam um período de estresse democrático.

Desde o fim da ditadura militar no Brasil, que teve início em 1964, até a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, inaugurou-se o recente período democrático na sociedade brasileira, sobre o qual passamos a discorrer no presente texto a partir de instrumentos de sua defesa.

Conforme preceitua Lidiane Elizabete Friderichs, estabelecer quando um país está completamente democratizado e quando acabaram os riscos de uma continuidade ou de uma volta ao autoritarismo é algo extremamente difícil de afirmar ou medir. Pode-se situar com mais precisão o início de uma transição, mas o seu ponto final é sempre uma afirmação vaga²².

Em 5 de outubro de 1988 podemos ter uma data inicial da transição democrática no Brasil, mas, em que pese o estabelecimento formal de um Estado Democrático de Direito, há de se perquirir se ainda estamos em uma situação de transição entre o regime autoritário e o democrático em nosso país.

A consolidação democrática só se inicia quando há uma estrutura de medidas e leis que guiem o processo democrático e que sejam respeitadas e incorporadas como normas de atuação pela sociedade civil, pelos partidos e pela oposição ao governo, nas lições de Portantiero²³.

Friderichs entende que é difícil afirmar se a consolidação tem início com a Nova Constituição, com as eleições diretas de 1989, ou se ela se dá num período posterior. Mas, dados os recentes acontecimentos ocorridos no governo Bolsonaro, inclusive com a tentativa de golpe de Estado em 8 de janeiro de 2023, ao que tudo indica, esta dúvida permanece em nossa sociedade, ou seja, a consolidação democrática no Brasil ainda não ocorreu.

A partir das lições de Juan Linz, uma transição estaria consolidada quando nenhum dos principais atores políticos, partidos e/ou instituições, objetivassem tomar o poder por outro meio, a não ser a democracia. O que não se revela quando se observa a dificuldade do presente em relação ao legado do passado e o persistente apego de alguns setores da sociedade ao regime autoritário²⁴.

²² FRIDERICHS, Lidiane Elizabete. Transição democrática na Argentina e no Brasil: continuidades e rupturas, **AEDOS**, Porto Alegre, v. 9, n. 20, p. 439-455, 2017. p. 440-441. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/aedos/article/view/67044/43432>. Acesso em: 21 ago. 2023.

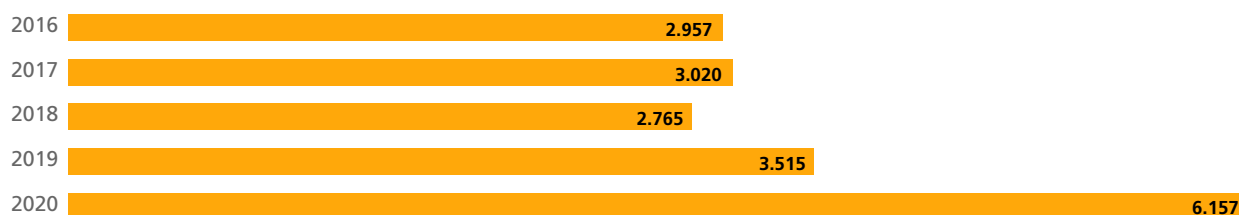
²³ PORTANTIERO, Juan. La transición entre la confrontación y el acuerdo. In: NUN, José; PORTANTIERO, Juan (org.). **Ensayos sobre la transición democrática en Argentina**. Buenos Aires: Puntosur, 1987. p. 257-293.

²⁴ LINZ, Juan J. Transiciones a la democracia. **Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas**, Madrid, n. 51, p. 7-33, 1990.

De acordo com os dados do Tribunal de Contas da União²⁵, o apego ao passado militar ditatorial revela sinais a partir do número de militares em cargos civis no governo Bolsonaro, o qual mais que dobrou ao longo dos anos. No último levantamento do órgão, em 2021, 6.175 membros das forças armadas estavam nos postos em 2020. Em 2019, primeiro ano do governo Bolsonaro, o número estava em 3,5 mil, como mostra uma auditoria que partiu do ministro do TCU Bruno Dantas²⁶ sobre uma possível militarização excessiva do serviço público civil.

Gráfico 2 – Militares no Governo

ativos e na reserva, que compõem cargos civis



FONTE: TCU.

Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>. Acesso em: 7 jul. 2023.

Conforme se observa dos dados do IPEA, elaborados por Flávia de Holanda Schmidt em 2022, a presença desse grupo especial de servidores (militares) na ocupação de cargos no Executivo Federal, entre os anos de 2013 e 2021, teve uma trajetória de crescimento de 59% no período analisado, tanto pelo aumento do número de cargos e funções militares em si, como pelo aumento da presença de militares em cargos e funções civis. Considerados apenas estes, o número de militares nesses postos aumentou 193% no período analisado²⁷.

Oscar Vilhena e Ademar Borges concluem que, no período atual, a democracia brasileira sobreviveu ao mais intenso teste de resiliência a que foi submetida, desde o fim do regime militar; tendo o então presidente Jair Bolsonaro combinado três estratégias para subordinar a democracia constitucional brasileira: polarização visceral, erosão e captura institucional e ameaça de golpe militar²⁸.

Continuam os mesmos autores pontuando que o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) assumiram um papel militante ou combativo na defesa da Constituição e dos pressupostos fundamentais do regime democrático, que foram essenciais para a sua sobrevivência no risco real de ruptura a que estávamos vivenciando²⁹. Ressaltam que o fator militar que caracterizou a crise democrática entre

²⁵ Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>. Acesso em: 7 jul. 2023.

²⁶ Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/06/tcu-militarizacao.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2023.

²⁷ SCHMIDT, Flávia de Holanda. **Presença de militares em cargos e funções comissionados do executivo** federal. Brasília, DF: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA. 2022. Nota técnica.

²⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena; BORGES, Ademar. Democracia militante e a quadratura do círculo. *Jota*, [São Paulo], 16 fev. 2023. Réplica. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-a-quadratura-do-circulo-16022023>. Acesso em: 06 jul. 2023.

²⁹ Ressaltem-se as críticas a uma visão como ditadura judicial ou de carta branca, na análise da atuação das referidas Cortes, realizadas por Werneck e Recondo (ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. Nem "carta branca", nem "ditadura judicial". *Jota*, [São Paulo], 27 jan. 2023. Opinião. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nem-carta-branca-nem-ditadura-judicial-27012023>. Acesso em: 06 jul. 2023.).

nós é a maior diferença da intentona brasileira de 8 de janeiro de 2023, para a invasão do Capitólio dos EUA de 6 de janeiro de 2021.

Citam no STF, como demonstrações de atos militantes pela democracia, a postura desempenhada no Inquérito das Fake News, no Inquérito dos Atos Antidemocráticos, dentre outras medidas de caráter penal e de naturezas diversas.

No TSE, exemplificam a atuação militante a partir da Resolução TSE 23.610/2019, que positivou a existência do ilícito eleitoral de desinformação contra o processo eleitoral, além de julgamentos de cassações de mandatos eleitorais. Inclusive, pontua-se a recente declaração de inelegibilidade por oito anos do ex-presidente Jair Bolsonaro em 3 de julho 2023, por decisão em maioria de votos (5x2) do plenário, em razão do reconhecimento do abuso de poder político e uso indevido dos meios de comunicação por reunião convocada com embaixadores.

A Advocacia Geral da União (AGU), através da Portaria Normativa PGU/AGU nº 16, de 4 de maio de 2023, regulamentou a Procuradoria Nacional da União de Defesa da Democracia da Procuradoria-Geral da União. Rememoram a atuação imediata e militante da AGU no mesmo dia 8 de janeiro de 2023, ao requerer ao STF uma série de pedidos em resposta aos atos de tentativa de golpe de Estado que estavam ocorrendo naquela ocasião, os quais foram deferidos pela Corte Constitucional³⁰.

Adequada, portanto, a afirmação de João Pontes, de que os órgãos com atribuição e competência para interferir no processo de aplicação de medidas militantes, como estes narrados acima, não apenas se mostraram preocupados com a tutela dos direitos, das garantias e dos princípios fundamentais em jogo, como também evitaram críticas políticas, sob o viés democrático, a suas autoridades constitucionais³¹.

5. REFLEXÕES ACERCA DO PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA DEMOCRACIA MILITANTE

Sem a pretensão de esgotar as instituições que atuaram em defesa da democracia ou todas as medidas tomadas recentemente como forma de democracia militante, o que importa neste estudo é aprofundar a questão acerca do papel da Defensoria Pública em relação à democracia, em especial à ação militante e vigilante.

Na obra organizada pelos Defensores Públicos Cleber Francisco Alves e Pedro González, *Defensoria Pública no século XXI: Novos Horizontes e Desafios*, observa-se interessante texto de autoria de Pedro González acerca da definição constitucional da Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático: para além de sua função simbólica³².

³⁰ STF atende a pedido da AGU e determina medidas sobre manifestação antidemocrática marcada para esta quarta (11). **Supremo Tribunal Federal**, [Brasília, DF], 11 jan. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=500375&ori=1>. Acesso em: 6 jul. 2023.

³¹ PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise**. 2020. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

³² GONZÁLEZ, Pedro. A definição constitucional da Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático: para além de sua função simbólica. In: ALVES, Cleber Francisco (org.). **Defensoria Pública no século XXI: novos horizontes e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 5-51.

Para além da função típica ou tradicional em favor dos mais carentes, uma atuação da Defensoria Pública em favor da democracia poder-se-ia enquadrar em uma classificação atípica, não tradicional, de tendência solidarista, como bem define estas últimas José Augusto Garcia de Sousa³³.

Trata-se, como bem define Cleber Francisco Alves, de uma instituição que revela um modelo estatal de Defensoria Pública adotado pelo Brasil, que, a despeito de possíveis deficiências, tem se revelado capaz de assegurar – não apenas no aspecto da tutela dos interesses individuais mas, sobretudo, de iniciativas e estratégias coletivas, com monitoramento e fiscalização de políticas públicas respectivas – a continuidade dos serviços necessários para promover o acesso aos direitos e à Justiça por parte dos destinatários de seus serviços³⁴.

No Brasil, a maioria da população é composta de pessoas negras (55,92%) e carentes, sendo que, em 2022, de acordo com os dados do IBGE, o rendimento médio de 1% da população que ganha mais (rendimento domiciliar per capita mensal de R\$ 17.447) era 32,5 vezes maior que o rendimento médio dos 50% que ganham menos (R\$ 537). Em 2021, essa razão era de 38,4 vezes, valor médio de renda inclusive abaixo do salário mínimo nacional³⁵.

Gráfico 3 – Dados IBGE da população, sexo e raça

TABELA 6408 - POPULAÇÃO RESIDENTE, POR SEXO E COR OU RAÇA		
Variável - População (Mil pessoas)		
Brasil		
Ano - 2022		
Sexo- Total		
Cor ou raça		
Total	Preta	Parda
214.154	22.663	97.088

Fonte: IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, acumulando de primeiras visitas, exceto 2020-2021, acumulado de quintas visitas, devido à pandemia de Covid-19.

Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102000_informativo.pdf; <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?edicao=36796&t=publicacoes>. Acesso em: 7 jul. 2023.

Apesar de outras frentes não tradicionais hoje adotadas como atribuição da Defensoria Pública, como a tutela coletiva, a atuação internacional, a mediação e

³³ SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública ('revisitadas'): ainda faz sentido a visão individualista a respeito da instituição? **Revista de Direito do Estado**, [s. l.], v. 14, p. 49-105, 2009.

³⁴ ALVES, Cleber Francisco. A pandemia do COVID-19 e o acesso aos direitos e à justiça: reflexões sobre seus efeitos no presente e no futuro da atuação da Defensoria Pública. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 15, p. 19-46, jan./jun. 2021. p. 43. DOI: <https://doi.org/10.46901/revistadadpu.i15.p19-46>. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/516>. Acesso em: 17 jul. 2023.

³⁵ INSITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua**: rendimento de todas as fontes 2022. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102000_informativo.pdf. Acesso em: 07 jul. 2023; e INSITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Rendimento de todas as fontes**: 2022. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?edicao=36796&t=publicacoes>. Acesso em: 07 jul. 2023.

outras, cinge-se a pesquisa acerca do papel desempenhado em relação à democracia, especialmente após a nova redação dada ao art. 134 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 80 de 2014.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)³⁶.

Para além da atuação defensorial manifestada como expressão do regime democrático, enquanto dimensão contramajoritária da democracia de proteção a minorias/vulneráveis, é dizer: na defesa dos interesses individuais e coletivos pertencentes a “grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado”, na forma do art. 4º, XI, da LC 80, com redação da LC 132/09³⁷, aqui estamos tratando da atuação defensorial enquanto expressão do regime democrático na luta pela sua sobrevivência enquanto uma forma de governo da maioria do povo, da liberdade e da igualdade entre as pessoas.

Compartilhamos da visão de Silva, Oliveira e Costa, que tentam a enxergar a modificação do papel da Defensoria Pública pela e na Constituição de 1988 enquanto instituição essencial que, não sem razão, tem sua origem nos esforços para a construção e consolidação de um Estado Democrático de Direito, observando que a resiliência constitucional-democrática depende, em grande medida, das instituições. A conclusão dos autores acerca da nova redação dada ao art. 134 revela uma intenção constitucional de ampliar os poderes da Defensoria Pública a fim de alçá-la a mais uma das Instituições de defesa e proteção da democracia:

a vontade do poder constituinte derivado foi de consignar, expressamente, que a Defensoria Pública é instituição imanente ao regime de um Estado Democrático de Direito e que seu dever é ser um instrumento de proteção a esse regime, além da promoção dos direitos humanos fundamentais³⁸.

Observa-se que, conforme dispõem os parágrafos 2º a 4º do art. 134 da Constituição Federal, ao contrário da AGU, a Defensoria Pública goza de independência funcional em relação aos entes públicos, o que revela uma autonomia relevante de atuação para casos de riscos democráticos representados por partidos ou agentes públicos que estejam no poder.

A função de defender a democracia deve ser de todos os sujeitos e instituições do Estado brasileiro. Mas, quando a Constituição atribui a determinados órgãos públicos

³⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023].

³⁷ LOPES, Daniel Lozoya Constant. Contrapoder: o dever da Defensoria Pública Brasileira. In: MAIA, Maurilio Casas. (org.) **Defensoria Pública, constituição e ciência política**. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 161-186.

³⁸ SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; COSTA, Domingos Barroso da. A mudança do papel da Defensoria Pública no regime democrático: da constitucionalização da assistência judiciária a uma instituição da soberania popular. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 2, n. 33, p. 290-309, 2023. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/605>. Acesso em: 17 jul. 2023.

a missão de defesa, tutela, promoção ou instrumento da democracia, tal *múnus* se torna um dever imperioso que não deve ser abnegado.

O instrumento hábil para a defesa de uma democracia atacada deve ser amplo e eficiente, sob pena de não haver mais democracia em nossa sociedade, como já está ocorrendo em inúmeros países.

A interpretação constitucional do texto *expressão e instrumento do regime democrático* atribuído à Defensoria Pública ainda merece concretude por parte da comunidade de intérpretes do direito, dos operadores do direito, do Poder Judiciário e da própria Defensoria Pública.

Como conclui Maurílio Casas Maia, o desafio do jurista, principalmente do defensor público, é descobrir – a cada dia – a democracia na tutela de novos interesses, direitos e de (novos ou não) sujeitos coletivos ou individuais, sempre respeitando o espaço de atribuições das demais carreiras jurídicas e trabalhando, na medida do possível, em integração institucional quando se tratar de atribuições concorrentes, tudo com a finalidade de reforçar a cultura democrática e o Estado Democrático de Direito³⁹.

Se a democracia brasileira está ainda em um processo de consolidação, ou se está em guerra com pessoas e partidos antidemocráticos que tentam subverter o regime democrático em favor de um regime autocrático, o papel da Defensoria Pública deve ser junto com outras instituições a favor da democracia, nunca contra nem mesmo neutra.

Há instituições e atores relevantes se estruturando e atuando para melhor defender a democracia, que hoje é atacada com novas tecnologias, como as redes sociais; citando-se, inclusive, a AGU, que nem mesmo possui previsão constitucional de defesa da democracia ou de independência funcional positivada na Constituição Federal.

Não resta dúvida, na visão deste autor, que a Defensoria Pública deve se tornar uma instituição ativa e militante pela democracia. É uma obrigação constitucional da Defensoria Pública defender a democracia, promovendo todas as formas possíveis de atuação, como ações coletivas, medidas judiciais perante o STF, medidas cautelares perante organismos internacionais como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para se evitar que o fascismo vença a guerra contra a Democracia.

Com acerto as lições de André Luíz Machado de Castro, ex-defensor-geral da DPGE-RJ, ao pontuar que a defesa do modelo de constitucionalismo social, da independência dos Poderes e das “instituições para a proteção da democracia” é uma tarefa permanente, lembrando que a atuação independente da Defensoria Pública muitas vezes esbarra nos interesses das forças políticas hegemônicas e, para não ser suplantada, deve encontrar respaldo na legitimação social, conquistada pelo fiel comprometimento com sua missão constitucional⁴⁰.

Sem democracia não há governo da maioria, não há liberdade nem discussão sobre igualdade de direitos. Sem democracia não há Defensoria. Portanto, a Defensoria Pública deve lutar pela existência e consolidação da democracia, a fim de manter a garantia de sua própria existência na sociedade brasileira.

³⁹ MAIA, Maurílio Casas. *Expressão e instrumento da democracia: sobre o Estado defensor e a EC 80/2014*. **Informativo COAD**, v. 46, p. 619-620, 2015.

⁴⁰ CASTRO, André Luíz Machado de. *Implementação da Autonomia da Defensoria Pública: um processo político, social e jurídico*. In: SCHREIBER, Anderson; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. (coord.). **Direito e transformação social**. Indaiatuba, SP: Foco, 2023. p. 67-68.

Se a Defensoria Pública tem por missão constitucional a tutela dos direitos humanos, em especial dos grupos vulneráveis, contra hegemônicos ou minoritários, a tutela de democracia deve se fazer sempre com este mesmo olhar crítico, inclusive de contenção (*veto players*) quando necessário, para se questionar eventuais abusos na atitude militante engendrada na ocasião.

A especialização de órgãos da Defensoria Pública de Defesa da Democracia, seja através de Núcleos Especializados ou de Coordenações temáticas, de preferência a partir de modelos cooperativos e conjuntos das Defensorias Públicas Estaduais e da União, o fortalecimento da função como *amicus democratiae*⁴¹ para também passar a opinar em processos relativos à democracia militante, e outros tantos exemplos também a partir de iniciativas já estabelecidas por outras instituições, podem ser possíveis caminhos para atuação efetiva desta Instituição a favor do regime democrático.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia deve lutar contra os seus inimigos, deve-se tornar militante. Apesar de a democracia hoje ser minoria no mundo, ainda se entende ser este o melhor regime de governo; e, assim, devemos lutar para que a democracia seja consolidada plenamente no Brasil e defendida de seus agressores.

Os fatos concretos ocorridos no Brasil não deixam dúvidas acerca da necessidade de medidas excepcionais que foram e são necessárias para se defender a democracia de pessoas e partidos antidemocráticos.

A Defensoria Pública não pode se sentir envergonhada com o barulho de fascistas, sendo inaceitável qualquer omissão em seu papel de defender a democracia. É uma instituição independente e com membros dotados de autonomia funcional para agir de forma adequada para os melhores interesses do Estado Democrático de Direito.

A Defensoria Pública deve se enxergar como um órgão de democracia militante, como a Constituição Federal de 1988 a desenhou. Deve se estruturar e especializar, além de contribuir pela educação em direitos e em democracia aos mais vulneráveis, sempre questionando e combatendo, em todas as instâncias judiciais, nacionais (em especial na justiça eleitoral e na Corte Constitucional) ou internacionais, de forma célere e efetiva, qualquer ameaça concreta à democracia brasileira.

Em um país como o Brasil, sem uma tradição democrática e ainda diante de uma democracia não plenamente consolidada, a promoção e defesa da democracia devem ser sempre militantes e vigilantes por todas as pessoas e por todas as instituições; devem ser instrumentos e expressões necessários para que o nosso regime político não deixe de seguir rigorosamente o projeto democrático idealizado em nossa Constituição de 1988.

⁴¹ ROCHA, Jorge Bheron; CAVALCANTE, Bruno Braga. A atuação defensorial como *amicus democratiae*: fortalecendo as relações interinstitucionais e prevenindo violações a direitos. In: CONGRESSO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS, 14., 2019, Rio de Janeiro. **Teses e práticas exitosas**: tema: defensoria pública: memória, cenários e desafios. Rio de Janeiro: ANADEP, 2019.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. A pandemia do COVID-19 e o acesso aos direitos e à justiça: reflexões sobre seus efeitos no presente e no futuro da atuação da Defensoria Pública.

Revista da Defensoria Pública da União, n. 15, p. 19-46, jan./jun. 2021. DOI: <https://doi.org/10.46901/revistadadpu.i15.p19-46>. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/516>. Acesso em: 17 jul. 2023.

ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. Nem “carta branca”, nem “ditadura judicial”. **Jota**, [São Paulo], 27 jan. 2023. Opinião. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nem-carta-branca-nem-ditadura-judicial-27012023>. Acesso em: 06 jul. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023].

CASSIMIRO, Paulo. Alexis de Tocqueville e o liberalismo francês: continuidades e rupturas sobre o conceito de democracia. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 33, n. 96, 2018. DOI: 10.17666/339605/2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/9ZZ7X8yKSVSNR8YCVg5qGDv/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 out. 2022.

CASTRO, André Luiz Machado de. Implementação da Autonomia da Defensoria Pública: um processo político, social e jurídico. In: SCHREIBER, Anderson; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. (coord.). **Direito e transformação social**. Indaiatuba, SP: Foco, 2023. p. 67-68.

CLITEUR, P. B.; GUIORA, A. N. Appendix A: Van den Bergh’s inaugural lecture, 28 September 1936. In: CLITEUR, P. B.; GUIORA, A. N. **Populist and Islamist challenges for international law**. Chicago: American Association Bar, 2019. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1887/3279403>. Acesso em: 29 maio 2024.

DEMOCRACY index 2022: frontline democracy and the battle for Ukraine. London: Economist Intelligence/EIU, [2023?]. Disponível em: https://pages.eiu.com/rs/753-RIQ-438/images/DI-final-version-report.pdf?mkt_tok=NzUzLVJJUS00MzgAAAGMcvtdBd3A8wvrtR-nka8NmviBXG5a83yVLsrfJ60iGPuDT6MCWWkwUSB12Xy-FhTGVnnuRo7PVpGwcAHVLSz-th65ugi7zPPdgZovHNfJb3uxD7p9A. Acesso em: 19 jun. 2023.

FRASER, Nancy. From progressive neoliberalism to Trump - and beyond. In: LÉGER, Marc James (ed.). **Identity trumps socialismo: the class and identity debate after neoliberalism**. New York, NY: Routledge, 2023. p. 99-113.

FRIDERICHS, Lidiane Elizabete. Transição democrática na Argentina e no Brasil: continuidades e rupturas. **AEDOS**, Porto Alegre, v. 9, n. 20, p. 439-455, ago. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/aedos/article/view/67044/43432>. Acesso em: 21 ago. 2023.

GONZÁLEZ, Pedro. A definição constitucional da Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático: para além de sua função simbólica. In: ALVES, Cleber Francisco (org.). **Defensoria Pública no século XXI: novos horizontes e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 5-51.

GUIZOT, François. **Histoire de la civilisation en Europe**. Paris: Hachette, 1985. Apresentado por Pierre Rosanvallon.

INSITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua: rendimento de todas as fontes 2022**. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102000_informativo.pdf. Acesso em: 07 jul. 2023.

INSITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Rendimento de todas as fontes:** 2022. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?edicao=36796&t=publicacoes>. Acesso em: 07 jul. 2023.

KALTWASSER, Cristóbal Rovira. Militant democracy versus populism. *In*: MALKOPOULOU, Anthoula; KIRSHNER, Alexander S. (org.). **Militant democracy and its critics: populism, parties, extremism.** Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019. p. 72-91.

LINZ, Juan J. Transiciones a la democracia. **Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas**, Madrid, n. 51, p. 7-33, 1990.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. **The American Political Science Review**, [Washington, DC], v. 31, n. 3, p. 417-432, Jun. 1937.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, II. **The American Political Science Review**, [Washington, DC], v. 31, n. 4, p. 638-658, Jun. 1937.

LOPES, Daniel Lozoya Constant. Contrapoder: o dever da Defensoria Pública Brasileira. *In*: MAIA, Maurilio Casas. (org.) **Defensoria Pública, constituição e ciência política.** São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 161-186.

LYNCH, Christian. Uma democracia, duas capitais: o que o Rio de Janeiro pode fazer pelo Brasil. **Insight Inteligência**, [s. l.], ano 20, n. 78, p. 14-41, 2017. Disponível em: <https://inteligencia.insightnet.com.br/3d-flip-book/78/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

MAIA, Maurilio Casas. Expressão e instrumento da democracia: sobre o Estado defensor e a EC 80/2014. **Informativo COAD**, v. 46, p. 619-620, 2015.

MUSSOLINI, Benito. **The doctrine of fascism.** [S. l.]: The Living Age, 1933.

PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise.** 2020. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos.** Tradução de Milton Amado. São Paulo: EdUSP, 1974. 2v.

POPPER, Karl R. **The open society and its enemies.** Princeton: Princeton University Press, 1945. 2v.

PORTANTIERO, Juan. La transición entre la confrontación y el acuerdo. *In*: NUN, José; PORTANTIERO, Juan (org.). **Ensayos sobre la transición democrática en Argentina.** Buenos Aires: Puntosur, 1987. p. 257-293.

RIJPKEMA, Bastiaan. Popper's Paradox of Democracy. **Think**, [s. l.], v. 11, n. 32, p. 93–96, 2012.

ROCHA, Jorge Bheron; CAVALCANTE, Bruno Braga. A atuação defensorial como amicus democratiae: fortalecendo as relações interinstitucionais e prevenindo violações a direitos. *In*: CONGRESSO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS, 14., 2019, Rio de Janeiro. **Teses e práticas exitosas:** tema: defensoria pública: memória, cenários e desafios. Rio de Janeiro: ANADEP, 2019.

ROSANVALLON, Pierre. **La contre-démocratie:** la politique à l'âge de la défiance. Paris: Seuil, c2006.

ROYER-COLLARD, Pierre Paul. **De la liberté de la presse**: discours. Paris: Librairie des Médecis, 1949.

SCHMIDT, Flávia de Holanda. **Presença de militares em cargos e funções comissionados do executivo** federal. Brasília, DF: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 2022. Nota técnica.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; COSTA, Domingos Barroso da. A mudança do papel da Defensoria Pública no regime democrático: da constitucio-
nalização da assistência judiciária a uma instituição da soberania popular. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 2, n. 33, p. 290-309, 2023. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/605>. Acesso em: 17 jul. 2023.

SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública ('revisitadas'): ainda faz sentido a visão individualista a respeito da instituição? **Revista de Direito do Estado**, [s. l.], v. 14, p. 49-105, 2009.

STANLEY, Jason. **Como funciona o fascismo**: a política do "nós" e "eles". Tradução: Bruno Alexander. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2019.

STF atende a pedido da AGU e determina medidas sobre manifestação antidemocrática marcada para esta quarta (11). **Supremo Tribunal Federal**, [Brasília, DF], 11 jan. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=500375&ori=1>. Acesso em: 6 jul. 2023.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la démocratie en Amérique I**. Paris: Gallimard, 1986.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Oeuvres III**. 2. ed. Paris: Gallimard, 2004.

V-DEM INSTITUTE. **Democracy report 2023**: defiance in the face of autocratization. *Gothenburg: V-DEM Institute: University of Gothenburg, 2023. Disponível em: https://v-dem.net/documents/29/V-dem_democracyreport2023_lowres.pdf*. Acesso em: 19 jun. 2023.

VIEIRA, Oscar Vilhena; BORGES, Ademar. Democracia militante e a quadratura do círculo. **Jota**, [São Paulo], 16 fev. 2023. Réplica. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-a-quadratura-do-circulo-16022023>. Acesso em: 06 jul. 2023

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CUSTOS VULNERABILIS EM PROL DA CASA NEM: UMA LUTA POR POLÍTICA PÚBLICA DE MORADIA ADEQUADA PARA POPULAÇÃO LGBTQIAPN+ NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

THE PROCEDURE OF THE PUBLIC DEFENSE OFFICE AS CUSTOS VULNERABILIS IN BENEFIT OF THE "CASA NEM": A FIGHT FOR ADEQUATE HOUSING PUBLIC POLICY FOR LGBTQIAPN+ POPULATION IN THE CITY OF RIO DE JANEIRO

Guilherme Cabral Pimentel da Silva

Pós-Graduado em Políticas Públicas e Tutela Coletiva

Resumo: Este artigo busca analisar uma nova vertente da atuação da Defensoria Pública após a Emenda Constitucional nº 80 de 2014, que consagrou a instituição como verdadeira curadora nacional dos vulnerabilizados, e inseriu no texto da Carta Magna o reconhecimento de sua função de tutelar direitos difusos e coletivos em casos de interesses dos mais necessitados. Surge, então, para doutrina institucional, a figura do *custos vulnerabilis*, que tem sido reiteradamente acolhida pela jurisprudência dos tribunais estaduais e superiores. A partir desse contexto, o artigo aborda a atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro nos autos do processo em que diversos núcleos familiares, autodeclarados como pessoas LGBTQIAPN+, compuseram o polo passivo de uma ação de reintegração de posse referente a um imóvel que estavam ocupando. Trata-se, ainda, de como a intervenção da Defensoria Pública buscou promover o acesso do grupo à política pública de moradia digna na capital carioca. A pesquisa bibliográfica e análise da jurisprudência dos tribunais superiores, bem como partes do processo antes mencionado, são a base para análise do caso relacionado à Casa Nem.

Palavras-chave: Defensoria Pública; população LGBTQIAPN+; políticas públicas; direito à moradia; Casa Nem.

Abstract: This article seeks to analyze a new aspect of the work of the Public Defender's Office after Constitutional Amendment nº 80 of 2014, which enshrined the institution as a true national curator of vulnerable people, and inserted in the text of the Magna Carta the recognition of its function of protecting collective and diffuse rights. Thus, the figure of "*custos vulnerabilis*" emerges from the institutional doctrine, which has been repeatedly accepted by the jurisprudence of superior courts. From this context, the performance of the Public Defender's Office of the State of Rio de Janeiro will be analyzed in the case records in which several family groups, self-declared as LGBTQIAPN+ people, were the defendant in a repossession action referring to a property that they were occupying. The article will also analyze how the intervention of the Public Defender's Office sought to promote the group's access to public housing policy available in the capital of Rio de Janeiro. The bibliographical research and analysis of the jurisprudence

of the superior courts, as well as the entire process mentioned above, were the basis for the analysis of the case related to Casa Nem.

Keywords: Public Defense office; LGBTQIAPN+ population; public policy; right to housing; Casa Nem.

1. INTRODUÇÃO

No presente artigo, é utilizada a sigla LGBTQIAPN+, abarcando o grupo composto por lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, transexuais e travestis, *queer*, intersexuais, assexuais, agêneros, pansexuais, não binários e outras identidades de gênero ou orientação sexual não compreendidas pelas letras da sigla.

Nos termos do artigo 134 da Carta Magna, a Defensoria Pública é conceituada como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, expressão e instrumento do regime democrático, tendo como principais funções a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados¹.

Nesse *múnus* constitucional, a Defensoria Pública se constitui como uma das formas de defesa do direito social à moradia adequada das pessoas mais vulnerabilizadas. Esse direito humano é intimamente conexo ao vetor axiológico do sistema constitucional vigente: a dignidade da pessoa humana.

A doutrina tem trabalhado a ideia de que os direitos humanos são direitos morais na medida em que são direitos garantidos por um legislador e que têm um fundamento externo, ou seja, uma justificação legítima enraizada na moralidade. Dessa forma, os direitos humanos não são, em regra, meramente coercitivos, bem como não possuem valor apenas porque decorrem de uma autoridade legítima com autoridade para criá-los. Esses direitos são valiosos, porque têm respaldo moral, que funciona como um filtro para dar-lhes legitimidade e torná-los aceitos por todas as pessoas².

Rogério Pacheco Alves, citando Habermas, aponta que, para o filósofo alemão:

A dignidade humana configura o portal através do qual o substrato igualitário e universalista da moral se traslada ao âmbito do direito e daí decorre a conversão da promessa moral de igual respeito a todo ser humano em moeda legal, conversão que revela a dupla face dos direitos humanos, vale dizer, seu conteúdo moral e, ao mesmo tempo, sua forma de direitos subjetivos. Em suma, os direitos humanos, via dignidade humana, são uma parte da moral que pode ser traduzida ao âmbito da lei coercitiva e transformada em uma realidade política e também o produto de uma "síntese inverossímil" entre a moral internalizada, justificada racionalmente e ancorada na consciência individual (Kant), e o direito promulgado e coercitivo do Estado moderno e de suas instituições³.

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 dez. 2022.

² ALVES, Rogério Pacheco. A ancoragem moral dos direitos humanos como obstáculo à implementação dos direitos das minorias. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 4, p. 43-68, 2019. p. 47. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/39587/33534>. Acesso em: 29 dez. 2022.

³ ALVES, Rogério Pacheco. A ancoragem moral dos direitos humanos como obstáculo à implementação dos direitos das minorias. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 4, p. 43-68, 2019. p. 48. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/39587/33534>. Acesso em: 29 dez. 2022.

O professor brasileiro ressalta que o problema, nesse aspecto, se dá justamente quando a moral e os conceitos universalmente aceitados se tornam barreiras para concretização dos direitos humanos das minorias. No Brasil, essa realidade é amplamente notada quando se observa que os direitos da população LGBTQIAPN+ foram conquistados a partir de decisões judiciais dos tribunais superiores, havendo, por outro lado, extraordinária dificuldade em implementar políticas públicas pelos gestores municipais, estaduais e federal voltadas para esse grupo em razão da moral comunitária compartilhada por grande parte da sociedade⁴.

Essa moral, de raízes largamente religiosas, possui ampla representatividade também no Congresso Nacional, o que reforça a adoção restrita do conceito de família previsto no artigo 226 da Constituição Federal, excluindo, dessa maneira, as relações homotransafetivas, e impedindo que os direitos das pessoas LGBTQIPN+ sejam positivados na legislação nacional. Nesse contexto, não há um movimento de acolhimento e apoio a preferências pessoais compartilhadas por grupos minoritários, tratando-se, portanto, na perspectiva dos direitos humanos, de uma relação com uma moralidade intersubjetiva e excludente⁵.

Na esteira dos direitos sociais constitucionalmente previstos, a exemplo do direito à moradia digna, a sua efetivação em prol de minorias sofre um impacto desproporcional em razão da dualidade teórica do mínimo existencial e da reserva do possível, que, por muitas vezes, norteia a implementação de políticas públicas no Brasil.

Oswaldo Ferreira de Carvalho ensina que as políticas públicas servem como meio de efetivação dos direitos previstos nas leis de um país, já que a Constituição em si não contém políticas públicas, mas sim direitos cujo cumprimento se dá por meio delas. Dessa forma, a política pública pode ser pensada como um plano de ação do governo, a ser executado por órgãos do próprio governo ou por organizações de terceiros (ONGs, OSCIPs, fundações etc.) através de parcerias e convênios com o Estado. Quando as ações governamentais visam atender a determinadas necessidades da sociedade, essas ações são vistas como políticas públicas da sociedade⁶.

E quando o próprio Estado invisibiliza as demandas de grupos minoritários da sociedade? E quando não há políticas públicas que objetivam assegurar a materialização de direitos humanos de pessoas que não compõem o *mainstream* social? A instituição que o ordenamento jurídico brasileiro prevê como responsável precipuamente pela promoção de direitos humanos é a Defensoria Pública. Não obstante ser órgão de Estado, é essa instituição que frequentemente adota uma conduta contramajoritária, posicionando-se de maneira oposta ao próprio Estado em casos de violação de direitos, notadamente em relação a grupos mais vulnerabilizados, como a população LGBTQIAPN+.

⁴ *Ibid.*, p. 47.

⁵ *Ibid.*, p. 53.

⁶ CARVALHO, Oswaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 6, n. 3, p. 773-794, set/dez. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/JsrYZ4CfJsDSRntd3L6BpHj/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 dez. 2022.

2. POPULAÇÃO LGBTQIAPN+ E A JURISPRUDÊNCIA RECENTE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

Meu pai me proporcionou a primeira experiência de exílio: a de ser homossexual e, por isso, alijado no âmbito paterno. Uma criança não pode fazer promessas de fidelidade ao que se espera dela. Como não tem a compreensão do que se passa consigo nem do que isso significa para a cultura do entorno, a criança “diferente” não tem elementos mínimos para se defender emocional e fisicamente da desaprovação e desconforto que a bombardeiam⁷.

De acordo com dados divulgados pelos movimentos “Acontece LGBTI+” e “Grupo Gay da Bahia” no Observatório de Mortes e Violências contra LGBTQIAPN+ no Brasil, entre 2000 e 2021, 5.362 (cinco mil e trezentas e sessenta e duas) pessoas morreram em função do preconceito e da intolerância perpetrada por uma parcela significativa da população, além da própria negligência das autoridades responsáveis pela concretização de políticas públicas adequadas para frear os casos de violência.

Em 2021, por exemplo, foi registrado um total de 316 mortes de pessoas LGBTQIAPN+. Desse quantitativo, dois grupos foram os mais violentados: a população de homens gays, representando 45,89% do total (145 mortes); e as travestis e mulheres trans, com 44,62% dos casos (141 mortes)⁸. O perfil das vítimas forma uma categoria de diagnóstico indispensável ao estudo sobre as mortes violentas no Brasil, notadamente quando o objetivo é entender as diferentes experiências vivenciadas por essa população. Travestis e mulheres transexuais, por exemplo, têm sido alvo preferencial de ataques em espaços públicos, ao mesmo tempo que sua exclusão social é marcada por obstáculos de inúmeras naturezas, como a dificuldade de acesso à educação formal e ao mercado formal de trabalho, assim como a falta de oportunidades em função da condição de travestilidade e transexualidade⁹.

No tocante ao espaço geográfico das mortes por segmento LGBTQIAPN+, nota-se algumas especificidades nos casos de homens gays e de travestis e mulheres transexuais. Enquanto 87 homens gays morreram em espaços privados, 46 foram mortos em espaços públicos. Esse dado indica que a maioria das mortes ocorreu nas residências desses homens. Já as travestis e mulheres transexuais morreram majoritariamente nos espaços públicos (93), enquanto 36 faleceram em espaços privados. Essa informação evidencia uma maior situação de vulnerabilidade de travestis e mulheres transexuais nos espaços públicos, onde geralmente a prática da violência se dá durante a atividade laborativa associada à prostituição¹⁰.

Esse cenário demonstra, indubitavelmente, a existência no Brasil de verdadeira LGBTQIAPN+fobia estrutural. De acordo com Roger Rios, discriminação, sob o prisma jurídico, pode ser descrita como:

⁷ TREVISAN, João Silvério. **Pai, pai**. Rio de Janeiro: Alfaguara, 2017. p. 207.

⁸ MORTES e violências contra LGBT+ no Brasil: dossiê 2021. In: OBSERVATÓRIO DE MORTES E VIOLÊNCIAS LGBT+ NO BRASIL. **Dossiês**: dossiê 2021. Florianópolis: Acontece LGBT+, Associação Nacional de Travestis e Transexuais - ANTRA, Associação Nacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos - ABGLT, 2022. p. 17. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2022/05/Dossie-de-Mortes-e-Violencias-Contra-LGBTI-no-Brasil-2021-ACONTECE-ANTRA-ABGLT-1.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2022.

⁹ *Ibid.*, p. 20.

¹⁰ *Ibid.*, p. 30-31.

qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar ao reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública¹¹.

A proibição à discriminação em razão do sexo, gênero ou orientação sexual já foi pauta de julgamento pela Corte Suprema brasileira quando do julgamento da ADI 4.277¹² (Rel. Min. AYRES BRITTO, Pleno, Dje de 14/10/2011), na qual afirmou-se que:

“[...] a alínea ‘i’ do Parecer Consultivo OC-24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar o Pacto de São José da Costa Rica em relação à presente matéria, exige amplo sistema legal protetivo: (i) O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, o que inclui a proteção contra a violência, tortura e maus-tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego e à moradia, o acesso à seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação [...].

Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da restrição da união estável apenas entre homem e mulher, considerando a união homoafetiva como direito à busca da felicidade. Pouco tempo depois, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) afirmou inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo¹³.

Em que pese ter havido decisões judiciais tão relevantes, é notória a resistência de parte do Poder Judiciário em aplicar o novo entendimento sobre as relações homoafetivas; o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175, em 2013, proibindo as autoridades competentes de se recusarem a habilitar ou celebrar casamento civil entre pessoas do mesmo sexo¹⁴.

Importante ressaltar que o STF, bem como a doutrina, reconheceu expressamente que o elemento base, estrutural e constitutivo do conceito de família é a chamada ética do afeto e, a partir de então, houve evolução considerável para abordar o direito de família como direito das famílias¹⁵.

No ano de 2018, o STF decidiu que é assegurado aos transgêneros o direito à alteração do nome e da identidade de gênero em sede administrativa, diretamente no

¹¹ RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 20.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico [...]. Relator: Min. Ayres Brito, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 10 mar. 2023.

¹³ STJ, RESP 1.183.378/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 25/10/2011.

¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Brasília, DF: CNJ, 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 28 dez. 2022.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 630-633.

registro civil, por autodeclaração, sem a necessidade de se submeterem à cirurgia de redesignação sexual ou hormonioterapia¹⁶.

Em 2019, a Corte Suprema, ao reconhecer a omissão do legislador em criminalizar a homofobia e a transfobia, determinou que tais condutas sejam punidas pela Lei do Racismo (Lei 7.716/1986), que prevê outros crimes de ódio: por discriminação ou preconceito por raça, cor, etnia, religião e procedência nacional. As penas são de um a cinco anos de prisão. O racismo é crime inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLII)¹⁷.

Sobre esse tema, impende mencionar o relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça sobre violência e discriminação contra a população LGBTQIAPN+, no qual restaram destacadas hipóteses recorrentes de apagamento estrutural de dados das violências ocorridas:

No caso das entrevistas com operadores do sistema de justiça e segurança pública, percebeu-se que ainda há poucas ações penais que caracterizem o ato criminoso como LGBTfóbico, apontando ainda para a baixa aplicação da decisão do STF que criminaliza a LGBTfobia. No caso do campo com vítimas de violências LGBTfóbicas, a dificuldade de encontrar pessoas que tivessem experienciado ou estivessem experienciando processos judiciais já indicava a dificuldade do acesso à justiça dessa população nesses casos. Tal como retratado em falas de vítimas, bem como em falas de pessoas atuantes em organizações da sociedade civil, movimentos sociais e equipamentos de atenção à população LGBTQIA+, ainda é raro que episódios de violência e violação com motivação LGBTfóbica sejam denunciados e se transformem em processos de fato¹⁸

Em 2020, o STF decidiu ser inconstitucional a restrição de doação de sangue por homens gays e bissexuais¹⁹. No julgamento da ADPF 787, por sua vez, o ministro Gilmar Mendes (STF) determinou ao Ministério da Saúde que adote medidas para que o SUS assegure o acesso a especialidades médicas à população transexual e travestis, respeitando a identidade de gênero com a qual o paciente se identifica²⁰.

Em 2022, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu que a Lei Maria da Penha se aplica aos casos de violência doméstica ou familiar contra mulheres transexuais. O STJ entendeu que, para efeito de incidência da lei, mulher trans deve ser considerada mulher, e determinou a aplicação das medidas protetivas

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional e Registral. Alteração do prenome e do sexo no registro civil. [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, 01 de março de 2018. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 155, n. 47, p. 1, 09 mar. 2018; e Recurso Extraordinário (RE) 670.422, Rel. para o acórdão, Min. Luiz Edson Fachin, julgado em 15/08/2018.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26**. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> e Mandado de Injução 4.733, T. Pleno, Rel. Min. Celso de Melo.

¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório de pesquisa**: discriminação e violência contra a população LGBTQIA+. Brasília, DF: CNJ: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2022.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543/DF**. Direito constitucional. Art. 64, IV, da portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e art. 25, XXX, D, da resolução da diretoria colegiada - RDC N. 34/2014 da Anvisa. [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de preceito fundamental 787/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 28 de junho de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6093095>.

requeridas por uma transexual, nos termos do artigo 22 da Lei 11.340/2006, após ela sofrer agressões do seu pai na residência da família²¹.

Os exemplos mencionados anteriormente indicam um movimento crescente de acolhimento e reconhecimento da população LGBTQIAPN+ na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros. Na academia, desde as décadas de 1980 e 1990, há um movimento para o estudo da chamada Teoria *Queer*, que busca desafiar o conceito binário, retirando, por conseguinte, a dualidade também entre heterossexualidade e homossexualidade, haja vista que aquela só existiria quando oposta a esta, sendo esta sempre inferiorizada²². O professor Richard Miskolc ensina:

A heteronormatividade expressa as expectativas, as demandas e as obrigações sociais que derivam do pressuposto da heterossexualidade como natural e, portanto, fundamento da sociedade. Muito mais do que o apreço de que a heterossexualidade é compulsória, a heteronormatividade é um conjunto de prescrições que fundamenta processos sociais de regulação e controle, até mesmo aqueles que não se relacionam com pessoas do sexo oposto. [...] O estudo da heteronormatividade como aparato do poder e força normalizadora característica da ordem social do presente foi (e algumas vezes ainda é) confundido como a descrição das normas contra as quais lutariam sujeitos socialmente classificados como anormais, pervertidos, sexualmente desviantes, em suma, termos sintetizados pela palavra *queer* na língua inglesa. No entanto, os principais teóricos *queer* demonstraram que tais sujeitos frequentemente também estão enredados na heteronormatividade. O foco *queer* na heteronormatividade não equivale a uma defesa de sujeitos não-heterossexuais, pois ele é, antes de mais nada, definidor do empreendimento desconstrutivista dessa corrente teórica com relação à ordem social e os pressupostos que embasam toda uma visão de mundo, práticas e até mesmo uma epistemologia. Em síntese, o estudo da sexualidade necessariamente implica explorar os meandros da heteronormatividade, tanto a homofobia materializada em mecanismos de interdição e controle das relações amorosas e sexuais entre pessoas do mesmo sexo, quanto a padronização heteronormativa dos homo orientados²³.

Percebe-se, portanto, que a naturalização da “regra” heterossexual, ao monopolizar as subjetividades no binarismo hétero/homo, institui formas de poder em que a diferença é tratada como um desvio ou uma anomalia. A partir da definição do comportamento ou do ser violador da “regra” heterossexual, essa lógica heteronormativa potencializa inúmeras formas de violências (simbólicas e interindividuais) nas quais a diversidade sexual e de gênero é vitimizada (homotransfobia)²⁴.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial 1977124 SP**. Recurso Especial. Mulher trans. Vítima de violência doméstica [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: L A DA S F. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 05 de abril de 2022. DJe 22/04/2022; LEI Maria da Penha é aplicável à violência contra mulher trans, decide sexta turma. Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 06 abr. 2022. Notícias. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portals/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Lei-Maria-da-Penha-e-aplicavel-a-violencia-contra-mulher-trans--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2023.

²² MISKOLCI, Richard. A teoria *Queer* e a sociologia: o desafio de uma analítica da normalização. **Sociologias**, [s. l.], v. 11, n. 21. Porto Alegre, jan./jun., 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/soc/a/BkRJyv9GszMddwqpnrcJvnd/?format=pdf>. Acesso em: 10 mar. 2023.

²³ *Ibid.*

²⁴ CARVALHO, Salo; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito, racismo e homofobia nas ciências criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 204-205.

3. O DIREITO A MORADIA ADEQUADA E SUA EFETIVA IMPLEMENTAÇÃO: “A CASA NÃO ‘NASCE’ PARA TODES”

O art. 1º da Constituição Federal de 1988 prevê como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Numa análise sequenciada do texto constitucional, vislumbra-se que, dentre os objetivos fundamentais da República estabelecidos, tem-se o de construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme dispõe o art. 3º da Constituição Federal de 1988²⁵.

A prevalência dos direitos humanos, prevista no artigo 4º da CF, é um dos princípios orientadores da Federação. O Art. 23, por sua vez, determina que, dentre as competências comuns dos entes federativos, está a de zelar pela guarda da Constituição, cuidar da saúde e da assistência pública, combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, de forma a promover a integração social dos setores menos favorecidos²⁶.

Nessa temática, aduz o art. 170, ao tratar da ordem econômica e financeira, que ela tem por objetivo assegurar a todos uma existência digna. Já o art. 193, que dispõe sobre a ordem social, assevera que esta visa o bem-estar e a justiça social²⁷. Há, portanto, inúmeros dispositivos constitucionais privilegiando a dignidade do ser humano, cuja parte do seu núcleo inexorável abarca os direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais.

No tocante aos direitos sociais, a CF prevê, em seu art. 6º, o direito social fundamental à moradia, que foi elevado ao texto constitucional através da Emenda à Constituição nº 26, no ano de 2000²⁸.

No plano internacional, a necessidade de proteção à moradia foi identificada ainda quando da edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem²⁹, promulgada pela Resolução 271-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 10 de dezembro de 1948, tendo sido ratificada pelo Brasil na oportunidade. No art. XXV, item I da referida Declaração, a “habitação” era considerada como item indispensável a uma vida digna, consubstanciada no bem-estar.

O termo “moradia”, por seu turno, só foi expressamente previsto no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assentido pelo Brasil quase 30 anos após sua promulgação. O art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) estabelece que: “Os Estados signatários do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e

²⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 15 mar 2023.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Paris: Nações Unidas, 1948. Disponível em <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2023.

para a sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma contínua melhoria de suas condições de vida”³⁰.

A ONU, no Comentário Geral nº IV, ao interpretar o artigo supra indicado, define o que considera uma moradia adequada, elencando sete premissas:

1) Segurança da posse: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças; 2) Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura: a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo; 3) Economicidade: a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes; 4) Habitabilidade: a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde; 5) Acessibilidade: a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levados em conta; 6) Localização: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas e 7) Adequação cultural: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural³¹.

José Afonso da Silva classifica os direitos sociais como prestações positivas estatais dispostas em normas legais ou constitucionais, que asseguram uma vida melhor aos mais vulneráveis. Nesse aspecto, os direitos sociais estariam ligados à igualdade material e são, portanto, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios³².

Esses propósitos compensatórios são ainda mais relevantes quando se analisa a situação da População LGBTQIAPN+ e a violência intrafamiliar que a atinge. Isso ocorre porque diversos grupos enfrentam dificuldades específicas ao tentar exercer seu direito à moradia. Como resultado de quem são, devido à discriminação presente na sociedade, algumas pessoas experimentam desafios desproporcionais na tentativa de exercer seus direitos. Desta forma, é necessário estar atento às circunstâncias singulares de indivíduos e grupos, em particular aqueles que vivem em situação de vulnerabilidade, a fim de proteger efetivamente o direito à moradia adequada.

É certo que a moradia é uma condição material necessária à dignidade da pessoa humana, tratando-se, portanto, de um direito social que proporciona ao indivíduo integração social e desenvolvimento de suas capacidades. Por meio da moradia, é

³⁰ BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm#:~:text=DECRETO%20No%20592%2C%20DE%206%20DE%20JULHO%20DE%201992.&text=Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos. Acesso em: 15 mar. 2023.

³¹ UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **General comment nº 04**: the right to adequate housing (Art. 11, Para. 1). Geneva: United Nations. Office of the high commissioner for human rights, 1991.

³² SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. edição. Malheiros: 2009. p. 286-287.

possível que o indivíduo mais vulnerável possa, de fato, participar e implementar ações na sociedade, como verdadeiro instrumento do Estado Social³³.

Para que isso ocorra, o Estado deve assumir uma dupla responsabilidade na defesa do direito à moradia adequada ao se dedicar à implementação de políticas públicas de direitos sociais: publicação de atos normativos e adoção de ações práticas relacionados com a execução dessas leis, inclusive com destinação orçamentária própria³⁴.

Celina Souza pontua que a formulação de políticas públicas é o processo por meio do qual os gestores colocam em prática suas metas que possam resultar e impactar mudanças na sociedade. Depois de pensadas e formuladas, as políticas públicas se manifestam por meio de planos, programas, projetos, bancos de dados, sistemas de informação e projetos de pesquisa³⁵.

Uma vez implantadas, as políticas públicas são objeto de monitoramento e avaliação. Pela sua própria definição, política pública é criada em nome do “público”, da sociedade, normalmente iniciada pelo governo (federal, estadual ou municipal) e executada por atores públicos e privados. Importante destacar que política pública é também aquilo que o governo escolhe não fazer³⁶.

No tocante à população LGBTQIAPN+ no Rio de Janeiro, as políticas públicas se dão, precipuamente, por meio dos centros de cidadania criados no âmbito estadual. De acordo com o Programa Rio sem LGBTifobia, são, atualmente, 16 equipamentos, sendo 14 centros de cidadania e 2 núcleos de atendimento descentralizado. Do total, 3 estão situados na capital, sendo um no centro, um em Santa Cruz e um no Complexo da Maré. Os Centros de Cidadania LGBTI oferecem suporte às pessoas LGBTQIAPN+, com atendimento social e psicológico, além de acompanhamento jurídico, se houver necessidade³⁷.

No município do Rio de Janeiro, a articulação política voltada para promover os direitos da população LGBTQIAPN+ é da CEDS – Coordenadoria Executiva de Diversidade Sexual. De acordo com o perfil do órgão na rede social *LinkedIn*, a Coordenadoria tem por objetivo articular com as pastas do governo municipal as ações em prol da comunidade. No texto, é afirmado que a CEDS não é ordenadora de despesas e nem mandatária, fazendo apenas a interlocução com as secretarias e aparelhos da Prefeitura³⁸.

³³ LIMA, Mateus Fernandes Vilela. O direito à moradia e as políticas públicas habitacionais brasileiras da segunda década do século XXI. **GEO UERJ**, n. 36, e48406, 2020. DOI: 10.12957/geouerj.2020.48406. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/geouerj/article/download/48406/32332>. Acesso em: 15 mar. 2023.

³⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 260-263.

³⁵ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/6YsWyBWZSdFgfSqDVQhc4jm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 dez. 2022.

³⁶ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas**: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13-16.

³⁷ RIO DE JANEIRO. Políticas Públicas LGBTQI+. Disponível em: https://secretarias.rj.gov.br/secretaria/PaginaDetalhe.aspx?id_pagina=15138. Acesso em: 25 mar. 2023.

³⁸ RIO DE JANEIRO (Município). Coordenadoria Especial da Diversidade Sexual. **CEDS Rio**: sobre. Rio de Janeiro, [201?]. LinkedIn. Disponível em: <https://br.linkedin.com/in/ceds-rio-860964191>. Acesso em: 25 mar. 2023.

No final do mês de dezembro de 2022, a Coordenadoria publicou, em seu perfil no Instagram, uma “prestação de contas” das ações empreendidas no último ano. Dentre elas, estão³⁹:

- > Ampliação do acesso à Prep
Treinamento de enfermeiros da rede municipal de atenção primária à saúde e promoção da descentralização da prescrição de PrEP para as Clínicas de Família e Centros de Saúde.
- > Campanha anual contra a LGBTIfobia
Instalação de placas do Circuito Cultural LGBTI+ em homenagem a personalidades cariocas, campanha em todos os canais da Prefeitura do Rio e sessão solene na Câmara dos Vereadores.
- > Projeto Garupa
Financiado por instituição internacional, desconstrói barreiras de acesso à saúde da população LGBTI+, com ênfase na população trans e engajamento na vacinação contra a Covid-19.
- > Capacitrans
Empreendedorismo voltado para a população LGBTI+, com foco em pessoas trans em situação de vulnerabilidade.
- > Participação no Programa de Fomento Carioca (FOCA)
Inclusão da categoria LGBTI+ e promoção de oficina para orientação dos produtores que desejassem concorrer nesta categoria.
- > Programa Banco de Talentos CEDS
Cadastro de pessoas LGBTI+ para inserção no mercado formal de trabalho, em parceria com empresas e eventos.
- > Denúncias de LGBTIfobia na Central 1746
Inclusão de denúncias LGBTIfobia nos canais de atendimento da Central 1746.
- > 1ª edição do campeonato de handebol LGBTI+
Campeonato formado exclusivamente por jogadores LGBTI+ no Parque Olímpico do Rio.
- > Campanha de testagem HIV – “Livres é saber”
Semana de intensificação do incentivo a testagem de HIV e outras ISTs e de conscientização da realização dos exames e início de tratamento precoce, em parceria com a SMS.
- > Live Q da Questão com o Popline
Live com participação de Lis Lemes, Adriana Arantes e Nick Crus sobre visibilidade trans.
- > Visibilidade e Saúde Transmasculina
> Falas Vivas
Série de 3 (três) vídeos publicados nas redes sociais sobre a vivência de pessoas trans com idade superior à da expectativa de vida dessa população no Brasil.
- > Concurso para vídeo sobre prevenção às ISTs
Concurso de vídeos-pílula sobre prevenção às ISTs com premiações de até R\$ 5 mil reais.
- > Capacitação dos servidores do 1746 – aconteceu ao longo do ano
Treinamento para o atendimento à população LGBTI+ para servidores do 1746.
- > Apoio a ações do Nudiversis para retificação de Nome Civil
Inclusão dos atendidos no cadastro do Projeto Garupa.
- > 2ª fase do Projeto Garupa
Ampliação das ações intersetoriais, a partir de celebração de parceria com a SMAS, para acolhimento de cidadãos LGBTI+ em condições de extrema vulnerabilidade e em situação de rua.

³⁹ RIO DE JANEIRO (Município). Coordenadoria Especial da Diversidade Sexual. **Prestação de contas da CEDS**. Rio de Janeiro, 22 dez. 2022. Instagram: cedsrio. Disponível em: https://www.instagram.com/p/Cmej0bfJ9Sh/?img_index=1. Acesso em: 25 mar. 2023.

- > Capacitação de Profissionais da Rede Municipal de Saúde
- Treinamento dos servidores para o atendimento à população LGBTI+, que se estendeu ao longo de todo o ano.
- > Campanha de prevenção de Carnaval
- Com o slogan “Deu Match? Use Camisinha!”, equipes distribuíram kits de preservativos e material informativo sobre sexo seguro e respeito à população LGBTI+ em diversos pontos da cidade.
- > Live do Dia Internacional do combate à LGBTIfobia
- Live transmitida a partir do Teatro Sérgio Porto.
- > Dia do Orgulho LGBTI+
- Série de vídeos sobre o Projeto Garupa para celebração e reflexão sobre a diversidade.
- > Diversidade Qualificada
- Parceria com o SENAC RJ para oferecer cursos de formação profissional à população LGBTI+ de baixa renda.
- > DAM+
- Projeto que oferece complementação do ensino fundamental a pessoas trans evadidas das escolas pelo preconceito e discriminação, prejudicando assim sua inserção no mercado formal de trabalho.
- > 27ª Parada do Orgulho LGBTI+
- Evento na praia de Copacabana com a participação de diversas secretarias municipais com equipes para orientação jurídica e psicológica, informações sobre campanhas de prevenção de ISTs e de combate à discriminação.
- > Dezembro Vermelho
- Campanha nacional de prevenção ao HIV/aids e outras ISTs.

Não obstante as ações indicadas pela Coordenadoria Executiva de Diversidade Sexual carioca sejam relevantes, não foi possível identificar qualquer medida concreta para assegurar o direito à moradia adequada à população LGBTQIAPN+ no município do Rio de Janeiro.

Outro fator importante sobre política pública é que ela precisa ser financiada. Dificilmente haverá política pública efetiva sem orçamento suficiente para executar sua proposta. Em março de 2021, quando assumiu novamente o cargo de coordenador da CEDS, o estilista e militante Carlos Tufvesson afirmou que a Coordenadoria nunca possuiu dotação orçamentária e que sempre trabalharam com orçamento bem baixo para o nível do resultado que era apresentado⁴⁰.

Durante a pandemia do novo coronavírus, a Prefeitura do Rio de Janeiro chegou a inaugurar um abrigo provisório para pessoas LGBTQIAPN+⁴¹, no entanto a política de acolhimento não se tornou permanente.

A título exemplificativo, a Prefeitura de São Paulo inaugurou em 2016 a primeira casa de acolhimento para mulheres transexuais⁴². Atualmente, o município possui

⁴⁰ SANTOS, Eliane. Carlos Tufvesson retoma trabalho na Coordenadoria da Diversidade Sexual do Rio: ‘quero reestruturar o órgão’. **G1**, Rio de Janeiro, 16 mar. 2021. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/03/16/carlos-tufvesson-retoma-trabalho-na-coordenadoria-da-diversidade-sexual-do-rio-quer-reestruturar-o-orgao.ghtml>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁴¹ PREFEITURA do Rio inaugura Centro Provisório de Acolhimento dedicado à população LGBT+. **Rio Prefeitura**, Rio de Janeiro, 28 jun. 2020. Disponível em: <https://prefeitura.rio/assistencia-social-direitos-humanos/prefeitura-do-rio-inaugura-centro-provisorio-de-acolhimento-dedicado-a-populacao-lgbt/>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁴² PREFEITURA abre primeiro centro de acolhida para transexuais do Brasil. **Cidade de São Paulo**, São Paulo, 28 abr. 2016. Notícias. Disponível em: <https://www.capital.sp.gov.br/noticia/prefeitura-abre-primeiro-centro-de-acolhida-para>. Acesso em: 23 mar. 2023.

três centros especializados desse tipo⁴³. No mês de dezembro de 2022, a capital Belo Horizonte inaugurou a primeira Casa de Acolhimento da cidade. De acordo com a Prefeitura, a casa é um serviço na modalidade abrigo institucional destinado ao acolhimento de pessoas LGBT maiores de 18 anos completos, prioritariamente em situação de pobreza e/ou pobreza extrema e com rompimento ou fragilidade dos vínculos familiares e comunitários decorrentes da vivência de violência física, verbal e/ou psicológica e discriminação e violação de direitos em consequência da LGBTfobia⁴⁴.

4. A DEFENSORIA PÚBLICA COMO *CUSTOS VULNERABILIS* E A ATUAÇÃO EM DEFESA DA CASA NEM

4.1. O novo paradigma institucional da Defensoria Pública após a Emenda Constitucional nº 80/2014

Quando a Constituição de 1988 foi promulgada, a Defensoria Pública não possuía autonomia, sendo considerada órgão do Poder Executivo. Com a Emenda Constitucional nº. 45, conhecida como reforma do Judiciário, foi assegurada às Defensorias Públicas estaduais a autonomia funcional, administrativa e de proposta orçamentária. Com a EC nº 69/2012, a autonomia foi estendida ao Distrito Federal e, com a EC nº 74/2013, à Defensoria Pública da União⁴⁵.

Sobre as mudanças advindas da EC nº 80/2014, destaca o professor Caio Paiva:

A Defensoria Pública ganhou, com a EC 80/2014, um novo perfil constitucional, o qual projetou a instituição para um patamar normativo inédito, trazendo, além da já citada obrigação do Poder Público de universalizar o acesso à Justiça e garantir a existência de defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais no prazo máximo de oito anos, as seguintes inovações: 1) inserção da Defensoria Pública em seção exclusiva no rol das funções essenciais à Justiça, separada, agora, da advocacia; 2) explicitação ampla do conceito e da missão da Defensoria Pública; 3) inclusão dos princípios institucionais da Defensoria Pública no texto constitucional; e 4) aplicação de parte do regramento jurídico do Poder Judiciário, no que couber, à Defensoria Pública, principalmente a iniciativa de lei⁴⁶.

A Emenda Constitucional nº 80 conceituou a Defensoria Pública, ainda, enquanto “expressão e instrumento do regime democrático, incumbida da Defesa dos Necessitados (vulnerabilizados e hipossuficientes), em todos os graus, judicial ou extrajudicial, dos

⁴³ CENTRO de Acolhida Especial (CAE) para mulheres transexuais. **Cidade de São Paulo**: assistência e desenvolvimento social, São Paulo, 26 out. 2022. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/assistencia_social/rede_socioassistencial/mulheres_vitimas_de_violencia/index.php?p=332517. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁴⁴ CASA de acolhimento LGBT. **Prefeitura de Belo Horizonte**, Belo Horizonte, 12 dez. 2022. Disponível em: <https://prefeitura.pbh.gov.br/smasac/sudc/equipamentos/casa-de-acolhimento-LGBT>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁴⁵ PAIVA, Caio. EC 80/2014 dá novo perfil constitucional à Defensoria Pública. **ConJur**, [São Paulo], 06 out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-06/tribuna-defensoria-ec-802014-perfil-constitucional-defensoria-publica>. Acesso em: 28 dez. 2022.

⁴⁶ *Ibid.*

direitos individuais e coletivos (transindividuais/supraindividuais), de maneira integral e gratuita”⁴⁷, conforme se verifica no *caput* do art. 134.

A partir de então, a Defensoria Pública alcançou o patamar constitucionalmente assegurado de expressão e o instrumento do regime democrático, alargando significativamente seu rol de funções institucionais, o que fez emergir a teoria do *custos vulnerabilis*. Essa expressão, cunhada pelo Defensor Público amazonense, Maurílio Casas Maia, distingue o perfil de atuação daquele destinado ao Ministério Público, sendo este o fiscal da ordem jurídica, enquanto a missão defensorial busca a defesa dos vulnerabilizados, missões nitidamente diferentes⁴⁸.

A atuação como *custos vulnerabilis*, sob à ótica da instituição responsável por promover a democracia e os direitos humanos, se torna mecanismo para participação político-social de grupos vulnerabilizados. A instituição, que decorre do próprio Estado Democrático de Direito, desponta como instrumento a fim de amplificar a voz das minorias⁴⁹. Enquanto missão institucional da Defensoria Pública, cabe a ela também ser a curadora nacional de defesa desses grupos, muitas vezes com flagrante função contramajoritária, na esfera judicial ou administrativa; de forma individual ou coletiva⁵⁰.

Notadamente em relação à defesa dos necessitados, compete advertir sobre os limites dessa atribuição e, concomitantemente, analisar quais as implicações do texto presente no art. 5º, LXXIV da CF/88, que determina a prestação de assistência jurídica aos que demonstrarem insuficiência de recurso. Há tempos, se reconhecia a legitimidade da atuação da Defensoria Pública limitada àqueles casos em que presentes indivíduos economicamente necessitados. Inobstante a carência econômica seja um indicativo acerca da qualidade de necessitado de certa pessoa ou grupo, destaca-se que o Constituinte não restringiu o caráter de necessitado ao economicamente necessitado. Tem-se, por outro lado, uma leitura ampla do dispositivo supra indicado, haja vista a existência de múltiplas necessidades juridicamente relevantes, que dão azo à atuação da Defensoria Pública, a exemplo da atuação em prol do consumidor, do idoso, da mulher vítima de violência doméstica, do indígena, do quilombola e também da população LGBTQIAPN+⁵¹.

Nesse contexto, ensina o defensor público do Paraná, Bruno de Almeida Passadore:

Aludida situação de necessidade, aliada ao papel da Defensoria Pública atrai, por consectário lógico, o interesse institucional do órgão defensorial, não sendo feita qualquer análise da situação econômica do indivíduo que vem a se encaixar no perfil de necessitado. Não por outra razão, é garantido o acesso a toda criança e adolescente aos serviços da Defensoria Pública e não só de toda criança e adolescente economicamente desprovido (art. 141, *caput*, do ECA. A mesma

⁴⁷ ARRUDA, Igor Araújo de. Ampliação constitucional à Defensoria Pública e aos assistidos: EC n. 80/2014. **Jus.com.br**, [s. l.], 22 jul. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28951/ampliacao-constitucional-a-defensoria-publica-e-aos-assistidos>. Acesso em: 28 dez. 2022.

⁴⁸ MAIA, Maurílio Casas. Custos vulnerabilis constitucional: o Estado defensor entre o REsp 1.192.577-RS e a PEC 4/14. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, v. 18, n. 417, p. 55-57, jun. 2014.

⁴⁹ GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurílio Casas. **Custos vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis**. Belo Horizonte: Editora CEL, 2020. p. 52-55.

⁵⁰ PASSADORE, Bruno de Almeida. A Defensoria Pública enquanto custos vulnerabilis. In: MAIA, Maurílio Casas (org.). **Defensora Pública, democracia e processo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 121-128.

⁵¹ PASSADORE, Bruno de Almeida. A Defensoria Pública enquanto custos vulnerabilis. In: MAIA, Maurílio Casas (org.). **Defensora Pública, democracia e processo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 121-128.

situação ocorre em relação à mulher vítima de violência doméstica, à qual é garantido a assistência da Defensoria Pública, independentemente de sua situação financeira (art. 28, da L. 11.340/06). Aliás, a atuação defensorial, nestes casos, é apontada pela Lei Orgânica da Defensoria Pública como efetiva atribuição institucional (art. 4º, XI, da Lei Complementar 80/94). A atuação da Defensoria Pública, como se percebe, não se resume, portanto, à simples assistência dos hipossuficientes. Não desconhecendo algumas posições contrárias a este entendimento, trata-se de perceber, neste aspecto, que o texto normativo traz em si um compromisso, ou seja, uma identificação minimamente necessária à interpretação jurídica, a tornar juridicamente equivocado entendimento que limite a atuação da Defensoria Pública a situações de simples carência de recursos financeiros, algo que membros desta instituição inclusive já tiveram a oportunidade de apontar em nível acadêmico. A Defensoria Pública pode atuar como substituto processual da coletividade em demandas de caráter transindividuais (ações civis públicas), sendo reconhecida a legitimidade ativa da instituição para este fim (art. 5º, II, da LACP; art. 4º, VII, da Lei Complementar 80/94, etc.). Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, na paradigmática Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.943/DF, reconheceu a adequação da legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizamento de ações coletivas com nosso sistema constitucional⁵².

Maurílio Casas Maia assevera que a intervenção do defensor público, enquanto representante do Estado Defensor, vai muito além da substituição do advogado privado, sendo possível, além da já conhecida legitimidade coletiva, a intervenção institucional com lastro em seu interesse institucional. Reconhece-se então a intervenção da Defensoria Pública em procedimentos judiciais e extrajudiciais na qualidade de interveniente (e não como simples parte ou representante judicial desta), ante a sua atribuição prevista no texto constitucional e legal⁵³.

O caráter instrumental da curadoria nacional dos vulnerabilizados, por sua vez, justifica-se como efeito natural e imprescindível dos objetivos dispostos no artigo 3º da Carta Magna de 1988, posto que a promoção do bem de todos (inc. IV), a erradicação da pobreza e da marginalização, com redução das desigualdades (inc. III), de modo a construir uma sociedade desenvolvida (inc. II), livre, justa e solidária (inc. I), depende, essencialmente, da consolidação das atribuições definidas no art. 134 da Constituição⁵⁴.

Importante observar que o texto constitucional não condicionou de qualquer modo a proteção e a promoção dos direitos humanos pela Defensoria Pública, razão pela qual o ordenamento jurídico pátrio concede à Defensoria Pública um vasto arcabouço jurídico que vai muito além daquele disponível ao advogado privado. Por esse motivo, a jurisprudência dos tribunais tem, de maneira reiterada, reconhecido a legitimidade da intervenção da Defensoria Pública, em nome próprio, na defesa dos grupos em situação de vulnerabilidade.

⁵² *Ibid.*

⁵³ MAIA, Maurílio Casas. A segunda onda de acesso à justiça e os necessitados constitucionais: por uma visão democrática da Defensoria Pública. In: CORREA, André Costa *et al.* (org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Birigui: Ed. Boreal, 2015. p. 187.

⁵⁴ MAIA, Maurílio Casas. A segunda onda de acesso à justiça e os necessitados constitucionais: por uma visão democrática da Defensoria Pública. In: CORREA, André Costa *et al.* (org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Birigui: Ed. Boreal, 2015.

Em 2019, o Superior Tribunal de Justiça assentou a tese de que se admite a intervenção da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*, nas hipóteses em que há formação de precedentes em favor dos vulnerabilizados e dos direitos humanos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. PLANO DE SAÚDE. CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO PELA ANVISA. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INTEGRATIVO ACOLHIDO EM PARTE. 1. O presente recurso integrativo foi interposto contra acórdão publicado na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. Na espécie, após análise acurada dos autos, verificou-se que o acórdão embargado deixou de analisar a possibilidade de admissão da Defensoria Pública da União como custos vulnerabilis. 3. Em virtude de esta Corte buscar a essência da discussão, tendo em conta que a tese proposta neste recurso especial repetitivo irá, possivelmente, afetar outros recorrentes que não participaram diretamente da discussão da questão de direito, bem como em razão da vulnerabilidade do grupo de consumidores potencialmente lesado e da necessidade da defesa do direito fundamental à saúde, a DPU está legitimada para atuar como quer no feito. 4. O acórdão embargado não foi contraditório e, com clareza e coerência, concluiu fundamentadamente que i) é exigência legal ao fornecimento de medicamento a prévia existência de registro ou autorização pela ANVISA; e ii) não há como o Poder Judiciário, a pretexto de ver uma possível mora da ANVISA, criar norma sancionadora para a hipótese, onde o legislador não a previu. 5. A contradição que autoriza os aclaratórios é a inerente ao próprio acórdão. 6. O recurso integrativo não se presta à manifestação de inconformismo ou à rediscussão do julgado. 7. Embargos de declaração acolhidos, em parte, apenas para admitir a DPU como custos vulnerabilis. (EDcl no Resp n. 1.712.163/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 25/9/2019, DJe de 27/9/2019⁵⁵).

Oportuno ainda esclarecer que a intervenção da Defensoria Pública em nome próprio, enquanto guardião dos vulneráveis, encontra ainda ressonância na melhor doutrina, conforme se verifica nas lições de Cassio Scarpinella Bueno, em alusão aos artigos 134 da Constituição Federal e 185 do Código de Processo Civil:

Com base nessa missão institucional, é correto aplaudir e desenvolver o entendimento de que a Defensoria Pública deve atuar, em processos jurisdicionais individuais e coletivos, na qualidade de custos vulnerabilis para promover a tutela jurisdicional adequada dos interesses que lhe são confiados, desde o modelo constitucional, similarmente ao que se dá com o Ministério Público quanto ao exercício de sua função de custos legis, ou, como pertinentemente prefere o CPC de 2015, fiscal da ordem jurídica⁵⁶.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Especial 1712163/SP**. Processual Civil. Embargos de Declaração no Recurso Especial. Recurso manejado sob a égide no NCPC. Rito dos recursos especiais repetitivos. Plano de saúde. [...] Relator: Min. Moura Ribeiro, 25 de setembro de 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201712163>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁵⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 235.

Nesse contexto, infere-se que uma das principais decorrências do reconhecimento da teoria do *custos vulnerabilis*, enquanto uma das modalidades de terceiro interveniente, consiste na possibilidade de que, em todo e qualquer contexto em que se discutam interesses de vulnerabilizados, seja viável (e recomendável) a intervenção da Defensoria Pública, independentemente de haver ou não advogado particular constituído em defesa das partes. Trata-se, portanto, de uma espécie de intervenção de terceiros atípica, específica e exclusiva da Defensoria Pública.

Destaca-se, ainda, a atual interpretação jurisprudencial do termo “necessitados”, prevista no art. 5º, LXXIV, CF, a ensejar a atuação defensorial:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL NOS EMBARGOS INFRINGENTES. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FAVOR DE IDOSOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM RAZÃO DA IDADE TIDO POR ABUSIVO. TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFESA DE NECESSITADOS, NÃO SÓ OS CARENTES DE RECURSOS ECONÔMICOS, MAS TAMBÉM OS HIPOSSUFICIENTES JURÍDICOS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. (...) 2. A atuação primordial da Defensoria Pública, sem dúvida, é a assistência jurídica e a defesa dos necessitados econômicos, entretanto, também exerce suas atividades em auxílio a necessitados jurídicos, não necessariamente carentes de recursos econômicos, como é o caso, por exemplo, quando exerce a função do curador especial, previsto no art. 9.º, inciso II, do Código de Processo Civil, e do defensor dativo no processo penal, conforme consta no art. 265 do Código de Processo Penal. (...) 4. “A expressão ‘necessitados’ (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros - os miseráveis e pobres -, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, ‘necessitem’ da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no Welfare State, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de *minus habentes* impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana” (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012). (...) (EResp 1192577/RS - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL 2014/0246972-3; Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL; Data do Julgamento 21/10/2015; Data da Publicação/Fonte DJe 13/11/2015. REVPRO vol. 254 p. 510 – Informativo 573⁵⁷.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a atuação como *custos vulnerabilis* já foi acolhida, especialmente em casos de litígios coletivos possessórios:

Agravo de instrumento. Ação civil pública ajuizada pelo Município de Macaé. Tutela provisória para determinar a desocupação de unidades invadidas, em

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargo de Divergência em Recurso Especial nº1192577/RS**. Embargos de divergência no recurso especial nos embargos infringentes. Processual civil. Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública em favor de idosos. [...]. Embargante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Embargado: Sociedade Dr Bartholomeu Tacchini - Plano de saúde Tacchimed. Relatora: Min. Laurita Vaz, 12 de novembro de 2014. Recurso Especial 2014/0246972-3. Disponível em: Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 23 mar. 2023. Acesso em: 23 mar. 2023.

empreendimento do Programa Minha Casa Minha Vida. Natureza possessória da demanda. Requisitos próprios. Necessária observância. Posse aparentemente velha. Presença de pluralidade de réus hipossuficientes. Incidência dos arts. 554, § 1º, e 565 do CPC. Ausência de prévia oitiva da Defensoria Pública, tampouco da devida audiência de mediação. 1. Não havendo explícito pronunciamento do juízo a quo sobre a matéria, nem as razões recursais a ela se referindo, configuraria supressão de instância eventual decisão deste Tribunal que declarasse a inadequação da via processual eleita ou a ilegitimidade ativa do ora agravado. Reserva-se ao juiz natural da causa a oportuna apreciação da presença das condições de ação. 2. Em todo caso, mesmo que se entenda cabível o hibridismo processual de uma ação civil pública de natureza eminentemente possessória e, por conseguinte, se conclua pela legitimidade do Município para pleitear proteção da posse de terceiros, seja a União (a cujo Fundo de Arrendamento Residencial foi doado o terreno, outrora de propriedade da administração municipal), sejam os pretensos adquirentes das unidades autônomas, ainda assim seria forçoso exigir o cumprimento cumulado dos requisitos tanto da ação civil pública quanto das ações de natureza possessória, bem como observar os ritos próprios desta última. O que decerto não se pode admitir é que a via da ação civil pública sirva de subterfúgio para exonerar o autor de provar, por exemplo, a data do esbulho possessório, ou de atalho aos meios de defesa previstos em lei. 3. No caso dos autos, o juízo concedeu tutela provisória, inaudita altera parte, para imediata desocupação dos imóveis, ao passo que, havendo no polo passivo uma pluralidade de réus notoriamente hipossuficientes, e sendo no mínimo duvidoso que o esbulho tenha ocorrido há menos de ano e dia, uma decisão desse jaez não poderia deixar de fazer-se preceder da audiência de mediação prevista no art. 565, caput, do Código de Processo Civil, com a necessária participação da Defensoria Pública, na qualidade de custos vulnerabilis, tal como dispõem os arts. 554, § 2º, e 554, § 1º do mesmo Código. 4. Provimento do recurso para anular a decisão, determinar a designação de audiência de mediação. (0068634-82.2019.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES - Julgamento: 13/04/2020 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL⁵⁸)

Agravo de Instrumento. Ação de reintegração de posse. Decisão que deferiu pedido de expedição de mandado de verificação e imissão na posse dos lotes identificados como vazios. Irresignação da Defensoria Pública funcionando como custos vulnerabilis. Alegação de nulidade parcial da decisão por falta de fundamentação e, bem como, no sentido de que não houve alteração fática de modo a justificar o deferimento da liminar. Preliminar de ilegitimidade recursal ativa, suscitada pela Associação agravada, que se afasta. Pessoas que se encontram no imóvel, quer seja na qualidade de ocupantes precários ou não, ou até mesmo locatários, que devem ser consideradas de baixíssimo padrão financeiro, a se ver pela própria declaração da agravada, de que o imóvel se encontra em péssimas condições de habitação. Logo, imprescindível a atuação da Defensoria Pública, de modo a zelar pelo interesse de tais pessoas, que neste momento, podem ser consideradas como necessitadas. Presença inequívoca dos requisitos previstos no art. 554, §1º do CPC. Quanto ao mérito do recurso, certo é que as decisões judiciais devem ser fundamentadas, ainda que de forma sucinta, o que não ocorreu. Juízo a quo, que deferiu a liminar, limitando-se a apontar o item do petitório da autora/ agravada, sem qualquer fundamentação. Inobservância do art. 93, IX da Carta Magna e art. 11 do CPC, violando os princípios da ampla defesa e do contraditório. Precedentes desta Corte. Nulidade parcial que se reconhece, devendo ser prolatada decisão fundamentada a respeito do pedido mencionado no item II, iii de fl. 896. PROVIMENTO DO RECURSO. (0042088-53.2020.8.19.0000 - AGRAVO DE

⁵⁸ RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal da Justiça. **Agravo de Instrumento 0068634-82.2019.8.19.0000**. Ordem urbanística, direito administrativo e outras matérias de direito público. 11ª câmara de direito privado. Relator: Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, 13 de abril de 2020. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0068634-82.2019.8.19.0000>. Acesso em: 23 mar. 2023.

INSTRUMENTO. Des(a). SIRLEY ABREU BIONDI - Julgamento: 14/09/2020 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL⁵⁹).

Resta clara, portanto, a legitimidade da atuação da Defensoria Pública em nome próprio, na defesa de grupos vulnerabilizados e seus direitos, enquanto intervenção institucional, respaldada pelas atribuições que a Constituição Federal de 1988 lhe concedeu.

4.2. A Casa Nem: exemplo de acolhimento e resistência e a atuação da Defensoria Pública em busca de política pública de moradia adequada da população LGBTQIAPN+ no município do Rio de Janeiro

A Casa Nem surgiu em 2016 com o objetivo de promover o acesso de pessoas *transvestigêneres* à universidade através do projeto “PreparaNem”. A idealizadora do projeto, Indianarae Siqueira, identificou que muitas alunas não possuíam moradia digna e adequada, seja porque estavam acolhidas em abrigos precários ou porque sofriam violência doméstica perpetrada por seus próprios familiares. O coletivo artístico, até então denominado Casa Nuvem, começou com a ocupação de um imóvel no bairro da Lapa, município do Rio de Janeiro, que posteriormente, sob a denominação *Casa Nem Stonewall Inn*, ocupou, em 2018, um imóvel no bairro de Copacabana, Rio de Janeiro⁶⁰.

De acordo com Indianarae Siqueira, o Edifício Almeida Rego, situado na Rua Dias da Rocha, em Copacabana, estava abandonado há quase 10 anos quando começou a ser ocupado pelo coletivo. Na ocasião, os integrantes descobriram um acervo de obras de arte, que imediatamente foi entregue ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan)⁶¹. Em entrevista ao canal do YouTube Pheeno TV, a militante afirmou que o local estava em total abandono, com diversos animais mortos, pombos, ratos, água parada etc. No entanto, os ocupantes realizaram pequenas reformas e retiraram oito caçambas de lixo para que o imóvel se tornasse habitável⁶².

Ocorre que, no plantão judiciário noturno do dia 19 de julho de 2019, foi ajuizada uma ação de reintegração de posse pela empresa Iliria Administração de Imóveis e Negócios Ltda. em face dos ocupantes⁶³. Com manifestações contrárias do Ministério

⁵⁹ RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal da Justiça. **Agravo de Instrumento 0042088-53.2020.8.19.0000**. Agravo de instrumento. Ação de reintegração de posse. [...]. 13ª câmara cível. Relatora: Des. Sirley Abreu Biondi, 14 set. de 2020. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0042088-53.2020.8.19.0000>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁶⁰ INDIANARE Siqueira pede desapropriação de prédio em Copacabana para Casa Nem. [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (12 min). Publicado pelo canal Pheeno. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nFO9Pa39vFE>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁶¹ PLATANOW, Vladimir. Iphan avalia patrimônio achado em prédio abandonado no Rio. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 22 jul. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-07/iphan-avalia-patrimonio-achado-em-predio-abandonado-no-rio>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁶² INDIANARE Siqueira pede desapropriação de prédio em Copacabana para Casa Nem. [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (12 min). Publicado pelo canal Pheeno. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nFO9Pa39vFE>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁶³ RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **Ação de Reintegração de Posse 0175827-56.2019.8.19.0001**. Esbulho, Turbação, Ameaça. Posse, Antecipação de Tutela [...]. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>. Acesso em: 23 mar. 2023.

Público e da Defensoria Pública, o Juízo plantonista indeferiu a liminar pretendida, mencionando, dentre seus fundamentos, o artigo 554, °1° do CPC, *in verbis*:

No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

Realizada audiência de justificação e mediação, apresentada contestação e efetuada uma inspeção no local pelo Oficial de Justiça, os autos retornaram ao Juízo natural para análise. Na decisão que deferiu a liminar em favor da empresa, a Juíza Daniela Bandeira de Freitas destacou que a ocupação se tratava de posse nova, sujeitando-se assim os núcleos familiares à medida de desalijo. Além disso, foi asseverado que o imóvel não possuía condições suficientes e adequadas de habitabilidade, evidenciando local insalubre e que apresenta riscos para os próprios ocupantes⁶⁴.

Em julho de 2020, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPRJ), por meio do Núcleo de Terras de Habitação e do Núcleo de Defesa da Diversidade Sexual e dos Direitos Homoafetivos, peticionou no processo nº 0175827-56.2019.8.19.0001, requerendo sua habilitação para atuar na condição de *custos vulnerabilis*⁶⁵.

Na petição, além dos argumentos jurídicos ensejadores da intervenção institucional, a DPRJ destacou a necessidade de impedir o cumprimento do mandado de reintegração de posse expedido em virtude do cenário de pandemia do novo coronavírus. Sobre a Casa Nem, a instituição afirmou:

A partir de uma perspectiva própria das identidades trans, a Casa Nem transformou-se num espaço de resistência da população transexual e travesti desprovida dos direitos à moradia, ao trabalho, à educação etc. Toda a atuação construída em prol do interesse público e do combate à situação de desigualdade estrutural vivenciada pelas pessoas transexuais e travestis na sociedade contemporânea rendeu à Casa Nem a entrega da 30ª Medalha Chico Mendes de Resistência no ano de 2018, em cerimônia promovida pelo Grupo Tortura Nunca Mais, no Teatro Odylo Costa Filho, na UERJ. Não há dúvidas, pois, de que os serviços desenvolvidos no âmbito do imóvel objeto da presente ação pela organização Casa Nem (desprovida de personalidade jurídica) são de interesse público. Da mesma forma, é inegável que o imóvel em questão está, de fato, afetado ao interesse público. Os serviços prestados pela Casa Nem e a relevância do espaço de acolhimento ali estabelecido para a população de transexuais e travestis são reconhecidos por diversas entidades, inclusive pelo poder público. Por essa razão, algumas instituições se mobilizaram para prestar auxílio ao grupo, dentre elas a Arquidiocese do Rio de Janeiro e a Comissão Especial da Diversidade Sexual da Prefeitura do Rio de Janeiro⁶⁶.

⁶⁴ RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **Ação de Reintegração de Posse 0175827-56.2019.8.19.0001**. Esbulho, Turbação, Ameaça. Posse, Antecipação de Tutela [...]. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁶⁵ DPRJ intervém no processo de reintegração de posse da Casa Nem. **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 29 jul. 2020. Notícias. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10522-DPRJ-intervem-no-processo-de-reintegracao-de-posse-da-Casa-Nem>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁶⁶ RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **Ação de Reintegração de Posse 0175827-56.2019.8.19.0001**. Esbulho, Turbação, Ameaça. Posse, Antecipação de Tutela [...]. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>. Acesso em: 23 mar. 2023.

Na tentativa de buscar soluções extrajudiciais sobre o caso, a Defensoria Pública realizou reunião com a Coordenadoria Executiva de Diversidade Sexual do município do Rio de Janeiro e com a Superintendência de Políticas LGBT do Estado, tendo seus representantes se comprometido a realizar os encaminhamentos necessários para construção de projeto com pedido de cessão de imóvel para a Casa Nem⁶⁷.

Diante da não apreciação dos pedidos pelo Poder Judiciário, a DPRJ peticionou novamente na ação requerendo a análise da petição anterior, bem como sinalizando extrema preocupação com o cumprimento da ordem de despejo, que não havia sido suspensão, mesmo diante do cenário pandêmico. A instituição destacou que vários atores sociais estavam em articulação para buscar uma solução para a situação, dentre eles a Defensoria Pública, o Ministério Público Estadual, a Pastoral de Favelas, o Governo do Estado e o Município do Rio de Janeiro. Havia, portanto, uma confluência de entidades públicas e privadas tentando evitar o agravamento da situação de vulnerabilidade do grupo⁶⁸.

Na oportunidade, o Governo do Estado do Rio de Janeiro se comprometeu a fornecer outro imóvel a fim de acolher os núcleos familiares da Casa Nem no mesmo bairro do imóvel que estava sendo ocupado, requerendo tão somente um prazo de 48 horas para organização das instalações do novo imóvel e logística de transferência. Na mesma data do protocolo da referida petição, a Juíza Daniela Bandeira de Freitas proferiu decisão indeferindo os requerimentos da Defensoria Pública sob o argumento de que a lei federal que impedia o cumprimento de liminares de desocupação de imóveis na pandemia não se aplicava ao caso concreto, bem como destacou que não havia provas de eventual possibilidade de acordo e/ou negociação entre as partes⁶⁹.

O mandado de reintegração de posse foi devidamente cumprido no dia 24 de agosto de 2020. Os ocupantes foram realocados provisoriamente para um colégio estadual. Promovida a devida articulação com outros órgãos estaduais e municipais, a atuação da Defensoria Pública, através do Núcleo de Defesa da Diversidade Sexual e dos Direitos Homoafetivos e do Núcleo de Terras e Habitação, ensejou a realocação dos ocupantes da Casa Nem para um imóvel, com sede definitiva, situado no bairro do Flamengo, capital carioca⁷⁰.

Sobre o caso concreto, impende ressaltar que os ocupantes possuíam advogados constituídos no processo e que a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* se deu independentemente deles. Além disso, a cessão do imóvel para sede definitiva da Casa Nem foi tratada extrajudicialmente, haja vista que o Estado sequer compunha o polo ativo ou passivo da ação.

Após sete anos de existência, no ano de 2023, a Casa Nem lançou, em sua página no Instagram, a campanha “Casa Nem, Casa Viva”, que objetiva a arrecadação de

⁶⁷ RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **Ação de Reintegração de Posse 0175827-56.2019.8.19.0001**. Esbulho, Turbação, Ameaça. Posse, Antecipação de Tutela [...]. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ CASA Nem recebe imóvel do Estado após articulação da Defensoria. **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 15 set. 2020. Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10667-Casa-Nem-recebe-imovel-do-Estado-apos-articulacao-da-Defensoria>. Acesso em: 23 mar. 2023.

recursos materiais para manutenção do espaço físico recebido pelo governo estadual. Não obstante ter um histórico relevante de atuação pela População LGBTQIAPN+ no Rio de Janeiro, com acolhimento de diversas pessoas, entrega de cestas básicas, realização de cursos preparatórios e capacitações profissionais, a instituição não é beneficiária de qualquer política pública direcionada à manutenção de suas atividades⁷¹.

5. CONCLUSÃO

Nota-se, de antemão, que a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* se constitui peça fundamental para prestigiar o paradigma institucional após a publicação da Emenda Constitucional nº 80/2014, especialmente quando se analisa a defesa de grupos vulnerabilizados, tais como a população LGBTQIAPN+.

Na perspectiva desse grupo específico, é necessário analisar a luta pela efetivação de seus direitos sociais à luz da estampa moral que recai sobre o ordenamento jurídico brasileiro e o contexto de violência estrutural que afeta essas pessoas. Essa dualidade apresenta um paradigma de difícil transposição: ao passo que há nítida resistência de positivizar direitos exclusivos para a população LGBTQIAPN+, a implementação de direitos fundamentais constitucionalmente previstos para todos, por meio de políticas públicas, encontra barreira na escolha do gestor público em prol do grupo. Em outras palavras, não há direitos próprios, tampouco direitos gerais efetivamente materializados.

O que se percebe, na realidade, é que o gestor escolhe não atuar, salvo em raríssimos casos e sob circunstâncias agravadas que exigem cautela extraordinária. Esse cenário pode ser verificado por meio da ausência de orçamento digno aos órgãos que trabalham na construção de políticas públicas para as pessoas LGBTQIAPN+, independente da esfera de governo, bem como na ausência de programas de apoio às instituições que já desempenham relevante trabalho na área, visto que política pública pode ser executada por meio de convênio e/ou contrato com instituições privadas, especialmente as sem fins lucrativos.

A articulação empreendida pela Defensoria Pública, em colaboração com outros órgãos municipais e estaduais, a favor da Casa Nem revela a dificuldade de oferecimento de serviços e acolhimento para aqueles que se autodeclaram LGBTQIAPN+. Não obstante as reuniões e o processo de reintegração de posse ajuizado, a Casa Nem só recebeu a cessão de imóvel pelo Estado do Rio de Janeiro depois de quase 5 anos de (r)existência, mas ainda corre sérios riscos de encerrar suas atividades por falta de apoio do Poder Público para seus custos ordinários.

Ainda que o gestor municipal ou estadual quisesse desenvolver diretamente ações para garantir o direito à moradia digna de pessoas LGBTQIAPN+, percebe-se, pelo acompanhamento do trabalho dos centros de cidadania estadual e da Coordenadoria Executiva municipal, que esse direito ainda não está plenamente garantido a essa população no Rio de Janeiro.

É preciso repensar a forma como a população LGBTQIAPN+ é enxergada (se é que efetivamente seja), especialmente afastada da moral conservadora que influencia

⁷¹ HOJE é nosso aniversário. Rio de Janeiro, 13 fev. 2023. Instagram: casanem_. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/Comxaq1rUJr/>. Acesso em: 23 mar. 2023.

a escolha do gestor na implementação de política pública e o faz temer a perda de apoio político caso algum aceno concreto seja feito à comunidade. Que a luta de tantos ativistas sirva, em algum momento, para que parte da sociedade entenda que “não se trata da história de uma minoria, mas sim de parte da história da humanidade”⁷².

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco. A ancoragem moral dos direitos humanos como obstáculo à implementação dos direitos das minorias. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 4, p. 43-68, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/39587/33534>. Acesso em: 29 dez. 2022.

ARRUDA, Igor Araújo de. Ampliação constitucional à Defensoria Pública e aos assistidos: EC n. 80/2014. **Jus.com.br**, [s. l.], 22 jul. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28951/ampliacao-constitucional-a-defensoria-publica-e-aos-assistidos>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 27 dez. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014**. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Brasília, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório de pesquisa: discriminação e violência contra a população LGBTQIA+**. Brasília, DF: CNJ: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Brasília, DF: CNJ, 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm#:~:text=DECRETO%20No%20592%2C%20DE%206%20DE%20JULHO%20DE%201992.&text=Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos. Acesso em: 15 mar. 2023.

⁷² PARKINSON, R. B. **A little gay history**: desire and diversity across the world. Londres: British Museum Press, 2013. 128p.

BRASIL. **Decreto nº 678, de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994.** Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp80.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial 1977124 SP.** Recurso Especial. Mulher trans. Vítima de violência doméstica [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: L A DA S F. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 05 de abril de 2022. DJe 22/04/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargo de Divergência em Recurso Especial nº1192577/RS.** Embargos de divergência no recurso especial nos embargos infringentes. Processual civil. Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública em favor de idosos. [...]. Embargante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Embargado: Sociedade Dr Bartholomeu Tacchini - Plano de saúde Tacchimed. Relatora: Min. Laurita Vaz, 12 de novembro de 2014. Disponível em: Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 23 mar. 2023. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Especial 1712163/SP.** Processual Civil. Embargos de Declaração no Recurso Especial. Recurso manejado sob a égide no NCPC. Rito dos recursos especiais repetitivos. Plano de saúde. [...] Relator: Min. Moura Ribeiro, 25 de setembro de 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201712163>. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico [...]. Relator: Min. Ayres Brito, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 10 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26.** Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional e Registral. Alteração do prenome e do sexo no registro civil. [...] Relator: Min. Marco Aurélio, 01 de março de 2018. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, ano 155, n. 47, p. 1, 09 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543/DF.** Direito constitucional. Art. 64, IV, da portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e art. 25, XXX, D, da resolução da diretoria colegiada - RDC N. 34/2014 da Anvisa. [...] Relator: Min. Edson Fachin, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de preceito fundamental 787/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 28 de junho de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6093095>.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 6, n. 3, p. 773-794, set/dez. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/JsrYZ4CfJsDSRntd3L6BpHj/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 dez. 2022.

CARVALHO, Salo; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito, racismo e homofobia nas ciências criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASA de acolhimento LGBT. **Prefeitura de Belo Horizonte**, Belo Horizonte, 12 dez. 2022. Disponível em: <https://prefeitura.pbh.gov.br/smasac/sudc/equipamentos/casa-de-acolhimento-LGBT>. Acesso em: 23 mar. 2023.

CASA Nem recebe imóvel do Estado após articulação da Defensoria. **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 15 set. 2020. Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10667-Casa-Nem-recebe-imovel-do-Estado-apos-articulacao-da-Defensoria>. Acesso em: 23 mar. 2023.

CENTRO de Acolhida Especial (CAE) para mulheres transexuais. **Cidade de São Paulo**: assistência e desenvolvimento social, São Paulo, 26 out. 2022. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/assistencia_social/rede_socioassistencial/mulheres_vitimas_de_violencia/index.php?p=332517. Acesso em: 23 mar. 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração americana de direitos e deveres do homem**. Washington, DC: Organização dos Estados Americanos - OEA: CDIH, 1948. Aprovada na nona conferência internacional americana, Bogotá, 1948. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_dev_homem.pdf. Acesso em: 29 dez. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas**: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012.

DPRJ intervém no processo de reintegração de posse da Casa Nem. **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 29 jul. 2020. Notícias. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10522-DPRJ-intervem-no-processo-de-reintegracao-de-posse-da-Casa-Nem>. Acesso em: 23 mar. 2023.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franlyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GERHARD, Daniel; MAIA, Maurilio Casas. O defensor-hermes, o amicus communitas: a representação democrática dos necessitados de inclusão discursiva. Informativo Jurídico. In: **Consulex**, Brasília, DF, v. 22, p. 11-12, jun. 2015.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria pública e a tutela coletiva de direitos:** teoria e prática. 2. ed. Salvador: Juspodvim. 2020.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron. STF admite legitimidade da defensoria para intervir como custos vulnerabilis. **ConJur**, [São Paulo], 04 abr. 2018. Tribuna da Defensoria. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/legitimidade-defensoria-intervir-custos-vulnerabilis>. Acesso em: 29 dez 2022.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurilio Casas. **Custos vulnerabilis:** a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020.

HOJE é nosso aniversário. Rio de Janeiro, 13 fev. 2023. Instagram: casanem_. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/Comxaq1rUJr/>. Acesso em: 23 mar. 2023.

INDIANARE Siqueira pede desapropriação de prédio em Copacabana para Casa Nem. [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (12 min). Publicado pelo canal Pheeno. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nFO9Pa39vFE>. Acesso em: 23 mar. 2023.

LEI Maria da Penha é aplicável à violência contra mulher trans, decide sexta turma. Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 06 abr. 2022. Notícias. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Lei-Maria-da-Penha-e-aplicavel-a-violencia-contramulher-trans--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2023.

LIMA, Mateus Fernandes Vilela. O direito à moradia e as políticas públicas habitacionais brasileiras da segunda década do século XXI. **GEO UERJ**, n. 36, e48406, 2020. DOI: 10.12957/geouerj.2020.48406. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/geouerj/article/download/48406/32332>. Acesso em: 15 mar. 2023.

MAIA, Maurílio Casas. A segunda onda de acesso à justiça e os necessitados constitucionais: por uma visão democrática da Defensoria Pública. In: CORREA, André Costa *et al.* (org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Birigui: Ed. Boreal, 2015.

MAIA, Maurilio Casas. Custos vulnerabilis constitucional: o Estado defensor entre o REsp 1.192.577-RS e a PEC 4/14. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, v. 18, n. 417, p. 55-57, jun. 2014.

MISKOLCI, Richard. A teoria Queer e a sociologia: o desafio de uma analítica da normalização. **Sociologias**, [s. l.], v. 11, n. 21. Porto Alegre, jan./jun., 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/BkRjyv9GszMddwqpnrcrJvdm/?format=pdf>. Acesso em: 10 mar. 2023.

MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer:** um aprendizado pelas diferenças. Belo Horizonte: Autêntica Editora: Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP, 2012.

MORTES e violências contra LGBTQ+ no Brasil: dossiê 2021. In: OBSERVATÓRIO DE MORTES E VIOLÊNCIAS LGBTQ+ NO BRASIL. **Dossiês:** dossiê 2021. Florianópolis: Acontece LGBTQ+, Associação Nacional de Travestis e Transexuais - ANTRA, Associação Nacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos - ABGLT, 2022. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2022/05/Dossie-de-Mortes-e-Violencias-Contra-LGBTI-no-Brasil-2021-ACONTECE-ANTRA-ABGLT-1.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Paris: Nações Unidas, 1948. Disponível em <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2022.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PAIVA, Caio. EC 80/2014 dá novo perfil constitucional à Defensoria Pública. **ConJur**, [São Paulo], 06 out. 2015. Tribuna da Defensoria. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-06/tribuna-defensoria-ec-802014-perfil-constitucional-defensoria-publica>. Acesso em: 28 dez. 2022.

PARKINSON, R. B. **A little gay history**: desire and diversity across the world. Londres: British Museum Press, 2013.

PASSADORE, Bruno de Almeida. A Defensoria Pública enquanto custos vulnerabilis. In: MAIA, Maurílio Casas (org.). **Defensora Pública, democracia e processo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 121-128.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PLATANOW, Vladimir. Iphan avalia patrimônio achado em prédio abandonado no Rio. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 22 jul. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-07/iphan-avalia-patrimonio-achado-em-predio-abandonado-no-rio>. Acesso em: 23 mar. 2023.

PREFEITURA abre primeiro centro de acolhida para transexuais do Brasil. **Cidade de São Paulo**, São Paulo, 28 abr. 2016. Notícias. Disponível em: <https://www.capital.sp.gov.br/noticia/prefeitura-abre-primeiro-centro-de-acolhida-para>. Acesso em: 23 mar. 2023.

PREFEITURA do Rio inaugura Centro Provisório de Acolhimento dedicado à população LGBT+. **Rio Prefeitura**, Rio de Janeiro, 28 jun. 2020. Disponível em: <https://prefeitura.rio/assistencia-social-direitos-humanos/prefeitura-do-rio-inaugura-centro-provisorio-de-acolhimento-dedicado-a-populacao-lgbt/>. Acesso em: 23 mar. 2023.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal da Justiça. **Agravo de Instrumento 0042088-53.2020.8.19.0000**. Agravo de instrumento. Ação de reintegração de posse. [...]. 13ª câmara cível. Relator: Des. Sirley Abreu Biondi, 14 set. de 2020. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0042088-53.2020.8.19.0000>. Acesso em: 23 mar. 2023.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal da Justiça. **Agravo de Instrumento 0068634-82.2019.8.19.0000**. Ordem urbanística, direito administrativo e outras matérias de direito público. 11ª câmara de direito privado. Relator: Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, 13 de abril de 2020. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0068634-82.2019.8.19.0000>. Acesso em: 23 mar. 2023.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **Ação de Reintegração de Posse 0175827-56.2019.8.19.0001**. Esbulho, Turbação, Ameaça. Posse, Antecipação de Tutela [...]. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>. Acesso em: 23 mar. 2023.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **Ação de Reintegração de Posse 0175827-56.2019.8.19.0001**. Esbulho, Turbação, Ameaça. Posse, Antecipação de Tutela [...]. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>. Acesso em: 23 mar. 2023.

RIO DE JANEIRO (Município). Coordenadoria Especial da Diversidade Sexual. **CEDS Rio**: sobre. Rio de Janeiro, [201?]. LinkedIn. Disponível em: <https://br.linkedin.com/in/ceds-rio-860964191>. Acesso em: 25 mar. 2023.

RIO DE JANEIRO (Município). Coordenadoria Especial da Diversidade Sexual. **Prestação de contas da CEDS**. Rio de Janeiro, 22 dez. 2022. Instagram: cedsrio. Disponível em: https://www.instagram.com/p/Cmejobj9Sh/?img_index=1. Acesso em: 25 mar. 2023.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANTOS, Eliane. Carlos Tufvesson retoma trabalho na Coordenadoria da Diversidade Sexual do Rio: 'quero reestruturar o órgão'. **G1**, Rio de Janeiro, 16 mar. 2021. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/03/16/carlos-tufvesson-retoma-trabalho-na-coordenadoria-da-diversidade-sexual-do-rio-quero-reestruturar-o-or-gao.ghtml>. Acesso em: 23 mar. 2023.

SILVA, Franklin Roger Alves; ESTEVES, Diogo. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. edição. Malheiros: 2009.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/6YsWyBWZS-dFgfSqDVQhc4jm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 dez. 2022.

TREVISAN, João Silvério. **Pai, pai**. Rio de Janeiro: Alfabeta, 2017.

UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **General comment nº 04**: the right to adequate housing (Art. 11, Para. 1). Geneva: United Nations. Office of the high commissioner for human rights, 1991.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner for Human Rights. **The right to adequate housing**. Geneva: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: United Nations Human Settlements Programme – UN-Habitat, 2014. Fact Sheet No. 21/Rev.1. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_en.pdf. Acesso em: 29 dez. 2022

MULHER TRANS, MULHER É: A INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA EM FAVOR DAS MULHERES TRANS E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA DEFESA DAS VÍTIMAS

TRANSGENDER WOMAN, WOMAN IS: THE INCIDENCE OF THE MARIA DA PENHA LAW IN FAVOR OF TRANSGENDER WOMEN AND THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE PERFORMANCE IN DEFENSE OF VICTIMS

Helder José Campos Pereira da Rocha Moreira

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro
Coordenador do Núcleo de Defesa da Diversidade Sexual e
Direitos Homoafetivos (NUDIVERSIS)
Pós-Graduado em Direito Público e Privado pela Universidade Estácio de Sá

Luiz Henrique Linhares Zouein

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro em atuação no Núcleo de Defesa dos
Direitos Humanos (NUDEDH)
Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense
Professor de Direito Constitucional na Fundação Escola Superior da Defensoria Pública
do Estado do Rio de Janeiro e outros cursos de pós-graduação e preparatórios para
concursos públicos

Resumo: Apesar de a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no bojo do Recurso Especial (REsp) n. 1.977.124, estabelecer que a Lei Maria da Penha (LMP) se aplica aos casos de violência doméstica e familiar contra mulheres trans, o tema ainda é controvertido nos Tribunais. Alega-se que sua incidência implicaria em analogia *in malam partem*. A controvérsia passa pela disputa do próprio conceito de "gênero". Contudo, a compreensão de que o gênero é uma construção social e a identidade de gênero um direito humano fundamental, faz com que a incidência da LMP decorra de uma mera interpretação literal. Afinal, mulher trans, mulher é. Com isso, passa a haver um dever reforçado de atuação da Defensoria Pública na defesa de vítimas de crimes desta natureza.

Palavras-chave: transfeminismo; violência de gênero; lei Maria da Penha; assistência às vítimas; Superior Tribunal de Justiça.

Abstract: Despite the Superior Court of Justice (STJ), within the scope of REsp n. 1977124, has established that the Maria da Penha Law (LMP) applies to cases of domestic and family violence against transgender women, the issue remains controversial in the Courts. It is argued that its incidence would allegedly imply an analogy *in malam partem*. The controversy revolves around the very concept of "gender". However, the understanding that gender is a social construct and gender identity a fundamental human right leads to the conclusion that the application of the Maria da Penha Law arises from a mere literal interpretation. After all, a transgender woman is a woman. there is a reinforced duty for the Public Defender's Office to act in defense of victims of such crimes.

Keywords: transfeminism; gender violence; Maria da Penha law; victim assistance; Superior Court of Justice.

1. INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha é uma conquista jurídica, política, social e histórica de brasileiras e brasileiros. Por imposição constitucional e convencional, ela positiva um arcabouço normativo com a finalidade de proteger os mais diversos direitos fundamentais das mulheres enquanto tais.

Divergência atual envolve quem são as titulares deste microsistema protetivo. É inegável que o mundo contemporâneo tem nos apresentado algumas questões que não são de solução óbvia. Uma delas é a situação das pessoas transgênero e os efeitos jurídicos da incongruência entre o sexo e o gênero ao qual a pessoa se identifica, ainda mais no âmbito (processual) penal, que tem como vetores a legalidade estrita e a vedação de analogia em desfavor do alvo da persecução.

Nada obstante, em (acertada) decisão relatada pelo Ministro Rogério Schietti Cruz e noticiada no dia 6 de abril de 2022, no bojo do REsp n. 1.977.124, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, estabeleceu que a Lei Maria da Penha se aplica aos casos de violência doméstica ou familiar contra mulheres transexuais. Afinal, mulher trans, mulher é.

O presente trabalho tem como objetivo analisar as controvérsias e os fundamentos para a (não) incidência da Lei Maria da Penha em favor das mulheres trans, à luz do caso enfrentado pelo STJ para, logo em seguida, analisar as repercussões na atuação da Defensoria Pública na defesa das vítimas de crimes desta natureza. Para isto, será preciso navegar sobre as tênues fronteiras entre sexo e (identidade de) gênero.

2. ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO: BREVES, MAS NECESSÁRIOS, ESCLARECIMENTOS

A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e a autonomia de cada pessoa e, por isso mesmo, não devem ser motivo de discriminação. Pelo contrário, devem ser tidas como direitos humanos fundamentais em espécie e objeto de especial respeito, proteção e promoção por parte do Estado e da sociedade.

Muitos avanços já foram conquistados no Brasil e no Mundo. Atualmente, diversos Estados possuem constituições e leis que garantem os direitos de igualdade e não discriminação, sem distinção por motivo de orientação sexual, sexo ou identidade de gênero. Entretanto, violações de direitos humanos que atingem essas pessoas constituem um padrão global e consolidado, que causa sérias preocupações.

Estas violações são, com frequência, agravadas por outras formas de violência, de ódio, de discriminação e de exclusão, como aquelas baseadas na raça, na classe social e em outros tantos marcadores. Fatores estes que se interseccionam (**interseccionalidade**⁷³) numa odiosa relação que se retroalimenta em mais subjugação.

⁷³ AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Pólen, 2019.

Muitos Estados e sociedades ainda impõem normas de gênero e orientação sexual às pessoas por meio dos costumes, da violência ou mesmo da ordem jurídica e exercem controle sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como se identificam. O **policimento da sexualidade** continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero, bem como à desigualdade entre os gêneros¹. A misoginia e a homotransfobia, sem dúvida, são interdependentes.

Vejamos, portanto, alguns conceitos² relevantes para a compreensão de tudo que será aqui desenvolvido. Os direitos sexuais consistem no conjunto de direitos relacionados com o exercício e a vivência sexual dos seres humanos, o que abarca o direito à livre orientação sexual e implica no reconhecimento da igualdade e liberdade das mais diversas práticas sexuais. Este consiste no direito ao respeito, por parte do Estado e de terceiros, da “preferência” sexual e afetiva de cada um, não podendo ser gerada nenhuma consequência negativa ou restrição de direitos³.

Nos termos dos Princípios de Yogyakarta⁴, **orientação sexual** consiste em:

uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.

As orientações sexuais mais comuns são: (i) heterossexualidade: atração emocional, afetiva ou sexual por pessoa de gênero diferente; (ii) homossexualidade⁵: atração emocional, afetiva ou sexual por pessoa do mesmo gênero; (iii) bissexualidade: atração emocional, afetiva ou sexual por pessoas dos dois gêneros.

Interessa mais ao presente estudo a **identidade de gênero** que, nos termos dos Princípios de Yogyakarta⁶, consiste na:

profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.

¹ “Introdução” aos Princípios de Yogyakarta: PRINCÍPIOS de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Tradução para o Brasil: Jones de Freitas. [S. l.]: Observatório de Sexualidade e Política, 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 26 out. 2023.

² BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **O Ministério Público e a igualdade de direitos para LGBTI**: conceitos e legislação. 2. ed. rev. e atual. Brasília, DF: MPF, Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, Ministério Público do Estado do Ceará, 2017. p. 8 e seguintes.

³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 993-997.

⁴ Trecho da “Introdução” aos Princípios de Yogyakarta, reproduzido posteriormente em seu preâmbulo.

⁵ “Desde 1990, a homossexualidade não é considerada como doença pela Organização Mundial da Saúde. No dia 17 de maio daquele ano, a Assembleia Geral da Organização excluiu a orientação homossexual do catálogo internacional de doenças, declarando expressamente que ‘a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão’. A mesma providência já havia sido adotada pela Associação Americana de Psiquiatria, em 1975 e, no Brasil, pelo Conselho Federal de Psicologia, em 1985. **Como o sufixo ‘ISMO’ conota patologia, é incorreta a utilização do termo ‘homossexualismo’ para se referir à orientação sexual homossexual (ou por pessoas do mesmo sexo).**” (BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **O Ministério Público e a igualdade de direitos para LGBTI**: conceitos e legislação. 2. ed. rev. e atual. Brasília, DF: MPF, Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, Ministério Público do Estado do Ceará, 2017. p. 10).

⁶ Trecho da “Introdução” aos **Princípios de Yogyakarta**, reproduzido posteriormente em seu preâmbulo.

Conforme se percebe, “masculino” e “feminino”, mais do que realidades biológicas, são papéis construídos a partir das interações humanas, no âmbito de cada sociedade. Em síntese: **o gênero é uma construção social**. Gênero se adquire pela cultura!⁷ Se “Amélia é que era a mulher de verdade”, fica claro que a anatomia é insuficiente para ser mulher (ou homem). Podemos entender melhor essa ideia quando pensamos nas representações comumente associadas aos gêneros. Frases como “homem não chora”, “menino veste azul e menina veste rosa” ou outras similares, expressam muito mais do que realidades biológicas. Dizem, antes, respeito a padrões de comportamento e a relações de poder e hierarquia social⁸. Apesar de certas atribuições serem tão enraizadas a ponto de parecerem naturais e necessárias, elas são, em realidade, artificiais e, portanto, não fixas⁹. É conhecida a frase de Simone de Beauvoir¹⁰, segundo a qual “ninguém nasce mulher: torna-se mulher”.

O **sexo** do ser humano, por sua vez, consiste na combinação de informações cromossômicas, genitália, bem como capacidades reprodutivas e características fisiológicas secundárias, que levam à definição de macho e fêmea na espécie. Trata-se, portanto, de um conceito essencialmente biológico¹¹.

A intersexualidade ocorre na variação da anatomia reprodutiva e sexual, que não se ajusta com as características típicas que distinguem machos de fêmeas. As pessoas intersexo podem nascer com características sexuais de ambos os sexos, ou com ausência de algum atributo biológico necessário à típica categorização binária de masculino ou feminino.

Uma vez que não há correspondência apriorística entre órgão genital e gênero, uma pessoa com sexo biológico “masculino” pode, de forma transitória ou permanente, identificar-se ou sentir-se mulher, e vice-versa.

Em geral, podemos adotar a seguinte regra de tratamento: cada pessoa tem o direito de ser tratada segundo sua identidade de gênero. Para isso, é preciso identificar algumas outras manifestações ou conceitos:

⁷ BURIN, Patricia; MORETZSOHN, Fernanda. A mulher transgênero como sujeito de direitos na Lei Maria da Penha. **Conjur**, [São Paulo], 22 abr. 2022. Questão de Gênero. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-22/questao-genero-mulher-transgenero-sujeito-direitos-lei-maria-penha>. Acesso em: 25 ago. 2022.

⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **O Ministério Público e a igualdade de direitos para LGBTI: conceitos e legislação**. 2. ed. rev. e atual. Brasília, DF: MPF, Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, Ministério Público do Estado do Ceará, 2017. p.11-12.

⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça - CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, 2021. p. 18. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 26 out. de 2023.

¹⁰ BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019. 2 v. p. 11.

¹¹ Apesar de ser esta uma das premissas do presente texto, não se desconhecem autores contemporâneos que defendem que o gênero não apenas modifica a natureza, mas a produz. Ou seja, as questões de gênero não nos permitiriam traçar limites sobre onde termina a natureza ou onde começa a cultura. Em última análise, **o gênero seria um dispositivo de poder que produz o sexo**. Para uma leitura sobre o tema: NASCIMENTO, Leticia Carolina Pereira do. **Transfeminismo**. São Paulo: Jarandaíra, 2021. p. 39 e seguintes.

- a) **Cisgêneras:** são as pessoas que possuem uma identidade de gênero correspondente ao sexo biológico, ou, nas palavras do Ministro Barroso¹², “as pessoas cisgênero são aquelas que se enquadram plenamente nas fronteiras socialmente construídas de sexo e de gênero”;
- b) **Transgêneras:** é a expressão “guarda-chuva” utilizada para designar as pessoas que possuem uma identidade de gênero diferente daquela correspondente ao sexo biológico. Uma pessoa transgênero (ou simplesmente trans) pode identificar-se como homem, mulher, trans-homem, trans-mulher, como pessoa não-binária ou outros tantos termos e possibilidades, o que demonstra a amplitude do conceito¹³;
- c) **Transexuais:** expressão que se refere às pessoas que, à luz das expectativas sociais, identificam-se com o gênero “oposto” ao sexo biológico¹⁴.
- d) **Travestis:** São travestis as pessoas que vivenciam papéis de gênero feminino, mas não se reconhecem como homens ou como mulheres, mas como membros de um terceiro gênero ou de um não gênero. É importante ressaltar que travestis, independentemente de como se reconhecem, preferem ser tratadas no feminino, considerando insultuoso serem adjetivadas no masculino: as travestis, sim; os travestis, não¹⁵. Atualmente, o termo travesti adquiriu um teor político de ressignificação de termo historicamente tido como pejorativo.

As identidades são diversas e aqui não se pretende esgotar o elenco das respectivas categorias. Não se olvida, por exemplo, das **pessoas não binárias**, as quais não se reconhecem nem como do sexo masculino nem como do feminino¹⁶.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 845.779/SC**. Transexual. Proibição de uso de banheiro feminino em shopping center. Alegada violação à dignidade da pessoa humana [...]. Recorrente: A. S. F. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center LTDA. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 13 de novembro de 2014. Anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-stf-questao.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

¹³ Nos termos do art. 1º, *caput*, da **Resolução n. 2.265/2019 do Conselho Federal de Medicina**, “[c]ompreende-se por transgênero ou incongruência de gênero a não paridade entre a identidade de gênero e o sexo ao nascimento, incluindo-se neste grupo transexuais, travestis e outras expressões identitárias relacionadas à diversidade de gênero” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução CFM nº 2.265/2019, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010. **Diário Oficial da União**: seção 1, ano 158, n. 6, p. 96, 09 jan. 2020).

¹⁴ “A mulher transexual é a pessoa que, nascida com o sexo biológico masculino, se percebe como uma mulher e, portanto, tem identidade de gênero feminina. O homem transexual é a pessoa que, nascida com o sexo biológico feminino, se percebe como homem e tem identidade de gênero masculina.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 527**. Direito das pessoas LGBTI. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Transexuais e travestis. Unidades prisionais em que deve ocorrer a pena. Proteção contra abusos físicos e psíquicos. Princípios de Yogyakarta. Relator: Min. Roberto Barroso, 26 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340513402&ext=.pdf>. Acesso em: 30 ago. de 2022.)

¹⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **O Ministério Público e a igualdade de direitos para LGBTI**: conceitos e legislação. 2. ed. rev. e atual. Brasília, DF: MPF, Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, Ministério Público do Estado do Ceará, 2017.

¹⁶ Voto do relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasil, do Superior Tribunal de Justiça. Decisão do STJ sobre a aplicação da Lei Maria da Penha em favor de mulheres trans. Decisão noticiada em 6 de abril de 2022. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial 1977124-SP**. Recurso Especial. Mulher trans. Vítima de violência doméstica [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: L A DA S F. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 05 de abril de 2022. Voto do Relator. p. 19. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-aplicavel-protger.pdf>. Acesso em: 30 ago. de 2022). **Para o Ministro Schietti, as pessoas não binárias “eventualmente, podem sim enquadrar-se em vulnerabilidade que exige a proteção da Lei n. 11.340/2006.”** Ainda não temos posição formada quanto ao tema, mas, por ora, concordamos apenas em parte com o Ministro. Entendo que a Lei Maria da Penha não deve incidir, ao menos não no âmbito penal e processual penal, em favor de pessoas não binárias, salvo se a violência praticada decorrer de eventuais feminilidades exercidas pela vítima. De outro lado, seria possível a aplicação de dispositivos de natureza cível por analogia, sem maiores ressalvas. A grande dificuldade está em identificar que medidas possuem natureza cível ou criminal na Lei Maria da Penha, diante de sua complexidade normativa.

A **cisheteronormatividade** se refere ao regramento social que reduz a divisão das pessoas apenas a homens e mulheres, com papéis sociais estabelecidos como naturais, postula a heterossexualidade como única orientação sexual e considera a conjugalidade apenas entre homens e mulheres cisgêneros. A estrutura das sociedades ocidentais estabelece padrões de sexualidade e gênero que permitem preconceitos, discriminações e vulnerabilidades às pessoas transexuais, travestis e pessoas com outras expressões e identidades de gênero não cisnormativas¹⁷.

Como desdobramento,

Crianças e adultos trans são frequentemente diagnosticados como doentes ('patologizados'), com base em sua identidade ou expressão de gênero. Ser trans é parte da rica diversidade da natureza humana. Ser diferente não deve ser compreendido como um transtorno. As Nações Unidas já destacaram que a patologização é uma das causas primárias das violações de direitos humanos sofridas por pessoas trans¹⁸.

Também para o Conselho Federal de Psicologia¹⁹, as expressões de gênero são "possibilidades da existência humana, as quais não devem ser compreendidas como psicopatologias, transtornos mentais, desvios e/ou inadequações".

A Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2019, removeu da sua classificação oficial de doenças a CID-11, o chamado "transtorno de identidade de gênero", definição que considerava como doença mental a situação de pessoas trans. A OMS aprovou uma resolução para remover o "transtorno de identidade de gênero" da CID-11 e criou um novo capítulo no documento, dedicado à saúde sexual. A transexualidade foi incluída nessa nova seção da publicação e chamada de "incongruência de gênero". A decisão foi celebrada por especialistas das áreas de saúde pública e direitos humanos.

3. OS MODELOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO DA COMUNIDADE LGBTI+: A INÉRCIA LEGISLATIVA COMO UM PROJETO

A proteção destes direitos (orientação sexual e identidade gênero) pode ser feita de (i) **modo direto**, por intermédio de normas que regulem a temática ou (ii) de **modo indireto**, por intermédio da interpretação ampliativa de direitos genericamente reconhecidos, como, por exemplo, o direito à igualdade.

¹⁷ Trecho do "considerandos" da **Resolução n. 1/2018 do Conselho Federal de Psicologia**, que "[e]stabelece normas de atuação para as psicólogas e os psicólogos em relação às pessoas transexuais e travestis" (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (Brasil). **Resolução nº 1, de 29 de janeiro de 2018**. Estabelece normas de atuação para as psicólogas e os psicólogos em relação às pessoas transexuais e travestis. Brasília, DF: Conselho Federal de Psicologia, 2018).

¹⁸ Nota Informativa sobre "pessoas transgênero" da campanha "Livres & Iguais" das Nações Unidas (ACNUDH).

¹⁹ Trecho do "considerandos" da **Resolução n. 1/2018 do Conselho Federal de Psicologia**. Por isso, nos termos de seu art. 7º, *caput*: "As psicólogas e os psicólogos, no exercício profissional, não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização das pessoas transexuais e travestis" (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (Brasil). **Resolução nº 1, de 29 de janeiro de 2018**. Estabelece normas de atuação para as psicólogas e os psicólogos em relação às pessoas transexuais e travestis. Brasília, DF: Conselho Federal de Psicologia, 2018).

Sobre o direito à igualdade, brilhante passagem do Ministro Barroso²⁰, citando Nancy Fraser e Boaventura:

[...]6. No mundo contemporâneo, a igualdade se expressa particularmente em três dimensões: a **igualdade formal**, que funciona como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios; a **igualdade material**, que corresponde às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem-estar social; e a **igualdade como reconhecimento**, significando o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras.

7. No caso da igualdade como reconhecimento, a injustiça a ser combatida não tem natureza legal ou econômica, mas cultural ou simbólica. Ela decorre de modelos sociais que excluem o diferente, rejeitam os "outros", produzindo a dominação cultural, o não reconhecimento ou mesmo o desprezo. Determinados grupos são marginalizados em razão da sua identidade, suas origens, religião, aparência física ou opção sexual como os negros, judeus, povos indígenas, ciganos, deficientes, mulheres, homossexuais e transgêneros.

8. O remédio contra a discriminação e o preconceito envolve uma transformação cultural capaz de criar um mundo aberto à diferença ('a *difference-friendly world*'), onde a assimilação aos padrões culturais dominantes ou majoritários não seja o preço a ser pago pelo mútuo respeito. Estas são palavras de Nancy Fraser, uma das principais teóricas desse tema. A luta pelo reconhecimento não pretende dar a todos o mesmo status por meio da eliminação dos fatores de distinção, mas pela superação dos estereótipos e pela valorização da diferença. Nas palavras felizes de Boaventura Sousa Santos: "As pessoas têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza." [...]

Neste sentido, apesar de não expressos na Constituição de 1988, esses direitos decorrem da previsão do art. 5º, §2º ("Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"), bem como da própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) ou mesmo da proibição de toda e qualquer forma de discriminação (art. 3º, inciso IV), afinal, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." Além disso, lembra André de Carvalho Ramos²¹, tais direitos, no mínimo, "advêm da liberdade de cada um e faz parte das decisões abarcadas pela privacidade".

Também foi esta a posição do ex-Ministro Celso de Mello²², em seu célebre voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, reconhecendo a

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 845.779/SC**. Transexual. Proibição de uso de banheiro feminino em shopping center. Alegada violação à dignidade da pessoa humana [...]. Recorrente: A. S. F. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center LTDA. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 13 de novembro de 2014. Anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-stf-questao.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

²¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 999.

²² Decisão do STF sobre a criminalização da homotransfobia. Voto do relator Ministro Celso de Mello (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26**. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 26 de junho de 2019. Voto do relator. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-celso-mello2.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

orientação sexual e a identidade de gênero como direitos da personalidade e, por consequência, direitos fundamentais decorrentes de outros tantos:

É por tal razão que o magistério da doutrina – apoiando-se em valiosa **hermenêutica emancipatória e construtiva** e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – tem revelado admirável percepção quanto ao significado de que se reveste o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual e à identidade de gênero, em ordem a permitir que se extraiam, em favor das pessoas em geral e dos homossexuais e transexuais em particular, relevantes consequências no plano jurídico.

Nada obstante, não há uma lei em sentido estrito sequer, em âmbito nacional, que *especificamente* proteja a orientação sexual e a identidade de gênero como direitos fundamentais. Percebe-se que adotamos, no Brasil, um modelo indireto de proteção, em que as maiores conquistas se deram pela via jurisdicional, por meio de uma hermenêutica evolutiva, criativa, emancipatória e humanista.

Essa omissão, contudo, não é um mero esquecimento, tampouco incompetência do Legislador. Pelo contrário, trata-se de um projeto eficiente para negar direitos por meio do apagamento da existência destes grupos minoritários em todas as esferas, incluindo a jurídica. Para que continuem ocupando um “lugar de não existência”, na expressão de Letícia Nascimento²³. O Direito, portanto, é estruturado (e aplicado) em bases cisheteronormativas. Se a pessoa cis e hetero (preferencialmente, homem, branco, cristão, sem deficiência e proprietário) passa a ser “o normal”, “o universal”, “o neutro”, o ponto de partida pré-discursivo, os desviantes, inevitavelmente, passam a ser “o anormal”, “o Outro”, obrigatoriamente inferiorizado ou patologizado e, por isso, titular de menos dignidade (ou de dignidade alguma).

No plano internacional, um dos principais diplomas normativos são os já citados **Princípios de Yogyakarta**²⁴. Apesar de se tratar de norma de *soft law* (de âmbito global), lembra Valerio Mazzuoli²⁵ que “devem ser levados em consideração pelos Estados na condição de guia interpretativo para a aplicação das normas” internacionais ou nacionais relativas à proteção dos direitos da comunidade LGBTI+. Trata-se, portanto, de importante vetor hermenêutico e axiológico.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que mais de perto nos vincula, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) deixou assentado na **Opinião Consultiva (OC) n. 24/17** que a orientação sexual e a identidade de gênero são categorias protegidas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) (ainda que não expressamente mencionadas pelo documento) e, como consequência, resta proibida pela CADH qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada nesses

²³ NASCIMENTO, Letícia Carolina Pereira do. **Transfeminismo**. São Paulo: Jarandaíra, 2021. p. 49.

²⁴ PRINCÍPIOS de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Tradução para o Brasil: Jones de Freitas. [S. l.]: Observatório de Sexualidade e Política, 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 26 out. 2023.

²⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 306.

fatores. A OC n. 24 torna mais potente a posição da Corte já consolidada desde o Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile, *leading case* naquele Tribunal sobre direitos LGBTI+.

Nada obstante, no plano internacional, a proteção direta aos direitos sexuais se encontra igualmente incipiente e seu avanço é alvo de ainda maior resistência. Como consequência, a resposta internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero tem sido fragmentada e inconsistente²⁶.

4. MULHER TRANS, MULHER É: UMA DEFESA DA INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA EM FAVOR DAS MULHERES TRANS, À LUZ DO RESP N. 1.977.124.

Em decisão relatada pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz e noticiada no dia 6 de abril de 2022, no bojo do REsp n. 1.977.124, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça²⁷, por unanimidade, estabeleceu que a Lei Maria da Penha se aplica aos casos de violência doméstica e familiar contra mulheres transgênero.

Na oportunidade, o colegiado deu provimento ao recurso do Ministério Público de São Paulo (MPSP) e determinou a aplicação das medidas protetivas requeridas por uma mulher trans, após ela sofrer agressões do seu pai na residência em que coabitavam.

A discussão ao longo de todo o processo, conforme bem destacado em parecer pelo Ministério Público Federal, apresentado pela Subprocuradora Geral da República Mônica Nicida Garcia²⁸, está na compreensão do termo “gênero”.

Gênero, contudo, não é um conceito em disputa apenas nos autos deste processo, para fins de incidência da Lei Maria da Penha. Dentro dos feminismos, esta disputa também ocorre, com a finalidade de constituir a(s) sujeita(s) do(s) feminismo(s). Se, em discurso histórico datado de 1851 e proferido em Ohio (EUA), Sojourner Truth, mulher negra, traz a pergunta “E eu não sou uma mulher?”, nos tempos atuais, as mulheres trans fazem a mesma indagação²⁹.

A 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, vencida a Desembargadora Rachid Vaz de Almeida, negou as medidas protetivas, entendendo que a proteção da Lei n. 11.340/06 seria limitada à condição de mulher biológica.

²⁶ INTRODUÇÃO aos princípios de Yogyakarta. In: PRINCÍPIOS de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Tradução para o Brasil: Jones de Freitas. [S. l.]: Observatório de Sexualidade e Política, 2007. p. 6-8. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 26 out. 2023.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial 1977124 SP**. Recurso Especial. Mulher trans. Vítima de violência doméstica [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: L A DA S F. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 05 de abril de 2022. DJe 22/04/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-aplicavel-protetger.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

²⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Parecer nº 167/2022 MNG/PGR**. Brasília, DF: MPF, [2022]. Parecer emitido nos autos do Recurso Especial nº 1977124/SP, assinado em 4 de fevereiro de 2022. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_RESP1977124LMFmedidaprotetivatranssexualP.pdf. Acesso em: 30 ago. 2022.

²⁹ NASCIMENTO, Leticia Carolina Pereira do. **Transfeminismo**. São Paulo: Jarandaíra, 2021. p. 24-25.

Isso porque existiriam dois obstáculos que não autorizariam a incidência da Lei Maria da Penha em favor de mulheres trans: “um, como causa, científico; outro, como consequência, jurídico (constitucional)”³⁰.

Para o Relator do acórdão impugnado, o Desembargador Francisco Bruno³¹,

[...] ‘mulher’ e ‘homem’ são [...] conceitos científicos, biológicos. E não podem ser igualados se se está a tratar a questão seriamente. Com efeito, há muito se sabe que dentre os vinte e três pares de cromossomos de todo o ser humano, mulheres possuem o par XX e homens, o XY. E, se se examinarem os cromossomos do interessado, L., ver-se-á que ele possui o segundo tipo, XY.

A perversão da decisão, disfarçada de garantista, está nas sutilezas. Em nota de rodapé, após estabelecer inexplicável associação entre pedofilia e transgeneridade³², afirma que:

não deixa de ser curioso que exatamente as pessoas que mais defendem a ciência (contra, por exemplo, concepções evolucionais outras que não o darwinismo) são as primeiras a ignorá-las, quando se trata de uma questão considerada ‘politicamente correta’³³.

Ressalte-se que, em momento algum, o Desembargador Relator explica o que entende por “politicamente correto” e como isso, de alguma forma, afetaria a análise jurídica do caso.

De todo modo, a equiparação entre sexo e (identidade de) gênero, para ele, somente poderia ser feita pelo Legislador, preferencialmente pelo Poder Constituinte Derivado, “dado o perigo daí decorrente para vários direitos fundamentais”³⁴.

³⁰ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito n. 15000289320218260312**. Requerimento do Ministério Público de medidas protetivas da mulher em favor de transexual. Impossibilidade jurídica de fazer a equiparação “transexual feminino = mulher” [...]. 10ª Câmara de Direito Criminal. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: L.A.S. F. Relator: Des. Francisco Bruno, 22 de abril de 2021. p.3. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1207888642/inteiro-teor-1207888645>. Acesso em: 30 ago. 2022.

³¹ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito n. 15000289320218260312**. Requerimento do Ministério Público de medidas protetivas da mulher em favor de transexual. Impossibilidade jurídica de fazer a equiparação “transexual feminino = mulher” [...]. 10ª Câmara de Direito Criminal. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: L.A.S. F. Relator: Des. Francisco Bruno, 22 de abril de 2021. p.4. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1207888642/inteiro-teor-1207888645>. Acesso em: 30 de ago. de 2022.

³² Na nota de rodapé n. 1, o Desembargador Relator Francisco Bruno afirma que “à evidência todas as pessoas, de qualquer raça, cor, sexo, ideologia, ou qualquer outra classificação que se pretenda, devem merecer respeito, consideração e proteção contra qualquer tipo de discriminação. (Com a evidente, pelo menos a meu ver, ressalva de que há limites legais que não podem ser transpostos; por exemplo, embora no futuro isso, lamentavelmente, possa mudar, pelo menor por ora algumas, digamos assim, inclinações não são protegidas, a meu ver corretamente. Um exemplo claro e incontroverso é o da **pedofilia**)”. Apesar de não ser expressa, a mera lembrança em nota de rodapé de comportamento sem qualquer correlação com a identidade de gênero, parece colocar a transgeneridade e a pedofilia no “mesmo saco”. A primeira (transgeneridade), por ser menos grave, poderia ser “tolerada”. Ou pior: haveria uma insinuação, consciente ou inconsciente, de que pessoas trans teriam uma maior propensão à pedofilia.

³³ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito n. 15000289320218260312**. Recurso em sentido estrito. Requerimento do Ministério Público de medidas protetivas da mulher em favor de transexual. Impossibilidade jurídica de fazer a equiparação “transexual feminino = mulher” [...]. 10ª Câmara de Direito Criminal. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: L.A.S. F. Relator: Des. Francisco Bruno, 22 de abril de 2021, p. 3. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1207888642/inteiro-teor-1207888645>. Acesso em: 30 de ago. de 2022.

³⁴ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito n. 15000289320218260312**. Recurso em sentido estrito. Requerimento do Ministério Público de medidas protetivas da mulher em favor de transexual. Impossibilidade jurídica de fazer a equiparação “transexual feminino = mulher” [...]. 10ª Câmara de Direito Criminal. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: L.A.S. F. Relator: Des. Francisco Bruno, 22 de abril de 2021, p. 6. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1207888642/inteiro-teor-1207888645>. Acesso em: 30 ago. 2022.

Por isso mesmo, “com todo o respeito, não é possível dizer, como comumente se diz, que o transexual feminino ‘se sente mulher’: afinal, somente uma mulher pode saber o que ela sente”³⁵. O que o Relator quis dizer, em última análise, é que **mulher trans, mulher NÃO é**.

E seria dessa constatação (pseudo)científica que decorreria o empecilho jurídico. “Imagine-se o que se poderia fazer com a manipulação do conceito de tempo, em relação, por exemplo, ao princípio da irretroatividade da lei penal [...]”³⁶.

Diante do (equivocado) tratamento exclusivamente biológico, a incidência da Lei Maria da Penha em favor de mulher trans (biologicamente, “macho”) implicaria em analogia *in malam partem*, o que poderia violar toda a principiologia (processual) penal que se pretende garantista.

Todo operador do Direito deveria ser garantista. Não se trata de opção, mas de imposição. É evidente que a preocupação com a contenção de excessos do poder de punir estatal é essencial. Mas é no mínimo curioso que um Tribunal que nega direitos básicos dos alvos da persecução penal e descumpra sistematicamente a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal (STF), em verdadeira “anarquia constitucional”³⁷, invoque o garantismo para negar direitos da vítima em extrema situação de vulnerabilidade e deixar de impor medidas cautelares diversas da prisão. Condena-se o pequeno traficante apenas com a palavra dos policiais autores da prisão em (suposto) flagrante, sem qualquer corroboração, mas se nega a incidência da Lei Maria da Penha a pretexto de ser garantista, em odioso **garantismo de gênero**³⁸.

É inegável que o mundo contemporâneo tem nos apresentado algumas questões que não são de solução óbvia e muito menos fácil. Uma delas é a situação das pessoas transgênero e os efeitos jurídicos do descompasso (incongruência) entre o sexo biológico e o gênero com o qual a pessoa se identifica³⁹, ainda mais no âmbito (processual) penal. As decisões paulistas desconsideram, contudo, que:

O sexo é uma categoria biológica insuficiente para explicar os papéis sociais atribuídos ao homem e à mulher. ‘Gênero’ veio como uma categoria de análise das ciências sociais para questionar a suposta essencialidade da diferença dos

³⁵ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido estrito n. 15000289320218260312**. Recurso em sentido estrito. Requerimento do Ministério Público de medidas protetivas da mulher em favor de transexual. Impossibilidade jurídica de fazer a equiparação “transexual feminino = mulher” [...]. 10ª Câmara de Direito Criminal. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: L.A.S. F. Relator: Des. Francisco Bruno, 22 de abril de 2021, p. 5. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1207888642/inteiro-teor-1207888645>. Acesso em: 30 ago. 2022.

³⁶ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido estrito n. 15000289320218260312**. Recurso em sentido estrito. Requerimento do Ministério Público de medidas protetivas da mulher em favor de transexual. Impossibilidade jurídica de fazer a equiparação “transexual feminino = mulher” [...]. 10ª Câmara de Direito Criminal. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: L.A.S. F. Relator: Des. Francisco Bruno, 22 de abril de 2021, p. 6. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1207888642/inteiro-teor-1207888645>. Acesso em: 30 ago. 2022.

³⁷ AO CONCEDER habeas corpus, Gilmar chama TJ-SP de “anarquista institucional”. **ConJur**, [São Paulo], 17 fev. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-17/conceder-hc-gilmar-chama-tj-sp-anarquista-institucional>. Acesso em: 27 ago. 2022.

³⁸ Por **garantismo de gênero**, entende-se a postura de Magistrados e Membros do Ministério Público que flexibilizam garantias do imputado a admitem reduzidíssimo *standard* probatório para condenações em casos de criminalidade urbana comum, como tráfico de drogas, roubo ou furto, mas, quando diante de crimes de gênero, arvoram-se garantistas e exigem, quantitativa e qualitativamente, um nível de prova desproporcional. Dois pesos e duas medidas.

³⁹ BURIN, Patricia; MORETZSOHN, Fernanda. A mulher transgênero como sujeito de direitos na Lei Maria da Penha. **ConJur**, [São Paulo], 22 abr. 2022. Questão de Gênero. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-22/questao-genero-mulher-transgenero-sujeito-direitos-lei-maria-penha>. Acesso em: 01 maio 2022.

sexos, a ideia de que mulheres são passivas, emocionais e frágeis; homens são ativos, racionais e fortes. Na perspectiva de gênero, essas características são produto de uma situação histórico-cultural e política; as diferenças são produto de uma construção social. Portanto, não existe naturalmente o gênero masculino e feminino⁴⁰.

Ademais, em decorrência da recente Recomendação n. 128, de 15 de fevereiro de 2022, do Conselho Nacional de Justiça, que determina a adoção do **Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero** no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário brasileiro, reconhece-se que “atualmente, o conceito de sexo é considerado obsoleto enquanto ferramenta analítica para refletirmos sobre desigualdades”⁴¹.

A ideia de que a mulher transgênero não seria destinatária da Lei Maria da Penha, na medida em que não haveria, entre ela e o agressor, diferença de compleição física, é uma absurda falácia. A violência baseada no gênero não decorre da superioridade de força física do homem. Tanto é assim que a jurisprudência pacífica do STJ⁴² reconhece que a sua incidência independe do gênero do agressor. Em verdade, ela decorre da posição de superioridade que o homem ocupa em nossa estrutura social⁴³, que cria condições ideológicas, culturais e fáticas para que as mais diversas modalidades de violência de gênero aconteçam. Ocorre que há submissão de TODO gênero feminino e não apenas daquelas que nascem com os órgãos genitais femininos (aquelas consideradas mulheres por critérios biológicos)⁴⁴.

Em interessante vivência prática, as Delegadas de Polícia Patricia Burin e Fernanda Moretzsohn⁴⁵ reconhecem que:

No dia a dia das delegacias da mulher, nos deparamos com inúmeras situações em que mulheres transgênero são vitimadas por seus parceiros afetivos ou familiares. Qualquer delegada ou delegado que entreviste pessoalmente as mulheres cisgênero e as mulheres transgênero poderá afirmar categoricamente que o modo de se comportar é idêntico.

Definitivamente, **não se trata de fazer analogia** em desfavor do alvo da persecução penal. Se não bastasse o vetor interpretativo trazido no art. 4º da Lei Maria da Penha, no sentido de que, ao interpretá-la, “serão considerados os fins sociais a que ela

⁴⁰ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. O que é Gênero? Dicionário de Direitos Humanos da ESMPU.

⁴¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça - CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, 2021. p. 16.

⁴² Esta posição está consagrada na tese n. 3 da Edição n. 41 da Jurisprudência em Teses do STJ: “O sujeito passivo da violência doméstica objeto da Lei Maria da Penha é a mulher; já o sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência, com ou sem coabitação” (VIOLÊNCIA doméstica e familiar contra mulher. **Jurisprudência em Teses**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, n. 41, 2015. p. 2).

⁴³ BURIN, Patricia; MORETZSOHN, Fernanda. A mulher transgênero como sujeito de direitos na Lei Maria da Penha. **Conjur**, [São Paulo], 22 abr. 2022. Questão de Gênero. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-22/questao-genero-mulher-transgenero-sujeito-direitos-lei-maria-penha>. Acesso em: 01 maio de 2022.

⁴⁴ BURIN, Patricia; MORETZSOHN, Fernanda. A mulher transgênero como sujeito de direitos na Lei Maria da Penha. **Conjur**, [São Paulo], 22 abr. 2022. Questão de Gênero. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-22/questao-genero-mulher-transgenero-sujeito-direitos-lei-maria-penha>. Acesso em: 01 maio de 2022.

⁴⁵ BURIN, Patricia; MORETZSOHN, Fernanda. A mulher transgênero como sujeito de direitos na Lei Maria da Penha. **Conjur**, [São Paulo], 22 abr. 2022. Questão de Gênero. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-22/questao-genero-mulher-transgenero-sujeito-direitos-lei-maria-penha>. Acesso em: 01 maio de 2022.

se destina” (interpretação teleológica), sua incidência decorre de **mera interpretação literal**, pois seu artigo 5º dispõe que “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão **baseada no GÊNERO**” (grifo nosso), adotando-se uma dimensão sociológica, e não no sexo, conceito, este sim, essencialmente biológico. Por sinal, a negativa de vigência ao art. 5º da Lei foi o principal fundamento utilizado pelo Ministério Público de São Paulo para levar o caso ao STJ.

Assim é que o “transexual feminino” ou a “mulher transexual”, independentemente de ter sido submetida a cirurgia de transgenitalização ou de alteração do gênero nos registros civis, deve estar sob a proteção da Lei Maria da Penha, se a ação ou omissão decorre dessa condição⁴⁶.

Já era esse, aliás, o entendimento consolidado no Enunciado n. 46 do Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (FONAVID):

A lei Maria da Penha se aplica às mulheres trans, independentemente de alteração registral do nome e de cirurgia de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do artigo 5o, da Lei 11.340/2006.

Ademais, em Carta Unificada, aprovada no I Encontro Nacional de Defensores Públicos - Intercâmbio de Experiências na Defesa da Mulher Vítima de Violência⁴⁷, consta dentre as proposições ao Poder Judiciário a seguinte: “O transexual deve ser considerado sujeito passivo para os termos da proteção integral prevista na Lei 11.340/06”.

Ora, a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la⁴⁸.

Em outra oportunidade, as já mencionadas Delegadas de Polícia Patricia Burin e Fernanda Moretzsohn⁴⁹ reconhecem que:

A norma inaugura entre nós um microsistema de proteção às mulheres. Sim, às mulheres, no plural, porque embora estejamos todas submetidas ao machismo estrutural, as vulnerabilidades variam. A realidade da mulher negra e periférica difere sobremaneira daquela da mulher branca com nível superior de escolaridade, por exemplo. A seu turno, os desafios enfrentados pelas mulheres heterossexuais e pelas gays também lhes são próprios. O microsistema volta-se, então, à proteção das mulheres enquanto gênero.

⁴⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Parecer nº 167/2022 MNG/PGR**. Brasília, DF: MPF, [2022]. Parecer emitido nos autos do Recurso Especial nº 1977124/SP, assinado em 4 de fevereiro de 2022. p. 8. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_RESP1977124LMPmedidaprotetivatransexualP.pdf. Acesso em: 30 ago. 2022.

⁴⁷ RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. Coordenação de Defesa da Mulher. **Gênero, sociedade e defesa de direitos**: a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher. Rio de Janeiro: DPRJ, Centro de Estudos Jurídicos, 2017. p. 302. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/60c98ffa951349969d5b9612340d7028.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2022.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275**. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional e registral. Pessoa transgênero [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, 01 de março de 2018. Relator do acórdão: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em: 30 ago. 2022.

⁴⁹ BURIN, Patricia; MORETZSOHN, Fernanda. Mulheres transgênero, Lei Maria da Penha e autoridade policial. **ConJur**, [São Paulo], 03 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-03/lima-burin-mulheres-transgenero-maria-penha-policia>. Acesso em: 01 maio 2022.

Em verdade, se tomamos a **Lei Maria da Penha como ação afirmativa** e, por consequência, como instrumento jurídico especialmente protetivo que visa promover compensações decorrentes de fatores históricos de discriminação e de dominação, a mulher trans, colocada em **dupla situação de vulnerabilidade** (quando estes fatores de vulnerabilidade não se interseccionam com outros, como raça e classe), deve ser protegida pelo microsistema que é a Lei n. 11.340/06.

Conforme bem destacado nos autos pelo Ministério Público Federal (MPF)⁵⁰,

Se a LMP tem por finalidade corrigir distorções históricas, culturais e sociais que vitimizam a mulher em razão do gênero, com mais razão, a rigor se justifica a invocação desse instrumento normativo para a proteção da mulher trans.

Uma adolescente que sofre violência de gênero não precisa optar entre o arcabouço protetivo do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) ou da Lei Maria da Penha. Da mesma forma, uma mulher idosa está duplamente protegida, pois incidente também o Estatuto do Idoso. O mesmo vale para uma mulher negra ou com deficiência. No caso concreto, pode ser até possível aferir qual marcador de vulnerabilidade prepondera ou qual deles motivou com maior intensidade a violação de direitos perpetrada. Nem por isso, os microsistemas deixam de dialogar entre si com a finalidade de respeitar, proteger e promover direitos fundamentais. A relação de normas é de complementariedade e à luz da máxima efetividade.

Ocorre que a cisheteronormatividade é tão intensa em nossa sociedade que, conforme visto, não há nenhum diploma relevante em âmbito nacional que, especificamente, proteja a comunidade LGBTI+. O STF⁵¹, inclusive, já reconheceu que há omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize as condutas de homofobia e transfobia no Brasil. Para a Corte, enquanto não sobrevier lei federal a criminalizar tais atos, todas as ações dessa natureza deverão ser enquadradas nos tipos penais definidos na Lei de Racismo (Lei n. 7.716/89).

Diante da omissão patente e já reconhecida, negar a incidência de microsistemas potencialmente incidentes (como a Lei Maria da Penha) é proteger, de forma insuficiente, numerosa e extremamente vulnerabilizada camada da população.

Diz muito sobre a nossa sociedade o fato de que, há anos, o Brasil é o país em que mais se procura por pornografia trans na internet e, simultaneamente, é o **país em que mais se mata pessoas trans**. Freud explica... Violência letal que ocorre nas esferas pública e privada, nas ruas, mas também onde qualquer indivíduo deveria se sentir mais protegido e amado: no âmbito doméstico e familiar.

Em 2021, foram registrados 140 assassinatos de pessoas trans no Brasil, o que nos faz, pelo 13º ano consecutivo, o país onde mais pessoas trans foram assassinadas.

⁵⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Parecer nº 167/2022 MNG/PGR**. Brasília, DF: MPF, [2022]. Parecer emitido nos autos do Recurso Especial nº 1977124/SP, assinado em 4 de fevereiro de 2022. p. 13.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26**. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 30 ago. 2022; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Mandado de Injução n. 4733**. Direito Constitucional. Mandado de injunção. Dever do Estado de criminalizar as condutas atentatórias dos direitos fundamentais. [...]. Impetrante: ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 30 ago. 2022.

Deste total, 135 tiveram como vítimas travestis e mulheres transexuais e cinco vitimaram homens trans e pessoas transmasculinas. Esses dados reforçam o entrelaçamento entre homotransfobia e misoginia. Quanto à raça, 81% das vítimas se identificavam como pretas ou pardas⁵². Aqui, a interseccionalidade fica ainda mais patente.

Diante disso, a existência de uma legislação especificamente protetiva da orientação sexual e, sobretudo, da identidade de gênero, não excluiria a incidência da Lei Maria da Penha em favor de mulheres trans. A inexistência de legislação específica faz com que, ainda com mais razão, ela deva incidir. Para estes fins, a transfobia pode ser tida como uma modalidade agravada de misoginia.

5. A FUNÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA PROMOÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS DAS MULHERES TRANS EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

A Constituição Federal, em seu art. 134, considera a Defensoria Pública como “expressão e instrumento do regime democrático”, incumbindo-lhe a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicialmente, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, das pessoas necessitadas.

Por sua vez, a Lei Complementar n. 80/94 dispõe que são objetivos da Defensoria Pública a primazia da dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais, a afirmação do Estado Democrático de Direito, a prevalência e efetividade dos direitos humanos e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 3º-A).

Em seguida, o art. 4º, incisos XI e XVIII, da LC n. 80/94, pontua dentre as funções institucionais da Defensoria Pública “o exercício da defesa dos interesses individuais e coletivos da mulher vítima de violência doméstica e familiar” e a atuação na “preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas”.

Considerando a escolha do constituinte originário pelo modelo público de assistência jurídica, o art. 28 da Lei n. 11.340/2006 concede expressamente à Defensoria Pública a atribuição de efetivar prioritariamente o direito à assistência qualificada à mulher. Ao mesmo tempo, a Recomendação n. 33/2015 Committee on the Elimination of Discrimination against Women (Cedaw-ONU) aconselha aos Estados-parte tomar medidas para encorajar mulheres a “participar ativamente em processos da justiça penal” (item 5, “d”). A Recomendação Geral n. 35 da Cedaw-ONU, por seu turno, recomenda que os Estados-parte implementem medidas que garantam o acesso efetivo das vítimas de violência às Cortes e aos Tribunais.

⁵² VALENTE, Jonas. Brasil registrou 140 assassinatos de pessoas trans em 2021. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 29 jan. 2022. Direitos Humanos. Disponível em: <https://agenciabrasil.abc.com.br/direitos-humanos/noticia/2022-01/brasil-registrou-140-assassinatos-de-pessoas-trans-em-2021>. Acesso em: 26 ago. 2022. Para uma leitura aprofundada sobre o tema: BENEVIDES, Bruna G (coord.). **Dossiê assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021**. Brasília: Distrito Drag, ANTRA, 2022.

Por outro vértice, tendo-se em conta a inércia legislativa e o modelo indireto de proteção da comunidade LGBTI+ no plano internacional e doméstico, como acima apontado, e, tomando como base os ensinamentos de Ochy Curiel, é possível concluir pela existência de um “pacto social heterossexual” no Brasil. Curiel analisou, dentro do contexto de uma Colômbia pós-constituição de 1991, em seu livro *La Nación Heterossexual*, como a constituinte contou com uma representação ínfima e pontual de mulheres cisgêneros⁵³, não tendo nenhuma presença da população transexual e as poucas mulheres presentes não apresentaram uma agenda relacionada à diversidade sexual. Como disse Curiel⁵⁴:

Se não se tocava no tema do lesbianismo, provavelmente tampouco se falava de orientação sexual. A invisibilidade das lésbicas dentro do próprio feminismo tem sido uma constante no movimento latino-americano e do Caribe. Isto faz com que muitas lésbicas se incluam dentro de propostas mais gerais, que não visibilizem sua orientação sexual nem questionem o regime da heterossexualidade. (Tradução nossa)

O cenário brasileiro não foi diferente, devendo-se ter em conta que a permanência de um projeto social heterossexual não significa somente que estão subjugadas as pessoas não heterossexuais. Há que se entender, na linha de Curiel, a heterossexualidade como uma instituição política, isto é, *uma imposição institucionalizada para assegurar o acesso físico, econômico e emocional dos homens às mulheres*.

As bases nas quais se torna possível um contrato heteronormativo estão fincadas na diferenciação e classificação sociais entre homens e mulheres, masculino e feminino, homossexual e heterossexual, transgênero e cisgênero. Este “CISTema” de diferenciações e classificações é responsável por criar padrões e oprimir um grupo em detrimento do outro.

Nessa perspectiva, a decisão proferida pela 6ª Turma do STJ, no REsp 1.977.124, é paradigmática. Ao romper com a lógica binária e cisheteronormativa vigente, o Tribunal da Cidadania afasta a controvérsia até então existente, estabelecendo que o arcabouço protetivo da Lei n. 11.340/2006 é aplicável para as mulheres transexuais, restando afastado o critério exclusivamente biológico, já que a vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos não pode ser resumida à objetividade de uma ciência humana.

As consequências não são pequenas.

Resultado de luta histórica pela afirmação dos direitos das mulheres, a Lei Maria da Penha (LMP) inaugura um novo paradigma de enfrentamento à violência de gênero, ao compreendê-la como uma violência estrutural, complexa e multifatorial, e ao prever diversos mecanismos não apenas para coibir e prevenir a sua ocorrência, mas também para garantir o acesso à justiça em seu mais amplo sentido. A LMP desloca a mulher da posição passiva de vítima para um lugar de protagonismo e potência, que sói reconhecer as possibilidades de resistência e exercício da sua autonomia.

Dentro deste panorama, a LMP traz importante inovação legislativa, notadamente quanto ao papel da mulher em situação de violência, que passa a ter uma participação

⁵³ Apenas quatro mulheres fizeram parte da Assembleia Constituinte para redação da Constituição da Colômbia de 1991.

⁵⁴ CURIEL, Ochy. **La nación heterossexual**: análisis del discurso jurídico y el régimen heterossexual desde la antropología de la dominación. Bogotá: Brecha Lésbica, 2013. p. 89.

ativa no processo. Como desdobramento deste papel ativo, a LMP reconhece a assistência qualificada da vítima, em “todos os atos processuais, cíveis e criminais”⁵⁵:

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

Art. 28. É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado⁵⁶.

Nessa toada, ao prever o direito da mulher à assistência jurídica em todos os atos processuais e extraprocessuais, na esfera cível e criminal, a LMP almejou corrigir uma desigualdade histórica e enfrentar um problema estrutural, buscando, por meio da figura da assistência qualificada, concretizar os direitos à memória, à justiça, à verdade e à reparação, como já ressaltado há tempos pela Defensora Pública Renata Tavares⁵⁷.

Dada a escolha do constituinte originário pelo modelo público de assistência jurídica, a atribuição para o efetivo exercício dessa assistência qualificada é conferida expressamente à Defensoria Pública.

Ressalte-se que essa modalidade de assistência não está subordinada aos desígnios estatais de acusação para pautar sua atuação. Com efeito, tal instituto é inconfundível com a assistência de acusação, possuindo viés mais amplo.

O Código de Processo Penal (CPP) reconhece a intervenção da vítima por intermédio da assistência de acusação na fase processual, com supedâneo no art. 268; os poderes do assistente de acusação são aqueles previstos no art. 271, CPP; a sua intervenção depende de autorização judicial, conforme artigos 269 e 273, CPP, sendo necessária a prévia manifestação do Ministério Público (art. 272 do CPP).

Para além da controvérsia quanto à não recepção da figura do assistente de acusação, a doutrina ainda diverge sobre o seu interesse de agir no processo. A corrente majoritária advoga que a sentença penal condenatória e a posterior execução no juízo cível seria o único interesse do assistente, a legitimar sua habilitação.

A diferença entre as duas figuras é enorme, ao menos quando se analisa a literalidade do CPP e a doutrina clássica, porquanto a mulher vítima de violência doméstica e familiar tem o direito de estar acompanhada, desde a seara policial, perpassando por todo o processo, por profissional habilitado a orientá-la e a assegurar a tutela de todos os seus interesses, que não se confundem com a prolação de uma sentença

⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

⁵⁷ COSTA, Renata Tavares. O papel do assistente da mulher previsto no art. 27 da Lei Maria da Penha nos crimes de feminicídio no Tribunal do Júri. *In*: RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. Coordenação de Defesa da Mulher. **Gênero, sociedade e defesa de direitos**: a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher. Rio de Janeiro: DPRJ, Centro de Estudos Jurídicos, 2017. p. 200-231. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/60c98ffa-951349969d5b9612340d7028.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2023.

penal condenatória. É certo que a vítima pode, eventualmente, pleitear a condenação, recorrer da absolvição ou demandar a majoração da pena imposta. Todavia, o alvo principal é a prevenção e erradicação da violência, com a conscientização do agressor, dentro da lógica de uma justiça restaurativa, trazendo a vítima como protagonista, encarando-a como sujeito de direitos com demandas próprias, a serem propostas por alguém que lhe garanta assistência qualificada, humanizada e integral, no âmbito do sistema de justiça.

Resta evidente, em especial diante da previsão do art. 28 da LMP, que o objetivo da assistência qualificada da vítima não é reduzido à persecução penal, razão pela qual a habilitação da Defensoria Pública no processo *independe* de autorização judicial, tampouco manifestação prévia do MP. Por ser obrigatória e decorrente de lei, a figura não comporta juízo de discricionariedade. Trata-se de um verdadeiro *munus* da Defensoria Pública, cuja presença é indispensável, tratando-se de verdadeira garantia da vítima a um processo não revitimizador e não violador do princípio da dignidade da pessoa humana.

No tocante à importância de participação das vítimas de violência, cabe destacar que no caso Favela Nova Brasília, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado brasileiro por entender que o sistema criminal doméstico confere à vítima uma posição secundária, o que obsta o efetivo acesso à justiça.

A partir da necessidade de (trans)gredir a cisheteronormatividade vigente, o Superior Tribunal de Justiça aplica, então, as bases da *Teoria Queer*, a fim de conferir a devida abrangência do arcabouço da LMP para mulheres trans e, por via de consequência, o instituto previsto nos artigos 27 e 28 desse diploma legal, concluindo que gênero é questão cultural, social, significando interações entre homem e mulher, de modo que o conceito de sexo não define a identidade de gênero.

Paul Preciado disserta sobre o tema, dizendo que a diferença de gênero e de sexo é um “produto do contrato social heterocentrado, cujas performatividades normativas foram inscritas nos corpos como verdades biológicas”, e propõe um contrato social contrassexual em que todas as pessoas renunciem suas identidades sexuais e os benefícios provenientes das diferenças, passando os indivíduos a se reconhecerem mutuamente não como homens ou mulheres, mas pessoas e corpos falantes. Para o autor⁵⁸:

O sistema heterossexual é um dispositivo social de produção de feminilidade e masculinidade que opera por divisão e fragmentação do corpo [...]. Os papéis e as práticas sexuais, que naturalmente se atribuem aos gêneros masculino e feminino, são um conjunto arbitrário de regulações inscritas nos corpos que asseguram a exploração material de um sexo sobre o outro.

Destaque-se que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já reconheceu a qualidade especial da assistência à vítima de violência doméstica e familiar, no bojo do Recurso em

⁵⁸ PRECIADO, Beatriz. **Manifesto contrassexual**: práticas subversivas de identidade sexual. São Paulo: N-1 Edições, 2014. p. 25-26.

Sentido Estrito n. 0006946-45.2018.8.19.0036, julgado pela Terceira Câmara Criminal, com publicação em 08/06/2021⁵⁹.

Mais recentemente, no entanto, o Tribunal de Justiça do Paraná, ao reconhecer a assistência qualificada na Correição Parcial nº 0056504-39.2022.8.16.0000⁶⁰, retrocedeu no tema, negando ao profissional habilitado a inquirição de vítima, testemunhas, informantes, entre outras medidas processuais relevantes, caso não se submetesse a ser assistente de acusação, reduzindo o sistema de proteção às mulheres estruturado pela LMP.

Essa interpretação apequenada, cuja limitação não tem amparo legal, não garante proteção efetiva à integridade psíquica, emocional e/ou física da mulher, se afasta dos fins preconizados pela LMP e reafirmados pela Recomendação n. 128 de 2022 do Conselho Nacional de Justiça, e, ao fim e ao cabo, coloca uma mordaca na pessoa vulnerável que teve seus direitos humanos violados.

Traçado este breve panorama, não resta dúvida de que a assistência qualificada da vítima de violência doméstica e familiar também é aplicável às mulheres trans, sendo certo que, enquanto instrumento de acesso à justiça, o instituto só terá efetividade quando interpretado com os fins sociais a que se destina (art. 4º da LMP). Com efeito, a assistência qualificada deve ser ampla e comprometida com o enfrentamento às desigualdades estruturais do “CISistema”, tendo em conta a análise concreta das vulnerabilidades interseccionais e do reconhecimento de subjetividades das mulheres trans,

⁵⁹ Recurso em sentido estrito n. 0006946-45.2018.8.19.0036. Recurso em sentido estrito. Decisão que anulou a oitiva da vítima em razão de a defensoria pública que a acompanhou ter feito perguntas. Natureza jurídica de assistente especial que permite a realização de perguntas na audiência da vítima. Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pela vítima impugnando decisão que anulou o depoimento por ela prestado em razão de terem sido efetuadas perguntas pela Defensoria Pública que a acompanhou na oitiva. Art. 27, da Lei 11.340/2006, que determina que “Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressaltado o previsto no art. 19 desta Lei.” A localização do referido dispositivo – no capítulo nominado: “Da Assistência Judiciária” – a interpretação teleológica da lei – que visa à ampliar as medidas de proteção à mulher vítima de violência doméstica – assim como o critério da especialidade de aplicação das leis, deixam claro que a natureza jurídica do instituto consagrado pelo artigo 27, da Lei Maria da Penha, é de assistência judiciária especial. Diz-se especial porque voltada para as mulheres vítimas de violência doméstica e porque deriva diretamente da lei. Ou seja, diferentemente da assistência comum (artigo 268 e seguintes do CPP), independe de prévia oitiva do Ministério Público e de autorização judicial. Dessa forma, correta a postura da Defensoria Pública em acompanhar a vítima e fazer perguntas que entendeu relevantes para o julgamento da causa. Regra geral das nulidades que impede a decretação da nulidade, seja absoluta, seja relativa, na ausência de prejuízo que, de qualquer forma, importaria a reforma da decisão. Arts. 563 e 566, do CPP. Artigo 10-A, da Lei Maria da Penha, ademais, que determina a obediência de diretrizes na inquirição da mulher vítima de violência doméstica, dentre elas a “não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada” (§ 1º, III). Magistrado que deveria ter ponderado o direito da vítima com a formalidade cuja observância entendeu necessária, sendo certo que, diante do que ora se expôs (não houve demonstração de prejuízo, não sendo possível presumi-lo pela mera inquirição), a decisão teria que ter privilegiado a não revitimização. Recurso provido. (RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça.

Recurso em sentido estrito n. 0006946-45.2018.8.19.0036. Recurso em sentido estrito. Decisão que anulou a oitiva da vítima em razão de a Defensoria Pública que a acompanhou ter feito perguntas. [...]. 3ª Câmara Criminal. Recorrente: S. C. S. Recorrido: A. S. M. Relator: Des. Antônio Carlos Nascimento Amado, 01 de junho de 2021. Disponível em: <https://www3.tjrr.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004DF5C2B5FDA92AE47DC7FE5D256637F10C50F03530B3B&USER=011e3256db1d70839ca2d9f0b97945b0>. Acesso em: 26 out. 2023).

⁶⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Correição Parcial n. 0056504-39.2022.8.16.0000. Correição parcial. Tribunal do júri. Tentativa de homicídio. Violência doméstica praticada contra a mulher. Habilitação da defensoria pública, de ofício pelo juízo, para atuar como “assistente qualificada” da vítima (Imp, arts. 27 e 28). Alegação de “error in procedendo” pela inversão tumultuária de atos e fórmulas legais, a saber: (ii) da alegada ofensa ao princípio dispositivo porque a defensoria pública não pode atuar sem que a vítima procure seus serviços, devendo, ainda, comprovar a carência de recursos econômicos. “error in procedendo” inócurre. (PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Correição Parcial n. 0056504-39.2022.8.16.0000.** Correição parcial. Tribunal do júri. Tentativa de homicídio. Violência doméstica praticada contra a mulher. 1ª Câmara Criminal. Requerente: Ministério Público. Requerido: Juízo de Direito da 1ª Vara Plenário do Tribunal do Júri de Curitiba. Relator: Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira, 23 de março de 2023. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000022519941/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0056504-39.2022.8.16.0000#integra_4100000022519941. Acesso em: 26 out. 2023).

que sofrem com dificuldades diárias, desde o uso de banheiros públicos e o respeito ao uso do nome social, até o acesso às políticas públicas mais complexas.

Dentro da ótica de uma transfobia estrutural, amplificar a assistência qualificada às mulheres trans é também evitar a vitimização secundária, conhecida como revitimização ocasionada pelos processos posteriores e consequenciais do evento criminoso. Tal revitimização, dá-se por meio da interferência dos próprios operadores do direito, que diante da busca da verdade real dos fatos acabam por usar as vítimas como objeto, transformando-as em meios probatórios para a condenação do agressor.

Portanto, a assistência qualificada da mulher trans é mecanismo convencional, constitucional e legal, sendo a atuação adequada da vítima no processo um reforço da luta pelo acesso à ordem jurídica justa. As tentativas de desqualificar a assistência da vítima refletem a resistência de operadores do direito na adoção de uma concepção democrática-participativa dos membros da Defensoria Pública, em prol do enfrentamento das desigualdades estruturais e das graves violações de direitos humanos. Essa armadilha retórica não é nova, sendo bem delineada por Michel Foucault⁶¹ que compreendeu, dentro do discurso enunciativo, o que, por quem e para quem está sendo dito e em quais condições, produzindo, desta forma, uma localidade.

Nas palavras da escritora estadunidense Toni Morrison⁶², “mas como é difícil lidar com o porquê, é preciso buscar refúgio no como”, e, nessa conjuntura, contra o silenciamento institucional, deve-se perseguir a atuação ampla da Defensoria Pública, judicial e extrajudicialmente, com a adoção de todas as medidas necessárias para a defesa dos interesses das vítimas, a fim de que a assistência qualificada seja uma realidade e uma pauta efetiva da visibilidade e reconhecimento da mulher trans, rompendo a fronteira de uma sociedade excludente e hierarquizante, colmatada por corpos soberanos, brancos e heterossexuais.

6. CONCLUSÃO

Apesar de a 6ª Turma do STJ, no bojo do REsp n. 1.977.124, estabelecer que a Lei Maria da Penha se aplica aos casos de violência doméstica e familiar contra mulheres trans, o tema ainda é controvertido nos Tribunais. Alega-se que sua incidência implicaria em analogia *in malam partem*. A controvérsia passa pela disputa do próprio conceito de “gênero”. Contudo, a compreensão de que o gênero é uma construção social e a identidade de gênero um direito humano fundamental, faz com que a incidência da LMP decorra de uma mera interpretação literal.

Conclui-se que a Lei Maria da Penha abrange o gênero feminino, aí incluindo-se as mulheres trans, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, de tratamento hormonal ou de alteração do nome e gênero nos registros civis.

A mulher trans, portanto, pode muito mais que “apenas” requerer medidas protetivas em desfavor do suposto autor do fato (art. 22). O reconhecimento da subsunção da Lei, por exemplo, atrai a competência do órgão jurisdicional especializado (art. 14), afasta a incidência dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 (art. 41) e, no

⁶¹ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: LOYOLA, 1996.

⁶² MORRISON, Toni. **O olho mais azul**. Tradução: Manoel Paulo Ferreira. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

que especialmente interessa ao presente estudo, impõe o atuar de advogado ou da Defensoria Pública na qualidade de assistente da vítima em todos os atos do processo (artigos 27 e 28). Enfim, o microsistema protetivo deve incidir de ponta a ponta, sem qualquer distinção.

Afinal, mulher trans, mulher é.

REFERÊNCIAS

AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Pólen, 2019.

AO CONCEDER habeas corpus, Gilmar chama TJ-SP de “anarquista institucional”. **ConJur**, [São Paulo], 17 fev. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-17/conceder-hc-gilmar-chama-tj-sp-anarquista-institucional>. Acesso em: 27 ago. 2022.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019. 2 v.

BENEVIDES, Bruna G (coord.). **Dossiê assassinatos e violências contra travestis e transsexuais brasileiras em 2021**. Brasília, DF: Distrito Drag, ANTRA, 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça - CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>. Acesso em: 26 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **O Ministério Público e a igualdade de direitos para LGBTI: conceitos e legislação**. 2. ed. rev. e atual. Brasília, DF: MPF, Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, Ministério Público do Estado do Ceará, 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Parecer nº 167/2022 MNG/PGR**. Brasília, DF: MPF, [2022]. Parecer emitido nos autos do Recurso Especial nº 1977124/SP, assinado em 4 de fevereiro de 2022. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_RESP1977124LMPmedidaprotetivatansexualP.pdf. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial 1977124 SP**. Recurso Especial. Mulher trans. Vítima de violência doméstica [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: L A DA S F. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 05 de abril de 2022. DJe 22/04/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-aplicavel-protoger.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275**. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional e registral. Pessoa transgênero [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, 01 de março de 2018. Relator do acórdão: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26.** Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Mandado de Injução n. 4733.** Direito Constitucional. Mandado de injunção. Dever do Estado de criminalizar as condutas atentatórias dos direitos fundamentais. [...]. Impetrante: ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 527.** Direito das pessoas LGBTI. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Transexuais e travestis. Unidades prisionais em que deve ocorrer a pena. Proteção contra abusos físicos e psíquicos. Princípios de Yogyakarta. Relator: Min. Roberto Barroso, 26 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340513402&ext=.pdf>. Acesso em: 30 ago. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 845.779/SC.** Transexual. Proibição de uso de banheiro feminino em shopping center. Alegada violação à dignidade da pessoa humana [...]. Recorrente: A. S. F. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center LTDA. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 13 de novembro de 2014. Anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-stf-questao.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

BURIN, Patricia; MORETZSOHN, Fernanda. A mulher transgênero como sujeito de direitos na Lei Maria da Penha. **Conjur**, [São Paulo], 22 abr. 2022. Questão de Gênero. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-22/questao-genero-mulher-transgenero-sujeito-direitos-lei-maria-penha>. Acesso em: 25 ago. 2022.

BURIN, Patricia; MORETZSOHN, Fernanda. Mulheres transgênero, Lei Maria da Penha e autoridade policial. **Conjur**, [São Paulo], 03 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-03/lima-burin-mulheres-transgenero-maria-penha-policia>. Acesso em: 01 maio 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução CFM nº 2.265/2019, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010. **Diário Oficial da União:** seção 1, ano 158, n. 6, p. 96, 09 jan. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (Brasil). **Resolução nº 1, de 29 de janeiro de 2018.** Estabelece normas de atuação para as psicólogas e os psicólogos em relação às pessoas transexuais e travestis. Brasília, DF: Conselho Federal de Psicologia, 2018.

COSTA, Renata Tavares. O papel do assistente da mulher previsto no art. 27 da Lei Maria da Penha nos crimes de feminicídio no Tribunal do Júri. *In*: RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. Coordenação de Defesa da Mulher. **Gênero, sociedade e defesa de direitos:** a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher. Rio de Janeiro: DPRJ, Centro de Estudos Jurídicos, 2017. p. 200-231. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/60c98ffa951349969d5b9612340d7028.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2023.

CURIEL, Ochy. **La nación heterossexual:** análisis del discurso jurídico y el régimen heterossexual desde la antropología de la dominación. Bogotá: Brecha Lésbica, 2013.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: LOYOLA, 1996.

INTRODUÇÃO aos princípios de Yogyakarta. In: PRINCÍPIOS de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Tradução para o Brasil: Jones de Freitas. [S. l.]: Observatório de Sexualidade e Política, 2007. p. 6-8. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 26 out. 2023.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MORRISON, Toni. **O olho mais azul**. Tradução: Manoel Paulo Ferreira. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

NASCIMENTO, Leticia Carolina Pereira do. **Transfeminismo**. São Paulo: Jarandaíra, 2021.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Correição Parcial n. 0056504-39.2022.8.16.0000**. Correição parcial. Tribunal do júri. Tentativa de homicídio. Violência doméstica praticada contra a mulher. 1ª Câmara Criminal. Requerente: Ministério Público. Requerido: Juízo de Direito da 1ª Vara Plenário do Tribunal do Júri de Curitiba. Relator: Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira, 23 de março de 2023. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000022519941/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0056504-39.2022.8.16.0000#integra_4100000022519941. Acesso em: 26 out. 2023.

PRECIADO, Beatriz. **Manifesto contrassexual: práticas subversivas de identidade sexual**. São Paulo: N-1 Edições, 2014.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Tradução para o Brasil: Jones de Freitas. [S. l.]: Observatório de Sexualidade e Política, 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 26 out. 2023.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. Coordenação de Defesa da Mulher. **Gênero, sociedade e defesa de direitos: a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher**. Rio de Janeiro: DPRJ, Centro de Estudos Jurídicos, 2017. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/60c98ffa951349969d5b9612340d7028.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2022.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **Recurso em sentido estrito n. 0006946-45.2018.8.19.0036**. Recurso em sentido estrito. Decisão que anulou a oitiva da vítima em razão de a Defensoria Pública que a acompanhou ter feito perguntas. [...]. 3ª Câmara Criminal. Recorrente: S. C. S. Recorrido: A. S. M. Relator: Des. Antônio Carlos Nascimento Amado, 01 de junho de 2021. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004DF5C2B5FDA92AE47DC7FE5D256637F10C50F03530B-3B&USER=011e3256db1d70839ca2d9f0b97945b0>. Acesso em: 26 out. 2023.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito n. 15000289320218260312**. Requerimento do Ministério Público de medidas protetivas da mulher em favor de transexual. Impossibilidade jurídica de fazer a equiparação “transexual feminino = mulher” [...]. 10ª Câmara de Direito Criminal. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: L.A.S. F. Relator: Des. Francisco Bruno, 22 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1207888642/inteiro-teor-1207888645>. Acesso em: 30 ago.2022.

VALENTE, Jonas. Brasil registrou 140 assassinatos de pessoas trans em 2021. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 29 jan. 2022. Direitos Humanos. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2022-01/brasil-registrou-140-assassinatos-de-pessoas-trans-em-2021>. Acesso em: 26 ago. 2022.

VIOLÊNCIA doméstica e familiar contra mulher. **Jurisprudência em Teses**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, n. 41, 2015.

EXECUÇÃO PENAL E TOTALITARISMO

ENFORCEMENT OF CRIMINAL SENTENCES AND TOTALITARIANISM

Luiz Felipe Tibua Pantoja

Graduando em Direito na Universidade Federal do Paraná - UFPR

Estagiário no Setor de Execução Penal da Defensoria Pública do
Estado do Paraná - DPE-PR

Pesquisador da Clínica de Acesso à Justiça e Educação nas Prisões da
UFPR - CAJEP-UFPR

Resumo: Este trabalho tem o objetivo de denunciar as principais normas, práticas e discursos da execução penal brasileira que remontam ao arbítrio, à insegurança, à hierarquia social, à dominação e à violação de direitos e preceitos fundamentais, ou seja, ao totalitarismo. Com isso busca-se explicitar, em especial, a obsolescência e incompatibilidade das instituições prisionais, verdadeiros vácuos de direito, invólucros de regimes autoritários, com um genuíno Estado Democrático de Direito e estimular uma visão da execução penal brasileira alinhada aos preceitos erigidos pela Constituição Federal, demonstrando, ainda, a importância dos operadores do Direito e agentes do Estado em uma atuação de redução dos danos, individuais e sociais, promovidos pela execução das penas privativas de liberdade.

Palavras-chave: execução penal; totalitarismo; prisões; incompatibilidade com um Estado democrático.

Abstract: This paper aims to denounce the main norms, practices and discourses of the Brazilian process of enforcement of criminal sentences that allude to arbitrariness, insecurity, social hierarchy, domination and violation of fundamental rights and precepts, that is, to totalitarianism. With this, argue, in particular, the obsolescence and incompatibility of prison institutions, true vacuums of law, envelopes of authoritarian regimes, with a genuine Democratic State of Law and to stimulate a vision of the Brazilian process of enforcement of criminal sentences in line with the precepts erected by the Federal Constitution, further demonstrating the importance of legal practitioners and State agents in reducing the individual and social damage caused by the enforcement of custodial sentences.

Keywords: enforcement of criminal sentences; totalitarianism; prisons; incompatibility with a democratic state.

1. INTRODUÇÃO

Dentro de todo Estado de Direito – tido idealmente como aquele que submete todos à Lei, no sentido da igualdade, buscando um exercício de poder horizontal/democrático e uma justiça personalista, expressiva dos direitos humanos fraternos, que possa efetivamente resolver conflitos sociais –, há um Estado de Polícia ou Totalitário – tido

idealmente como aquele que subordina todos os cidadãos à vontade arbitrária daqueles que mandam, exercendo um poder vertical, autoritário e paternalista, que busca suprimir os conflitos, conforme a vontade hegemônica do grupo no poder –, o qual deve ser contido e reduzido, a fim de se promover o progresso do Estado de Direito⁶³.

A dinâmica histórica demonstrou a impossibilidade de um Estado de Direito puro, invariavelmente existindo um Estado de Polícia enclausurado em seu interior. Isso em razão da dinâmica do poder, em que as agências que o possuem tendem a buscar estendê-lo até o arbítrio. Assim, em estados reais, existem duas tendências antagônicas – a conservação e ampliação do poder vertical autoritário e a limitação e horizontalização desse poder. A engenharia institucional de cada Estado determina os freios e contrapesos aos poderes das agências⁶⁴.

Se assim o é, por certo as instituições prisionais são invólucros materiais de Estados Totalitários que permanecem edificadas nos Estados de Direito contemporâneos. As prisões, como *instituições totais*⁶⁵, promovem a submissão absoluta de todos os aspectos da vida do indivíduo ao poder estatal, exercido, de forma arbitrária, vertical, autoritária e paternalista, por meio de seus agentes penitenciários. Trata-se do momento de efetiva execução do poder punitivo – mero ato de poder político, característico do Estado de Polícia –, em que este assume sua forma mais volátil e descontrolada.

A subordinação absoluta ao poder de outrem, consequência invariável da pena privativa de liberdade, produzida por meio do exercício do poder disciplinar – espécie de exercício do poder punitivo –, determina a “coisificação” do indivíduo, excluindo sua condição de *sujeito de direitos*⁶⁶. Por ser um depósito de “coisas”, as prisões se colocam nas sombras do não jurídico, legitimando a inexistência – ou ineficiência – de um direito capaz de garantir os direitos dos indivíduos privados de liberdade, o que, por sua vez, leva a erosão, ao menos no interior de seus muros, do Estado de Direito, impedindo a contenção do poder de polícia e implantando um regime totalitário próprio.

Este *Estado Totalitário Prisional*, concebido pela execução do poder punitivo descontrolado, promove a adoção de diversas normas, práticas e discursos absolutamente incompatíveis com ideais genuinamente democráticos, legitimando o arbítrio, a insegurança jurídica, o paternalismo, a hierarquia e exclusão social e a violação massiva de direitos fundamentais dos internos, como se verá com mais detalhe nos tópicos a seguir.

2. A HARMÔNICA INTEGRAÇÃO SOCIAL DO INDIVÍDUO

Como discurso oficial de legitimação da execução das penas, a Lei de Execução Penal – LEP – brasileira elege como objetivo desse processo “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Assim, ter-se-ia adotado no Brasil uma Teoria de Prevenção Especial Positiva. A execução da pena,

⁶³ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 41 e 93-95.

⁶⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 41 e 93-95.

⁶⁵ GOFFMAN, Erving. **Internados**: ensaios sobre la situación social de los enfermos mentales. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1994.

⁶⁶ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de penologia e execução penal**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 193.

conduzida pelas *ideologias re* – ressocialização, reeducação e reinserção –, almejaria evitar condutas delitivas do indivíduo no futuro.

Tal projeto técnico-corretivo pretensamente democrático, que buscava o melhoramento da vida em comunidade, incluindo e reformando os indivíduos problemáticos, esconde uma ideologia paternalista, racista e classista, herdeira legítima da criminologia positivista, bem como ignora a realidade social produzida pelas penas privativas de liberdade.

Desde a consolidação da pena privativa de liberdade como principal forma de punição, que ocorreu simultaneamente – e em decorrência da – ascensão do capitalismo e da classe burguesa – dotada de ideologias e interesses próprios –, durante os séculos XVIII e XIX, há tentativas de legitimar as prisões como meio de reforma do indivíduo¹. Circulavam ideias de instituir o aprisionamento como forma de autorreflexão religiosa e autorreforma, ideal que influenciou a construção do sistema prisional conhecido como pensilvânico, que enfatizava o isolamento completo, o silêncio e a solidão para produzir uma “emancipação da alma”. Ainda, nesse período, surge a concepção da arquitetura prisional panóptica, em especial pela influência do utilitarista Jeremy Bentham², a fim de promover uma ideia de supervisão constante, único meio de fazer os criminosos internalizarem hábitos de trabalho. O modelo panóptico e o ideal de “acostumar os vadios ao trabalho” foram importados ao Brasil com a Casa de Correção da Corte, inaugurada em 1850 no Rio de Janeiro³.

No século XIX, no auge do Darwinismo social classista e racista, diversas teorias de prevenção especial positivistas biológicas foram construídas. Na época, houve uma tentativa de transposição do método científico positivista, com comprovada eficácia nas ciências naturais, para as ciências sociais. O método supunha a existência de leis gerais que determinam os fenômenos da natureza e, agora, da sociedade. Buscava-se uma ciência que explicasse os elementos que determinavam o comportamento criminoso, a fim de controlá-los e suprimi-los⁴.

Um dos grandes expoentes dessa corrente criminológica foi Cesare Lombroso, médico psiquiatra italiano, que buscou elaborar uma teoria biológica do comportamento criminoso. Com base em amostras de presos – indivíduos já selecionados pelo sistema penal –, inferiu que certos indivíduos – em suma, os portadores dos estereótipos do delinquente – possuiriam regressões do desenvolvimento da espécie humana, as quais comporiam uma fisiologia de um “criminoso nato”, predisposto a condutas criminosas. Com isso, a medicina seria a ciência capaz de identificar os sintomas patológicos e intervir, com seu saber causal, biologicamente, no comportamento humano, cujas ações seriam sintomas da natureza antissocial do sujeito⁵.

¹ DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução: Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 43-65.

² BENTHAM, Jeremy *et al.* **O panóptico**. Organização: Tomaz Tadeu. Traduções: Garcia Lopes Louro (Perrot); M. D. Magno (Miller); Tomaz Tadeu (Bentham e Werrett). 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 37-45.

⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia**: contribuição para crítica da economia política da punição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 27-30.

⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia**: contribuição para crítica da economia política da punição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 39-42.

Os problemas dessa teoria se mostram claros; a utilização de um método positivista: a) assume a ordem social imposta como *natural*, capaz de leis gerais de determinação do comportamento que devem ser encontradas pelos cientistas, sem valoração dos conflitos sociais; b) exclui a condição de pessoa humana dos entes da sociedade, ao admitir que todas as condutas são determinadas por forças desconhecidas ou inconscientes dos sujeito e, portanto, incontroláveis por eles, as quais manifestam sua natureza antissocial, descartando o elemento essencial de autodeterminação da pessoa humana – mesmo que esta seja, de fato, eventualmente limitada por fatores sociais, não se mostra nunca excluída; c) parte de uma ideia racista e classista de evolução humana, que busca legitimar uma inferioridade natural de alguns entes da sociedade com base em um método de estudo incompatível com as ciências sociais.

Com os Estados de Bem-estar Social, surge um modelo correcionalista de justiça penal – em que as penas tornam-se flexíveis na fase executiva, com base em avaliações personológicas e juízos de periculosidade do indivíduo – estritamente relacionado com políticas de *welfare*, com ênfase em práticas socioassistenciais e pedagógicas – com diversos graus de intensidade e coerência, conforme a realidade de cada Estado⁶. Tal modelo, em tese, é o que se encontra positivado na Lei de Execução Penal brasileira, promulgada em 1984, sob a égide da gradual reabertura democrática, a qual culmina na elaboração da Constituição de 1988, determinando tardiamente um Estado Social de Direito no Brasil.

Esse modelo, no entanto, entrou em crise junto ao Estado Social. A adoção tardia de políticas de *welfare* pelo Brasil, simultaneamente à crise dessa arquitetura institucional, determinou a precariedade dessas políticas desde a concepção, principalmente no ambiente carcerário – devido à falta de interesse político para tanto. Assim, o modelo *correcionalista social* adotado pela LEP nunca chegou a ser genuinamente posto em prática. A enorme precariedade em políticas de assistência e de garantia dos direitos positivados das pessoas privadas de liberdade permanece até os dias atuais.

Por mais que visto por uns com otimismo, adotando uma pena útil ao melhoramento das estatísticas criminais de reincidência, respeitando o preceito de inclusão do Estado Social; e por outros como uma “mentira piedosa”, única fundamentação irreal do “direito de punir estatal” capaz de reduzir a violência das penas e resguardar os direitos dos acusados e apenados – motivos pelos quais essa ideologia da pena prevalece na contemporaneidade –, a verdade é que nenhum desses objetivos foi jamais alcançado. A prática histórica demonstrou a incapacidade da pena de diminuir os índices de reincidência, bem como a incapacidade de uma ideologia de inclusão garantir os direitos dos apenados⁷.

O maior erro filosófico dessa ideologia é a adoção de modelos *etiológicos* da Criminologia, explicando a gênese da criminalidade a partir de defeitos pessoais dos “criminosos” – predisposições internas – ou de causas estruturais que determinam uma integração social deficiente – falha individual de internalização das normas consensuais

⁶ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de penologia e execução penal**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 33-35.

⁷ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de penologia e execução penal**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 33-42.

–, ao invés de um modelo *político*, o qual concebe o crime como fenômeno social criado pela Lei penal e a criminalização como ato de poder seletivo das classes dominantes para manutenção da desigualdade social e a opressão das classes sociais desprovidas dos meios de produção nas sociedades capitalistas⁸.

A teoria da prevenção especial positiva, portanto, ignora a realidade apresentada pela sociocriminologia, ignora e encobre a verdadeira função que o sistema penal cumpre nas sociedades contemporâneas. O sistema penal realiza uma *gestão diferencial das ilegalidades*⁹, punindo seletivamente os indivíduos pertencentes às classes sociais oprimidas, em razão: a) sua vulnerabilidade social e econômica¹⁰ – que implica em sua incapacidade de defesa processual ou nos meios sociais; b) da natureza, em geral, tosca e aparente de sua criminalidade típica – criminalidade de rua, não feita às escuras, dotada de visibilidade, e caracterizada pela falta de refino na execução, diferente das criminalidades econômicas, típicas das classes hegemônicas, de difícil verificação¹¹; c) da incapacidade de se valer de corrupção ou prevaricação dos órgãos encarregados de apurar delitos¹²; d) do senso comum de que é nas áreas de convivência das classes subalternas que em regra ocorrem os crimes, razão pela qual se encontram sob maior controle policial¹³; e e) das *metarregras* – preconceitos, estereótipos e outras idiosincrasias pessoais, em geral inconscientes, desencadeadas por indicadores sociais negativos de pobreza, cor da pele, marginalização etc., que enquadram o indivíduo na figura do delinquente, determinantes ao processo de criminalização¹⁴.

Assim, apenas os indivíduos mais vulneráveis da sociedade, em regra, têm a “oportunidade de serem reeducados” pelo sistema penal. Apenas esse recorte da população deve ser adestrado ao respeito às leis por meio da força e da violência do poder punitivo estatal.

O escopo de prevenção especial da pena, seja em seu modelo moralista religioso, moralista laboral, policial-biológico ou correccionalista social, indica nos indivíduos criminalizados *déficits*: morais, sociais, biológicos ou econômicos, que devem ser sanados pelo Estado em sua busca de imposição de um modelo humano. Reconhece, portanto, que os crimes são determinados por deficiências pessoais. Esse reconhecimento oficial de inferioridades implica na produção de uma hierarquia entre os seres humanos, entre os imorais delinquentes e os cidadãos de bem. A seletividade do sistema penal importa que essa inferioridade apenas é detectada nos indivíduos que se acomodam nos estereótipos de delinquentes, em geral, pessoas jovens, negras e marginalizadas.

⁸ SANTOS, Juez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo; Tirant lo Blanch, 2020. p. 91-92.

⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 88.

¹⁰ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 46-51.

¹¹ ARGÜELLO, Katie. Processo de criminalização e marginalidade social. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (orgs.). **Estudos críticos sobre o sistema penal**: homenagem ao Professor Doutor Juez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: LedZe Editora, 2012. p. 171-217.

¹² THOMPSON, Augusto. O futuro da criminologia. In: BITTAR, Walter Barbosa. **A criminologia do século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.77-82.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 121.

¹⁴ SANTOS, Juez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo; Tirant lo Blanch, 2020. p. 455.

A função de detecção e “cura” das inferioridades acaba por legitimar uma hierarquia entre os seres humanos ao apontar as classes e setores da sociedade historicamente oprimidos como inferiores, portadores de deficiências pessoais.

Ainda, a própria noção da pena como tratamento curativo obrigatório dos problemas individuais dos criminosos – que determinam sua delinquência – é problemática, pois contrária ao direito dos indivíduos do pleno desenvolvimento de sua personalidade, expressamente previsto no art. 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e decorrente da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil. O Estado não tem o direito de “melhorar as pessoas” conforme critérios morais próprios – visto a inexistência de uma moral única em uma sociedade pluralista e conflitual¹⁵ –, com base em teorias pseudocientíficas de *ortopedia moral*, podendo no máximo oferecer programas de “ressocialização” aos casos voluntários¹⁶.

Por fim, há de se reconhecer a absoluta incompatibilidade entre a criminalização e a privação de liberdade nas instituições totais com uma “integração social” do indivíduo. Acontece que a institucionalização do indivíduo promove sua *prisionalização*, ou seja, a *desculturação* dos valores e normas gerais da convivência social em liberdade e a *aculturação* dos valores e normas de sobrevivência nas prisões, a violência e a corrupção¹⁷.

Esse processo de prisionalização é determinado, em grande medida, pelo sistema disciplinar penal. Por mais que entendido usualmente como método de reeducação do apenados, por meio do incentivo à disciplina e à boa vivência dentro das unidades prisionais, a realidade é que as condutas sancionadas por meio do exercício do poder disciplinar, em sua maioria, não seriam assim no mundo livre. As diversas faltas leves, médias e graves decorrem sempre do abstrato conceito de disciplina disposto no art. 44 da LEP – a colaboração com a ordem e a obediência às determinações das autoridades e seus agentes –, de forma que o “bom comportamento” – elemento central para o indivíduo manter sua integridade física e mental no cárcere, bem como diminuir a quantidade de tempo em regimes penais mais rígidos – não passa da obediência aos deveres impostos na lei unicamente aos indivíduos que cumprem pena e a aceitação da submissão absoluta à autoridade penitenciária. As normas disciplinares penais, portanto, não correspondem a um aprendizado de como viver em sociedade, mas apenas uma socialização à vida carcerária e, portanto, uma dessocialização fora dela¹⁸.

A isso, soma-se o efeito regressivo da subordinação absoluta ao poder de outrem, condicionando adultos a controles próprios das etapas infantis, eximindo-os de responsabilidades inerentes a sua idade cronológica e a assunção constante de papéis conflitivos, seja entre os próprios presos ou entre estes e as autoridades penitenciárias, e sua adaptação a esses papéis¹⁹.

¹⁵ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de penologia e execução penal**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 127.

¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo; Tirant lo Blanch, 2020. p. 434.

¹⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 183-186.

¹⁸ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de penologia e execução penal**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 235.

¹⁹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 126.

Assim, a criminalização, ao identificar o indivíduo como *criminoso*, promove uma (re)construção social na psique da pessoa, transformando sua autoimagem e deformando sua personalidade por meio da prisionalização. Ao sair da prisão ou a cumprir pena fora dela, a sua rotulação de delinquente implica na expectativa dos demais indivíduos da comunidade de que se comporte conforme o estigma, erodindo qualquer possibilidade de “reintegração social” e determinando a formação de sua carreira criminosa, realizando a chamada *self fulfilling prophecy*²⁰.

Em suma, percebe-se que a pena criminal, mesmo em seu escopo mais otimista, possui diversos problemas filosóficos e materiais, apresentando-se como manifestação ideológica do *Estado de Polícia*, incapaz de diminuir índices de reincidência, pois estes são incrementados pela própria execução da pena, incompatível com qualquer ideia de integração democrática à comunidade, voltada ao encobrimento dos problemas políticos ao afirmar a inferioridade individual dos sujeitos criminalizados e não promover a verdadeira solução dos conflitos sociais.

3. A RELAÇÃO JURÍDICO-PENITENCIÁRIA

A relação jurídico-penitenciária é aquela existente entre o indivíduo e o Estado – apresentado pela autoridade penitenciária responsável pelo estabelecimento onde o primeiro cumprirá pena – por consequência da condenação por um fato punível segundo a Lei Penal, em que o apenado é obrigado a cumprir a pena nos termos e limites da sentença²¹.

Diversas teorias já buscaram explicar esse fenômeno, muitas vezes legitimando a relação como de sujeição ou meramente administrativa, com o fim de impossibilitar a intervenção judicial, criando “espaços livres de direito” – não valorados quanto a sua legalidade.

Nesse sentido, podemos citar a “Teoria da Supremacia Especial” – ou das relações especiais de poder –, impulsionada pela doutrina alemã, a qual afirmava que, enquanto em relação aos demais cidadãos o Estado soberano exerceria uma supremacia *geral*, pautada na lógica direito/obrigação – direitos e deveres –, nas relações de *especial sujeição* – dentre as quais se encontra a relação jurídico-penitenciária –, haveria uma relação de poder/ônus, o poder de sujeitar e a obrigação de obedecer. Assim, as relações de sujeição não seriam limitadas pelo direito geral, impedindo tanto uma tutela jurídica sobre o zelo dos indivíduos sujeitos a essa relação especial, quanto uma efetiva *existência de direitos*, ante a impossibilidade de garanti-los, ficando a critério da Administração Pública tratá-los como bem entender²².

Na doutrina dos Estados Unidos foi desenvolvida a Teoria das *hands-off*, a qual pregava a impossibilidade de intervenção judiciária nas relações concernentes apenas à Administração Pública. Essa ideia partiu de um entendimento extremista da separação

²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo; Tirant lo Blanch, 2020. p. 456.

²¹ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de penologia e execução penal**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 195.

²² PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de penologia e execução penal**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 195-200.

dos poderes e do temor de que a intervenção judicial pudesse prejudicar os objetivos de garantia da ordem e segurança das unidades prisionais. As consequências de sua aplicação são as mesmas da teoria anterior²³.

Há de se reconhecer o caráter extremamente autoritário dessas teorias, ao determinar uma situação de inferioridade a certos cidadãos, relegando seus direitos à absoluta arbitrariedade do Estado. A impossibilidade de o direito alcançar decisões administrativas remonta justamente ao antigo “direito de polícia do príncipe”, que permitia ao Estado a ingerência na vida privada dos cidadãos, sem controles, sempre sob o pretexto de busca da segurança e do bem-estar coletivo, cuja conjuntura deu origem ao termo *Estado de Polícia*²⁴. Assim, a impossibilidade de garantia da legalidade da relação jurídico-penitenciária pelo Judiciário, que importa na limitação arbitrária de direitos dos apenados pelas autoridades penitenciárias no interior das prisões – legitimada dessa vez sob o pretexto de busca pela garantia da ordem e segurança –, é manifestação notória do Estado Totalitário Penitenciário.

Na realidade, resquícios das ideologias de supremacia especial e do *hands-off* ainda permanecem na psique dos operadores do direito e das autoridades penitenciárias, os quais buscam legitimar a não ingerência do Judiciário sobre as decisões administrativas com base na separação dos poderes ou no princípio da reserva do possível – que nada mais é do que a afirmação da inferioridade dos indivíduos encarcerados, subordinados a especial relação de sujeição, que apenas tem seus direitos garantidos na medida em que o Estado arbitrariamente decide ser possível ou não ceder dotações orçamentárias a essas questões, o que nunca é uma prioridade política.

Hoje, portanto, é necessário entender a relação jurídico-penitenciária como regida pelo princípio da legalidade constitucional, composta pelo conjunto de restrições de direitos fundamentais – apenas aqueles atingidos pela sentença ou pela Lei, conforme art. 3º da LEP – e os direitos a prestações por parte do Estado – para garantia dos direitos não afetados pela privação de liberdade – os *estatutos negativo e positivo*, respectivamente, do sujeito encarcerado²⁵.

Para a concreção do princípio da legalidade – e, portanto, a limitação da expressão do totalitarismo nas unidades prisionais –, é imprescindível a imposição de mecanismos de garantia da vigência de suas normas, sendo o principal deles o controle jurisdicional da execução da pena²⁶.

A jurisdicionalização do processo de execução penal, hoje, no Brasil, é determinação constitucional, uma vez que o Judiciário não pode se eximir de apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito – art. 5º, inc. XXXV, CF –, e está positivada no art. 194 da LEP, não sendo possível conceber decisões administrativas impassíveis de averiguação judicial quanto a sua legalidade, principalmente quando se prestarem a limitar direitos

²³ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de penologia e execução penal**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 195-200.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 135-136.

²⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 86-90.

²⁶ CESANO, José Daniel. **Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos**. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2007. p. 124.

fundamentais dos apenados. A submissão de todos, inclusive o Estado, à legalidade é justamente o que caracteriza o *Estado de Direito*.

4. A FALTA DE MÉTODO DO SABER JURÍDICO DA EXECUÇÃO PENAL

Em um Estado de Direito, o Poder Judiciário se encarrega da produção racional de decisões, baseadas na legislação e em uma Constituição republicana cuja supremacia lhe caiba velar. A construção de um sistema decisório, baseado em um método jurídico – de interpretação da lei expressa em palavras – é essencial para racionalização das decisões. Já em um Estado de Polícia, o Poder Judiciário é mero instrumento de dominação por meio de racionalização jurídica das vontades arbitrarias dos grupos no poder, inexistindo método²⁷.

Assim, a existência de um método para o saber jurídico, com o fim de construir um sistema decisório, é essencial para conter o arbítrio e, portanto, os impulsos totalitários do Estado, promovendo a previsibilidade das decisões e segurança jurídica aos cidadãos, teleologicamente condicionadas ao seu objetivo político de limitação do Estado de Polícia – no caso do Direito Penal em sentido amplo, a limitação do Poder Punitivo.

Um sistema minimamente racional e capaz de conter o Estado de Polícia teria as seguintes características: a) completude lógica – inexistência de elementos contraditórios; b) compatibilidade legal – uma construção que, levando em conta a hierarquia da Constituição e as normas internacionais de direitos humanos, não leve a decisões contrárias à lei; c) respeito às estruturas reais do mundo – ao se referir a algum dado da realidade, decisões e legislações não podem inventá-los ao seu bem prazer, devendo se ater à realidade fática, sob pena de criação de ficções jurídicas funcionais ao arbítrio²⁸.

Uma breve análise da Lei de Execução Penal pode nos proporcionar uma introdução à problemática falta de sistematização da Execução Penal brasileira. No decorrer do texto legal é possível se encontrar diversas normativas flagrantemente contraditórias. Por exemplo, temos a prescrição do trabalho tanto como direito subjetivo e condição de dignidade humana, quanto obrigação e dever social, conceitos incompatíveis entre si. Os direitos subjetivos são caracterizados pela liberdade do titular de exercer ou não o seu poder jurídico garantido pelo ordenamento²⁹, ou seja, o contrário de uma obrigação – cuja inadimplência constitui até mesmo *falta grave*, conforme art. 50, inc. VI da LEP. Além de sua natureza contraditória, percebe-se que o entendimento geral, na prática, do trabalho como obrigação, entra em aberto confronto com a legalidade constitucional, vez que a CF veda a pena de trabalhos forçados – que, de fato, em nada diverge da obrigação de trabalho sob a ameaça de sanções administrativas e judiciais – e prevê o direito de liberdade profissional, decorrente do direito geral da autonomia

²⁷ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 151.

²⁸ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 151-176.

²⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 5. ed. Coimbra: Gestlegal, 2020. p. 178.

da vontade, se mostrando inconstitucional a obrigação do cidadão de prestação de ofício. Aqui não se desconhece, claro, que, na realidade, a realização de um ofício no decorrer da execução de pena se mostra como benefício de poucos, em razão da inadimplência estatal – esta sim, de forma hipócrita, ocorre sem nenhuma sanção ao Estado. No entanto, a contradição do conceito de trabalho prisional e sua inconstitucional obrigatoriedade pode acarretar arbítrio, isso que se almeja ressaltar.

Soma-se a isso a enorme quantidade de normas presentes no texto legal que carecem de clareza, sendo indeterminadas e obscuras, favorecendo decisões administrativas e judiciais arbitrárias, com interpretações baseadas no intento do julgador, violando flagrantemente o princípio constitucional da legalidade. Por exemplo, podemos trazer a falta grave consistente em realizar “movimento para subverter a ordem ou a disciplina”, prevista no art. 50, inc. I da LEP. A falta de clareza sobre o que se compreende por subversão à ordem e à disciplina leva a punição arbitrária por falta grave de diversas condutas, como o mero desentendimento verbal entre internos.

Como suscitado anteriormente, hoje, o sistema brasileiro deve ser compreendido como um modelo de *pena flexível*, no qual o sofrimento legal judicialmente determinado pelo fato punível acaba por ser meramente virtual em relação à punição efetivamente aplicada após a sentença condenatória. Isso ocorreu em razão da adoção de finalidades utilitaristas para a pena – como a reeducação, a neutralização, ou a administração do cárcere –, nem sempre manifestas ou idôneas, determinando uma *diferenciação tratamental* entre os apenados, com o objetivo de promover determinada finalidade³⁰.

A criação dessa diferenciação tratamental, a adoção de diversas funções da pena – muitas vezes contraditórias entre si, como a ordem interna e a reeducação, por exemplo – e a adoção de normativas contraditórias e indeterminadas importou em um *Direito de Execução Penal essencialmente jurisprudencial*³¹, que funciona em razão do caso concreto, muitas vezes prescindindo da legalidade, cujas decisões são baseadas em valorações de periculosidade, necessidade disciplinares, certa finalidade da pena e outros. Em suma, as decisões se limitam à vontade arbitrária do julgador, que escolhe dos diversos elementos descritos acima aqueles que melhor se adequam ao resultado prático que deseja.

Como exemplo da situação em que se encontra o Direito da Execução Penal, podemos citar o entendimento do STJ segundo o qual a ocorrência de falta grave interrompe o prazo para progressão de regime de cumprimento de pena (Súmula 534/STJ). Por mais que tal matéria, hoje, esteja positivada no art. 112, § 6º da LEP – após alteração da Lei 13.964/2019 —, percebe-se que naquela ocasião o Tribunal *criou uma pena*, ferindo gravemente o princípio da taxatividade legal, central e essencial à contenção do arbítrio pelo Direito Penal, e isso com o objetivo de garantir uma suposta reeducação do indivíduo pela pena, visto que a ocorrência de falta grave demonstraria a inadequação para a volta à vida em sociedade.

³⁰ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de penologia e execução penal**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 169-173.

³¹ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de penologia e execução penal**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 171-174.

Por mais que se entenda que o princípio constitucional da individualização da pena – art. 5º, inc. XLVI, CF – possa e deva ser utilizado na execução das sanções, é notório que a prescindibilidade da legalidade nunca pode ser utilizada em malefício ao apenado – princípios da legalidade e da proibição de analogia *in malam partem* –, e mesmo sua utilização benéfica, a fim de se conter a irracionalidade dos efeitos nefastos do cárcere, adequando normas à Constituição, deve ser acompanhada da devida argumentação e eleição de condições que permitam sua utilização geral, sem discriminações e discricionariedades, sob pena de violação do princípio da igualdade e de insegurança jurídica, favorecendo as arbitrariedades seletivas características do *Estado de Polícia*.

5. O SISTEMA DISCIPLINAR PENAL

Por Sistema Disciplinar Penal se entende o conjunto de temas jurídicos que prescreve condutas proibidas que caracterizariam indisciplina e determina a escala punitiva aplicável aos autores de ditas condutas, bem como o procedimento para o saneamento da dúvida quanto à imposição das sanções, cuja aplicação resta condicionada ao fato de indivíduo estar submetido à relação jurídico-penitenciária. Ou seja, o conjunto de temas que define faltas disciplinares, comina sanções disciplinares e determina o processo pelo qual as condutas são apuradas e as sanções são aplicadas aos sujeitos que cumprem penas criminais.

A sanção aplicável aos autores de faltas disciplinares, assim como a sanção criminal, constitui uma “coerção, que impõe uma privação de direitos ou dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”³², sendo, portanto, *pena*, complementar ou acessória a pena criminal que levou à submissão do indivíduo à relação jurídico-penitenciária, alterando a principal em sua qualidade – imposição de isolamento celular ou regressão de regime de cumprimento de pena, por exemplo - ou quantidade – interrompendo o prazo para progressão de regime, aumentando o tempo em que o apenado deverá permanecer no regime fechado, por exemplo –, afetando diretamente o direito à liberdade do sujeito.

Assim sendo, trata-se do conjunto de normas que regulam o exercício do poder punitivo em sua modalidade disciplinar no interior das prisões. É a área do direito voltada à regulamentação do *Poder Disciplinar*.

Como suscitado anteriormente, uma análise das condutas tipificadas como faltas disciplinares leva ao entendimento de que o objetivo por trás do exercício do poder disciplinar não é uma reeducação do indivíduo, mas a determinação em sua psique de uma *ideologia de submissão*³³, ente essencial para o trabalho capitalista, pautado na subjugação e obediência do trabalhador perante o capitalista, bem como ao respeito incondicional à injusta ordem social imposta. Nesse sentido, o objetivo do sistema disciplinar penal é a produção de docilidade e utilidade no sujeito, por meio da dissociação entre o corpo, como capacidade útil, e a vontade pessoal do indivíduo, que

³² ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 99.

³³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 5. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 80.

dirige essa capacidade, de forma que seu poder produtivo fica submetido à vontade alheia³⁴. A finalidade do sistema é a submissão de indivíduos à vontade arbitrária do grupo hegemônico da sociedade capitalista, sendo, portanto, manifestação de um *Estado Totalitário*.

Dessa forma, essa área do direito de execução penal deve ser voltada à contenção do poder disciplinar. O reconhecimento desse poder como espécie do poder punitivo e das sanções disciplinares como penas impõe que sua contenção deva obedecer às mesmas garantias do direito penal em sentido amplo. Aplicam-se todos os princípios penais, como os da legalidade e da lesividade. A teoria do delito deve ser utilizada em relação às faltas disciplinares, as quais, para serem puníveis, devem ser típicas, antijurídicas e culpáveis, construindo-se uma teoria do fato de indisciplina punível. As penas disciplinares devem seguir os ditames normativos das penas criminais. Por exemplo, o sancionamento das condutas deve obedecer ao princípio constitucional de individualização das penas, não sendo possível se considerar certas sanções como obrigatórias –como a regressão de regime e interrupção do prazo para progressão de regime, em relação às faltas graves –, devendo ser ponderadas com a devida motivação nas decisões.

Isso leva ao reconhecimento de que também devem ser aplicadas as garantias processuais penais no Processo Disciplinar Penal. Atualmente, em relação ao processo no Sistema Disciplinar, utiliza-se de um modelo inquisitorial frontalmente contrário às garantias constitucionais e tendente ao arbítrio. Como esse procedimento é regulado especificamente nos Estatutos Penitenciários de cada Estado, cabe aqui tratar apenas das questões gerais e mais importantes.

Na prática, o procedimento para acertar o caso disciplinar e natureza grave segue um modelo bifásico: a) inicialmente, havendo indícios de ocorrência de uma falta, é realizado registro pelas autoridades penitenciárias, dando início a um processo administrativo disciplinar – PAD. Nesse momento, com as provas apuradas e registradas pelas autoridades, a competência para solução do caso é concedida à própria administração da unidade, na figura do Diretor do estabelecimento – o qual geralmente delega essa competência para um Conselho Disciplinar, também composto por autoridades penitenciárias, como ocorre no Estado do Paraná –, que decidirá sobre a aplicação das sanções administrativas – como o isolamento ou a restrição de direitos de visita, por exemplo; b) posteriormente – convenientemente, via de regra, quando as sanções administrativas já foram executadas –, se aplicada sanção por falta grave, cópia do PAD é enviada ao juízo da execução para revisão judicial obrigatória, o qual dará início a incidente de homologação da decisão administrativa condenatória. Nesse momento, o Ministério Público, como fiscal da Lei, e a defesa, se manifestam sobre a homologação. Decidida pela validade da condenação, o juízo aplica as sanções judiciais que entender cabíveis – como a regressão de regime ou a interrupção do prazo para progressão de regime, por exemplo.

Dessa breve descrição, percebem-se diversos problemas sobre o procedimento. Primeiramente, o PAD segue um modelo francamente inquisitorial. Por um sistema

³⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 133-139; e SANTOS, Juarez Cirino dos. **As raízes do crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 229.

processual inquisitório se entende aquele cuja característica fundamental é a gestão da prova confiada essencialmente ao magistrado, o que leva, mesmo inconscientemente, a um processo de “busca da verdade” guiado inevitavelmente pela visão que o julgador tem – ou faz – do fato³⁵. Trata-se de um modelo que destrói por completo a garantia constitucional de imparcialidade do julgador, decorrente do princípio do juiz natural – art. 5º, LIII – e tende ao arbítrio absoluto, permitindo ao julgador criar a verdade por meio das provas que entender necessárias. No caso do PAD, por mais que não seja a mesma pessoa que julgue a matéria e promova o registro da infração, percebe-se que a confiança da questão para um componente da mesma *instituição* – administração penitenciária – determina um resultado equivalente. Ingenuidade seria pensar que os indivíduos pertencentes a uma mesma instituição não possuiriam idênticos interesses e não estariam em íntimas relações sociais e hierárquicas que determinariam o acerto do caso disciplinar. Não apenas isso, mas, em seus modelos mais puros e problemáticos, a inquisição se apresenta *sem partes*, acumulando o julgador as figuras de acusação e decisão. Este é exatamente o caso. As autoridades penitenciárias vigiam, apresentam provas de possíveis infrações, acusam e julgam.

A parcialidade e a arbitrariedade se somam maliciosamente ao princípio regente dos estabelecimentos penitenciários – *a busca da ordem e da disciplina*. A necessidade de imposição de submissão aos internos se alia à possibilidade de restrições de seus direitos por meio de arbitrárias condenações disciplinares. Este princípio também promove a instrumentalização da inexistência de prazo para encaminhamento do PAD à autoridade judicial para revisão. É comum que tais incidentes apenas apareçam nos processos de execução penal meses após a ocorrência do fato e muito tempo após o esgotamento das sanções administrativas. Assim, mesmo que a falta seja afastada em juízo, fora produzida ordem e disciplina por meio de sanções disciplinares administrativas, sempre sem quaisquer consequências à administração do estabelecimento, não importando o quão manifestamente arbitrária se mostre uma condenação disciplinar.

Reconhece-se, aqui, que a relação existente no processo administrativo é naturalmente bilateral, ou seja, de um lado há o administrado e de outro a Administração, a qual não é um terceiro imparcial, mas uma parte que atua nos seus próprios interesses nos limites legais³⁶. Diferentemente do processo judicial, em que há uma relação trilateral, baseada no princípio *actum trium personarum*, em que há sujeitos parciais, as partes, e um sujeito imparcial, *super partes* – para além dos interesses delas – que apresenta o Estado e aplica os preceitos da ordem jurídica³⁷. Busca-se demonstrar, no entanto, a absoluta impropriedade deste modelo quanto à *aplicação de penas*. Em verdade, em momento algum determina a Lei de Execução Penal que o processo para aplicação de sanções disciplinares seria *administrativo*, e, caso houvesse tal previsão

³⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (orgs.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, v. 1). Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 25-62.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 797.

³⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (orgs.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, v. 1). Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 25-62.

legal, esta seria de duvidosa constitucionalidade. Bem sugere ROIG³⁸ um procedimento de julgamento das faltas pelo Poder Judiciário.

Mesmo que o art. 47 da LEP preveja expressamente que o poder disciplinar será exercido pela autoridade penitenciária, tal normativa deve ser interpretada a partir de uma visão constitucional. A verdade é que sempre é a Polícia – aqui apresentada pelos agentes penitenciários – que *exerce* o poder punitivo – e, conseqüentemente, o disciplinar –, enquanto o Judiciário exerce um poder contrário, de contenção do poder punitivo, ao *aplicar* a pena³⁹. Tal distinção é imprescindível para compreender, a partir de uma visão constitucional, a normativa exposta acima como afirmadora da competência das autoridades penitenciárias para *execução* concreta das sanções disciplinares, enquanto o Judiciário, a partir do princípio da jurisdicionalização da execução penal acima concebido, promoveria a *aplicação ou determinação* das sanções disciplinares que deverão ser executadas, contendo o poder.

Assim, em um *Estado Constitucional de Direito*, que respeita as garantias fundamentais, a melhor compreensão do processo disciplinar penal importaria em um procedimento judicial, com as autoridades penitenciárias promovendo um inquérito disciplinar, o qual seria encaminhado ao *parquet*, entidade incumbida das ações penais públicas, e logicamente e por analogia – uma vez que as sanções disciplinares são, também, pena –, das acusações disciplinares, que decidiria pela implantação ou não de incidente para apuração da falta, com a oportunidade de genuíno contraditório para defesa – que envolve não apenas a oportunidade de ser ouvido, mas que sua manifestação possa efetivamente influenciar a decisão⁴⁰, o que muitas vezes não ocorre nas decisões administrativas penitenciárias – e acerto do caso disciplinar pelo juízo de execuções penais competente.

6. CONCLUSÃO

Como se verifica, no processo de execução das penas privativas de liberdade, diversas são as normas, as práticas e os discursos que representam uma verdadeira manifestação do Estado Totalitário, em detrimento do Estado Democrático instituído pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, para se fazer valer o Estado Democrático e os Direitos humanos fundamentais que legitimam este como tal e apenas por ele podem ser assegurados, é essencial que os operadores do direito, os agentes estatais penitenciários e quaisquer outros agentes da sociedade que tratem das questões relativas à execução de pena – em especial aqueles tidos como órgãos da execução penal – tenham consciência das características autoritárias que a permeiam e promovam uma atuação que busque a redução do *Estado Totalitário Penitenciário* erigido nas prisões.

³⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 154-157.

³⁹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 40.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. **Manual do processo civil**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 185.

Como traz Rodrigo Roig⁴¹, trata-se, portanto, de uma atuação redutora dos danos promovidos pela irracional forma de se lidar com o fenômeno criminal, consubstanciada na privação de liberdade seletiva, repressiva e estigmatizante, que busca tornar a execução penal individualmente e socialmente menos ruínosa.

REFERÊNCIAS

ARGÜELLO, Katie. Processo de criminalização e marginalidade social. *In*: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (orgs.). **Estudos críticos sobre o sistema penal**: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: LedZe Editora, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BENTHAM, Jeremy *et al.* **O panóptico**. Organização: Tomaz Tadeu. Traduções: Garcia Lopes Louro (Perrot); M. D. Magno (Miller); Tomaz Tadeu (Bentham e Werrett). 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

CESANO, José Daniel. **Derecho penitenciario**: aproximación a sus fundamentos. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In*: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (orgs.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, v. 1). Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 25-62.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução: Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GOFFMAN, Erving. **Internados**: ensaios sobre la situación social de los enfermos mentales. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. **Manual do processo civil**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de penologia e execução penal**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 5. ed. Coimbra: Gestlegal, 2020.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

41 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 15.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 5. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **As raízes do crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia**: contribuição para crítica da economia política da punição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo; Tirant lo Blanch, 2020.

THOMPSON, Augusto. O futuro da criminologia. *In*: BITTAR, Walter Barbosa. **A criminologia do século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 77-82.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

FORMAÇÃO DA DECISÃO LIMINAR DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI 11.340/06: ELEMENTOS PROCESSUAIS SOB O ASPECTO INTERPRETATIVO DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA

FORMATION OF THE PRELIMINARY INJUNCTION FOR EMERGENCY PROTECTIVE MEASURES UNDER LAW 11.340/06: PROCEDURAL ELEMENTS UNDER THE INTERPRETATIVE ASPECT OF THE VICTIM'S VULNERABILITY

Vinícius Queiroz Reis

Residente jurídico da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA)
Especialista em Atividades do Ministério Público pelo
Centro Universitário Projeção (UniProjeção)

Resumo: O artigo intenta abordar, em proveito da hermenêutica jurídica, a aplicação das medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06 pela perspectiva mais favorável à proteção da mulher. Sobretudo, acentua a importância de o exame liminar do pedido se constituir de forma ponderada, não exigindo, sumariamente, da postulante uma construção probatória invencível, a fim de que não insurja como obstáculo para a inibição ou para a descontinuidade da violência doméstica e familiar. A proposta se respalda na dificuldade de os operadores do Direito se alinharem no entender de que esses institutos demandam uma apreciação distinta, uma vez que a Lei Maria da Penha foi editada em prol da defesa dos interesses da mulher subjugada em âmbito doméstico e familiar. Destarte, por meio da pesquisa bibliográfica, o tema é trabalhado em atenção à doutrina e à jurisprudência, além de se amparar em texto normativo, para sedimentar, por feixe único, a aplicação das medidas protetivas de urgência.

Palavras-chave: medidas protetivas de urgência; Lei Maria da Penha; hermenêutica jurídica; cognição sumária; proteção da mulher.

Abstract: The article aims to approach the application of the emergency protective measures of Law 11.340/06 from the perspective most favorable to the protection of women, in the interests of legal hermeneutics. Above all, it emphasizes the importance of the preliminary examination of the request being carried out in a considered manner, not summarily demanding that the applicant build up invincible evidence, so that it does not become an obstacle to inhibiting or discontinuing domestic and family violence. The proposal is based on the difficulty for legal operators to align themselves in understanding that these institutes demand a different assessment, since the Maria da Penha Law was enacted to defend the interests of women subjugated in the domestic and family sphere. Thus, by means of bibliographical research, the topic is addressed with attention to doctrine and jurisprudence, as well as being supported by normative texts, in order to consolidate the application of emergency protective measures.

Keywords: emergency protective measures; Law Maria da Penha; legal hermeneutics; preliminary injunction; woman protection.

1. INTRODUÇÃO

Apesar de estar sancionada há mais de uma década e de certos assuntos já terem sido superados pela doutrina e pela jurisprudência, a Lei 11.340/06 permanece como antro de controvérsia jurídica. Precisamente, até este momento, não há entendimento derradeiro sobre a formalização de suas medidas protetivas de urgência.

Por serem instrumentos essenciais para a efetividade da Lei, tem-se uma necessidade a ser trabalhada. Enquanto aqueles que estão investidos no dever de compreender o Direito não uniformizam as bases de seu atendimento, o concretizar da justiça se embaraça.

Assim, a interpretação jurídica permite a aplicação mais adequada das medidas protetivas de urgência, atentando-se ao pedido em âmbito de cognição sumária.

Positivadas em simples exemplares, tais medidas guiam o hermeneuta a observar, primeiramente, o caso que a ele se desvela, exigindo um cuidado especial no tratamento, haja vista a vulnerabilidade da mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Tal zelo a ser tomado, máxime pelo aplicador do direito, está diretamente atrelado à compreensão dos elementos interpretativos.

2. INTERPRETAÇÃO CRÍTICA DOS PRESSUPOSTOS PARA DEFERIMENTO

Por mais óbvia que seja a urgência de aplicação de medidas protetivas, a vulnerabilidade da mulher vítima de violência doméstica e familiar, por vezes, é mitigada em razão de uma interpretação estritamente processual – em desacordo com a especialidade da Lei 11.340/06.

Se fossem vistas como simples cautelares satisfativas, estariam necessariamente sujeitas aos requisitos estabelecidos no artigo 300 do Código de Processo Civil. Isto é, sob o argumento de não se deturpar a liminar, a requerente teria de demonstrar a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo na demora da prestação jurisdicional (*periculum in mora*).

Para Nogueira: “sem que haja pelo menos um começo de prova e uma situação de incontornável urgência, em tese amparada pelo direito positivo, o magistrado não tem como deferir nenhuma das medidas previstas, pois isso traduziria algo temerário”⁴².

Todavia a exigência de perigo da demora submeteria a requerente a um ônus probatório extremamente desproporcional, sobretudo em tal momento processual.

Não é correto compará-la, por exemplo, com a tutela de uma ocorrência médico-hospitalar, onde se tem laudo prévio que comprova o perigo da demora. Provado o fato, o risco da violência doméstica e familiar subsiste por decorrência lógica.

⁴² NOGUEIRA, Fernando Célio Brito. Notas e reflexões sobre a Lei nº 11.340/2006, que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1146, 21 ago. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8821>. Acesso em: 3 set. 2023.

A verdade é que a prova da probabilidade do direito já se revela como um desafio para quem se encontra nessa situação. A clandestinidade – elemento comum desse gênero de violência – serve justamente para mascará-la, tornando difícil a sua constatação, dependente de estudo social e de relatório psicológico.

Como o fator determinante para a configuração da violência é o estado de vulnerabilidade da mulher em âmbito doméstico e familiar, seria completamente equivocado firmar que a vítima está em nível de igualdade para com seu agressor. Ao tratar da presunção de vulnerabilidade, Bazzo, Lacerca e Daltoé explicitam:

A presunção da vulnerabilidade, nestes casos, é devida não apenas para garantir a função social da Lei Maria da Penha, construída justamente enquanto medida afirmativa, mas também por reconhecer as características peculiares da violência doméstica e familiar contra as mulheres [...] são cometidos por pessoas conhecidas da vítima, com quem esta mantém relações múltiplas e dependências delas decorrentes: afetiva, sexual, financeira, emocional, familiar, de cuidado dos filhos, dentre outras¹.

Entende-se, assim, pela paridade de armas, o motivo de se atribuir especial relevância à palavra da vítima, tal qual o de se inverter o ônus da prova, de modo que o requerido a produza negativamente. Não há coerência em se cobrar dela prova mais robusta em juízo provisório, concebido pela urgência da ação. Para Dias:

Quando inexistem elementos probatórios para a concessão de medida protetiva, basta a palavra da vítima. Dispõe de presunção de veracidade. Ocorre a inversão do ônus probatório. Cabe ao réu comprovar que não a agrediu. Apesar de se tratar de prova negativa, difícil de ser produzida, empresta-se mais credibilidade à palavra de quem procedeu ao registro de ocorrência².

Em reforço, o Enunciado 45 do Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (FONAVID) dispõe: “as medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/2006 podem ser deferidas de forma autônoma, apenas com base na palavra da vítima, quando ausentes outros elementos probantes nos autos”³.

Esse posicionamento converge com o do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme esta ementa do acórdão do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (RHC) 34035/AL, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, da Sexta Turma, julgado em 5 de novembro de 2013 e com data de publicação em 25 de novembro de 2013:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Em se tratando de casos de violência doméstica em âmbito familiar contra a mulher, a palavra da vítima ganha especial relevo para o deferimento de

¹ BAZZO, Mariana Seifert; LACERCA, Susana Broglia Feitosa de; DALTOÉ, Camila Mafioletti. Aplicação da Lei Maria da Penha em relações de parentesco e a presunção da vulnerabilidade da vítima mulher no contexto de desigualdade de gênero. **Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná**, Curitiba, ano 4, n. 6, p. 573-593, jun. 2017. p. 585-586. Disponível em: <https://fempapr.org.br/site/wp-content/uploads/2017/06/6-Revista-MPPR-web.pdf>. Acesso em: 1 set. 2023.

² DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 79.

³ FÓRUM NACIONAL DE JUÍZAS E JUÍZES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. **Enunciados [...]**. Brasília, DF: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2022. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/fonavid/enunciados>. Acesso em: 3 set. 2023.

medida protetiva de urgência, porquanto tais delitos são praticados, em regra, na esfera da convivência íntima e em situação de vulnerabilidade, sem que sejam presenciados por outras pessoas. 2. No caso, verifica-se que as medidas impostas foram somente para manter o dito agressor afastado da ofendida, de seus familiares e de eventuais testemunhas, restringindo apenas em menor grau a sua liberdade. 3. Estando em conflito, de um lado, a preservação da integridade física da vítima e, de outro, a liberdade irrestrita do suposto ofensor, atende aos mandamentos da proporcionalidade e razoabilidade a decisão que restringe moderadamente o direito de ir e vir do último. 4. Recurso em habeas corpus improvido⁴.

Em seu voto, o relator se manifesta favorável ao especial valor da palavra da requerente do pedido de medidas protetivas de urgência, enfatizando: “[...] na cognição sumária e provisória realizada no deferimento de medidas cautelares, não há que se exigir a produção exaustiva de provas”⁵.

Certamente, tanto não se traduz em presunção absoluta de veracidade de sua versão. Trata-se apenas da possibilidade de contraditório diferido para tutela provisória de urgência, na forma do artigo 9º, inciso I, do Código de Processo Civil.

Uma contundente provação logo no início da demanda inverteria os valores entre processo e pessoa. Apesar de a aplicação das medidas ser direito subjetivo, sobrepujá-la de antemão pela falta de elementos probatórios provocaria o esvaziamento do instituto.

O processo não pode ter mais importância do que o direito nele tutelado, pois o primeiro é apenas instrumento para concretização do último. Ressalvadas as hipóteses de narrativas manifestamente contraditórias ou notoriamente inverídicas, *a priori*, a decisão deve se constituir em favor da requerente.

Porém, nos casos de não convencimento, sob o intento de não se indeferir de plano o pedido da mulher em possível condição de vulnerabilidade, cabe ao juízo se utilizar da audiência de justificação, disposta no artigo 300, § 2º, do Código de Processo Civil. Em sintonia, Neves preleciona:

Na hipótese de o juiz não estar plenamente convencido a respeito do pedido antecedente de urgência e acreditar que possa obter esclarecimento para a prolação de uma decisão com maior segurança por meio da oitiva de testemunhas do requerente da tutela, poderá, antes de analisar o pedido, determinar a realização de uma audiência prévia de justificação⁶.

Nota-se que, em fato de violência doméstica e familiar contra a mulher, a urgência, em suma, é invariavelmente um elemento de existência das medidas protetivas da Lei 11.340/06. Valeria dizer que não se limita a ser espécie de tutela inserida na ação, afinal, ela é a própria causa de pedir.

O pressuposto para arazoar o pedido protetivo, então, tem de ser somente a possibilidade do ilícito, seja penal ou civil, nos moldes do artigo 22, § 4º, da Lei 11.340, c/c o artigo 497, parágrafo único do Código de Processo Civil.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso em Habeas Corpus 34.035/AL**. Recurso em habeas corpus. Lei Maria da Penha. Medidas protetivas de urgência. [...]. Recorrente: J. W. R. S. Recorrido: Ministério Público do Estado de Alagoas. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 5 de novembro de 2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1278624&num_registro=201202139798&data=20131125&formato=PDF. Acesso em: 3 set. 2023.

⁵ *Ibid.*

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. Volume único. p. 509-510.

Diante de tal enquadramento legal, as medidas se definem tutelas inibitórias, projetando-se contra violação de direito independentemente de ela ter capacidade de provocar lesão a bem jurídico.

Segundo Marinoni: “[...] imaginar que a ação inibitória se destina a inibir o dano implica na suposição de que nada existe antes dele que possa ser qualificado de ilícito civil. Acontece que o dano é uma consequência eventual do ato contrário ao direito [...]”⁷.

Desse modo, não há que falar, também, em habitualidade da ilicitude como requisito das medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06. Inferir pela sua indispensabilidade condicionaria, cumulativamente, a mulher vulnerável a: (i) sofrer reiterados abusos; e (ii) constatar a repetição deles.

Seria afirmar que o Estado – em distorcida tolerância – permite violação de direito, desde que seja episódica, em evidente afronta ao propósito da tutela.

Reconhecida a possibilidade do ilícito, as questões que a orbitam, como as espécies de violência e seus meios de manifestação, são complementares não especificamente para justificar a aplicação de medidas protetivas, e, sim, para selecionar as mais adequadas ao caso concreto.

Nesse sentido, o critério de seleção a ser adotado pelo juízo exige alinhamento a uma visão prospectiva e, ainda, expansiva da tutela. Fala-se em prospecção porque as medidas devem alcançar fatos futuros, a fim de impedi-los.

A característica de expansão, por sua vez, baseia-se na aptidão de a tutela atingir e desestruturar por completo o sistema de violência doméstica e familiar criado pelo agressor ou à sua disponibilidade. Resume-se em antever e, dessa maneira, em obstar não só a repetição ou a continuidade de determinado ilícito, mas todas as formas factíveis pelo requerido.

Embora não se ponha a materialização da violação como requisito dessas medidas – uma vez que elas devem existir para o futuro –, em paradoxo, não é imaginável que, no mundo dos fatos, a tutela jurisdicional anteceda a necessidade que compõe o seu interesse de agir, que surge da violência em si.

Portanto, o paradigma de análise do pedido precisa ser a prévia identificação do estágio da violência, que não se restringe às condutas criminalizadas. De acordo com a psicóloga norte-americana Lenore Walker, o ciclo de violência doméstica e familiar contra a mulher se divide em fases, e a primeira é determinada pelo aumento de tensão:

Durante a fase de acumulação da tensão, que dura, normalmente, bastante tempo, dá-se uma escalada gradual da violência. O início dessa fase é marcado, em geral, por agressões verbais, provocações e discussões, que podem evoluir para incidentes de agressões físicas leves. Nessa fase, a despeito das tentativas de a mulher evitar a violência assumindo uma atitude submissa, a tensão vai aumentando até fugir ao controle e dar ensejo a uma agressão física grave, em um ataque de fúria, que caracteriza a fase de explosão⁸.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. Porto Alegre: Academia Brasileira de Direito Processual Civil, [20--]. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/80/10/52/54/DA44A7109CEB34A7760849A8/Tutela%20Inibitoria%20e%20Tutela%20de%20Remocao%20do%20ilicito.pdf>. Acesso em: 03 set. 2023. p. 4.

⁸ WALKER, Lenore E. *The Battered Woman Syndrome*. Nova Iorque: Springer Publishing Company, 2009 *apud* APROFUNDANDO o olhar sobre o enfrentamento à violência contra as mulheres. Brasília, DF: Observatório da Mulher Contra a Violência – OMV, DataSenado, 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/conhecer-direitos-e-ter-rede-de-apoio-sao-pontos-de-partida-para-denunciar-agressao-e-interromper-ciclo-de-violencia>. Acesso em: 03 set. 2023. p. 5.

Vê-se que os pormenores situacionais que marcam a etapa inicial desse ciclo evidenciam por si só a possibilidade do ilícito e, conseqüentemente, fundamentam o deferimento das medidas.

Pela amplitude do conceito de violência doméstica e familiar, em algum nível, ela já terá ocorrido quando requerida a proteção jurisdicional. No entanto, a depender do momento, o fato criminal poderá ser evitado.

3. ELEMENTOS INTERPRETATIVOS NA APLICAÇÃO DA TUTELA

Interpretar a lei é desvendar o seu existir. Positivada, a norma nasce no ordenamento jurídico já imbuída de finalidade. Ao refletir sobre a vontade do legislador, Maximiliano esclarece que o juiz não se limita ao embaraço da lei, superando a literalidade dela para, em suposição, encontrar a pretensão de sua edição – ou o que ela deveria pretender⁹.

Especificamente sobre a Lei 11.340/06, o artigo 4º impõe interpretação conforme os fins sociais a que se destina e, em especial, às condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Percebe-se que a interpretação sociológica é imperativa no exame do pedido de aplicação de medidas protetivas de urgência. Porém não é conveniente, muito menos correto, que suas normas sejam apreciadas por meio de um único elemento interpretativo.

Segundo Barroso: “[...] os diferentes elementos de interpretação não se excluem, mas se combinam [...]. Nenhum desses elementos pode operar isoladamente, sendo a interpretação fruto da combinação e do controle recíproco entre eles”¹⁰.

Há, então, uma escolha casuística e combinatória dos elementos interpretativos mais adequados. Se uma lei apresentasse insuficiência semântica e fosse exclusivamente compreendida pela forma gramatical ou literal, ela vigoraria ineficaz em razão da impossibilidade de produzir efeitos ou inefetiva pela incapacidade de atingir o fim almejado.

No âmbito da Lei 11.340/06, por estrita interpretação literal, o artigo 22 vincularia a aplicação de suas medidas à constatação da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Isto é, só teria incidência postergada, em caráter principalmente repressivo – o que afrontaria a *mens legis* por reforçar a manutenção do estado de vulnerabilidade da vítima.

Encoberta a natureza preventiva, a demanda perderia sua essência inibitória. Como a pretensão é unicamente protetiva, o melhor é se valer da interpretação teleológica, para que a sua aplicação seja coerente à sua finalidade. Nas palavras de Maximiliano:

Chamam teleológico ao processo que dirige a interpretação conforme o fim colimado pelo dispositivo, ou pelo Direito em geral [...] Apelidam de sociológico o sistema que obriga o juiz a aplicar o texto de acordo com as necessidades da sociedade contemporânea, a olhar menos para o passado do que para o futuro, a tornar-se um obreiro, inconsciente ou consciente, do progresso¹¹.

⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 34.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 176.

¹¹ MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.*, p. 55-56

Ainda que a Lei 11.340/06 tenha criado um microsistema de proteção contra a violência de gênero, ela é extremamente contida em matéria processual. Ao passo que institui as medidas protetivas de urgência como garantia, não instrui o aplicador do direito a respeito de sua formalização.

Necessita da incidência supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil, nos termos do artigo 15, para que as medidas possam ser instrumentalizadas e, assim, assumirem a forma de tutela inibitória. Trata-se de interpretação sistemática em combinação a outros elementos interpretativos.

Evidentemente, a interpretação jurídica não se confunde com arbitrariedade, uma vez que não permite ao hermenêuta a deturpação da norma, sobretudo de seu núcleo. Está condicionada a não usurpar a função típica legiferante do Poder Legislativo, na forma do artigo 2º da Constituição Federal, e, ainda, aos crivos da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de controle de juridicidade.

4. CONCLUSÃO

O exame das medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06 as desvela como mecanismo afirmativo da igualdade material, determinando ao aplicador do direito o dever de interpretá-las em conformidade com o contexto social, tal qual com o objetivo de sua edição. Dessa maneira, é fundamental que harmonize seus pressupostos processuais ao estado de vulnerabilidade da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

No fim, a despeito de terem finalidade preventiva, elas são intrinsecamente remediadoras, sendo um paliativo jurídico para um mal social não sanado pelo Estado.

Em outras palavras, a aplicação dessas medidas é uma recorrente confissão do fracasso estatal, visto que o interesse nelas se origina da vulneração, mesmo que inicial, dos direitos da mulher em contexto doméstico e familiar.

Sem políticas públicas efetivas para o desfazimento da estrutura patriarcal ainda vigente, da qual decorre a objetificação e a diminuição da mulher – sujeito de direitos materialmente iguais –, esses instrumentos de discriminação positiva persistirão imprescindíveis para proteção da vítima dessa violência.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BAZZO, Mariana Seifert; LACERCA, Susana Broglia Feitosa de; DALTOÉ, Camila Mafioletti. Aplicação da Lei Maria da Penha em relações de parentesco e a presunção da vulnerabilidade da vítima mulher no contexto de desigualdade de gênero. **Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná**, Curitiba, ano 4, n. 6, p. 573-593, jun. 2017. Disponível em: <https://femparpr.org.br/site/wp-content/uploads/2017/06/6-Revista-MPPR-web.pdf>. Acesso em: 1 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso em Habeas Corpus 34.035/AL**. Recurso em habeas corpus. Lei Maria da Penha. Medidas protetivas de urgência. [...]. Recorrente: J. W. R. S. Recorrido: Ministério Público do Estado de Alagoas. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 5 de novembro de 2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1278624&num_registro=201202139798&data=20131125&formato=PDF. Acesso em: 3 set. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FÓRUM NACIONAL DE JUÍZAS E JUÍZES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. **Enunciados [...]**. Brasília, DF: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2022. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/fonavid/enunciados>. Acesso em: 3 set. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. Porto Alegre: Academia Brasileira de Direito Processual Civil, [20--]. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/80/10/52/54/DA44A7109CEB34A7760849A8/Tutela%20Inibitoria%20e%20Tutela%20de%20Remocao%20do%20Illicito.pdf>. Acesso em: 3 set. 2023.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. Volume único.

NOGUEIRA, Fernando Célio Brito. Notas e reflexões sobre a Lei nº 11.340/2006, que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1146, 21 ago. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8821>. Acesso em: 3 set. 2023.

APROFUNDANDO o olhar sobre o enfrentamento à violência contra as mulheres. Brasília, DF: Observatório da Mulher Contra a Violência – OMV, DataSenado, 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/conhecer-direitos-e-ter-rede-de-apoio-sao-pontos-de-partida-para-denunciar-agressao-e-interromper-ciclo-de-violencia>. Acesso em: 3 set. 2023.

PEÇAS PROCESSUAIS

[voltar ao sumário](#)

MODELO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO: ASSISTÊNCIA QUALIFICADA À VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Bruna Martins Amorim Dutra

Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro

Resumo: Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que indeferiu as medidas protetivas de urgência postuladas em favor da vítima sob o fundamento de que o caso não versa sobre violência doméstica e familiar contra a mulher. O modelo de peça processual trabalha com a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, notadamente à luz das alterações efetuadas pela recente Lei 14.550/23.

Palavras-chave: assistência qualificada à vítima; violência doméstica e familiar contra a mulher; aplicabilidade da Lei Maria da Penha; medidas protetivas de urgência.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA COMARCA DE ALCÂNTARA

Processo: 0003058-91.2023.8.19.0004

S. R. M., já qualificada nos autos do processo em epígrafe, vem, perante Vossa Excelência, através da Defensoria Pública signatária, com fulcro no artigo 1.018 do Código de Processo Civil, informar que foi interposto recurso de agravo de instrumento, postulando a reforma da r. decisão de fls. 61/62, que indeferiu as medidas protetivas postuladas sob o fundamento de que o caso não versa sobre violência doméstica e familiar contra a mulher.

Apresenta, assim, cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, bem como informa que foi juntada cópia integral do processo.

A agravante é assistida pela Defensoria Pública, portanto não há juntada de procuração, haja vista a prerrogativa do artigo 128, inciso XI da LC 80/94.

Tampouco é juntada a procuração do patrono do agravado, por este ainda não possuir advogado constituído nos autos.

Assim, requer, em **JUÍZO DE RETRATAÇÃO**, que seja reconhecida a violência de gênero, com o consequente deferimento das medidas protetivas de urgência pleiteada.

Alcântara, 28 de junho de 2023.

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Ref.: Processo 0003058-91.2023.8.19.0004

(medida protetiva urgente – Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Alcântara)

S. R. M., brasileira, solteira, inscrita no CPF sob o nº ..., carteira de identidade nº ..., residente e domiciliada na Rua ..., vem, pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que atua na assistência qualificada à vítima, com fulcro no art. 1.015, inciso I, do Código de Processo Civil, c/c arts. 13, 27 e 28 da Lei 11.340/06, interpor

**AGRAVO DE INSTRUMENTO
COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO**

em face da r. decisão prolatada pela Exma. Juíza de Direito do Juizado de Violência Doméstica da Comarca de Alcântara, às fls. 61/62 dos autos nº 0003058-91.2023.8.19.0004, que indeferiu as medidas protetivas postuladas sob o fundamento de que o caso não versa sobre violência doméstica e familiar contra a mulher.

Esclarece, para os fins do disposto no artigo 1.016, inciso IV, do Código de Processo Civil, que a agravante é assistida da Defensoria Pública.

Acompanha a presente, além das razões recursais, cópia integral dos autos do processo mencionado, que contém as peças obrigatórias e todas as necessárias à compreensão da controvérsia.

Cumprе ressalvar apenas que, quanto à procuração outorgada ao patrono do agravado, deixa de ser anexada a sua cópia porque, como dão conta os autos, não foi formada a relação processual triangular, não tendo, conseqüentemente, o recorrido ainda tomado ciência dos termos do processo.

Alcântara, 28 de junho de 2023.

RAZÕES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: S. R. M.

AGRAVADO: N. R. S.

COLENDO TRIBUNAL,

EGRÉGIA CÂMARA CRIMINAL,

CABIMENTO

Não obstante a controvérsia quanto à decisão que defere ou indefere o pedido de medida protetiva, sobre ser de natureza penal ou extrapenal, bem como a inexistência de previsão legal quanto ao recurso cabível contra aquela decisão liminar, é de relativo

consenso nesta Corte o cabimento do agravo de instrumento, conforme arestos que são trazidos à colação:

0088677-35.2022.8.19.0000 - AGRAVO

Des(a). ELIZABETE ALVES DE AGUIAR - Julgamento: 29/03/2023 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM SEDE DE PROCEDIMENTO CAUTELAR DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. LEI N.º 11.340/2006. ARTIGO 147-B, DO C.P. CRIME DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER. RECURSO DEFENSIVO PLEITEANDO A REFORMA DA DECISÃO QUE DETERMINOU MEDIDAS PROTETIVAS EM DESFAVOR DO AGRAVANTE, CONSISTENTES EM: 1) AFASTAMENTO DO LAR; E 2) PROIBIÇÃO DE APROXIMAÇÃO DA OFENDIDA E SEUS FAMILIARES, FIXADO O LIMITE MÍNIMO DE 100 (CEM) METROS. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO. Consoante se extrai dos autos, o recorrente Feliciano interpôs o presente recurso de agravo de instrumento contra a decisão, proferida em sede de procedimento cautelar, por meio do qual se deferiu o pedido de medidas protetivas, pleiteado pela Defesa da suposta vítima de violência doméstica, Eliana Maria. **Ab initio, é de se ter em conta que, a hibridez da Lei n.º 11.340/2006 admite a aplicação subsidiária de normas do C.P.P., do C.P.C. e das Leis n.º 8.069, de 13/07/1990, e n.º 10.741, de 01/10/2003. Nesse contexto, observa-se que, as medidas protetivas elencadas no art. 22 da Lei nº 11.340/2006 têm seu procedimento adstrito ao Código de Processo Civil.** Na hipótese vertente, a declarada ofendida compareceu perante a Autoridade Policial da DEAM - Jacarepaguá, relatando estar sendo vítima de violência psicológica supostamente praticada pelo ora agravante, verbis: *“QUE a declarante sofre violência psicológica há muitos anos por parte de FELICIANO...”* Por certo, são requisitos para a concessão de tais medidas protetivas o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, os quais se provam mediante *summaria cognitio*, sendo exigível a plausibilidade do direito material e a potencialidade objetiva do risco alegados. Ademais, tais pressupostos, inerentes ao instituto das medidas cautelares, atualmente inseridas como espécie ao gênero das tutelas de urgência, não podem ser analisados isoladamente, eis que concorrentes, sendo que, na ausência de um deles, inviabilizada resulta a pretensão de urgência. Isto posto, em análise de cognição sumária, observa-se que a Magistrada a quo fundamentou a imposição de medidas protetivas, em desfavor do agravante, Feliciano, em observância aos princípios da necessidade, adequabilidade, razoabilidade e proporcionalidade. Ad argumentandum, vale lembrar que, a jurisprudência tem admitido que, nos crimes praticados em ambiente doméstico, a palavra da mulher-ofendida tende a assumir caráter probatório destacado, sobretudo quando a sua narrativa é coerente e verossímil, com estrutura de tempo e espaço, na medida em que tais delitos são praticados, em regra, na esfera da convivência íntima e em situação de vulnerabilidade, e, à sorrelfa sem que sejam presenciados por outras pessoas, principalmente quando coerente e em harmonia com as demais provas coligidas, como no caso em tela. Precedentes do S.T.J. Sendo assim, considerando-se que, no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, a palavra da vítima assume especial relevância até mesmo para subsidiar um decreto condenatório, a mesma razão deve ser observada na decretação de medidas protetivas, as quais se revestem de caráter temporário e, frise-se, não antecipam juízo de culpa. Ademais, certo é que as referidas medidas têm como objetivo a preservação da integridade e saúde física e psicológica da mulher, diminuindo o risco iminente de agressão, dado o seu caráter assecuratório. Precedentes desta Colenda Oitava Câmara Criminal. Acresça-se que, por decisão proferida em 06.03.2023, a Magistrada a quo, indeferiu o pedido defensivo de revogação das medidas protetivas e, acolhendo manifestação do órgão ministerial, prorrogou as medidas por mais 30 (trinta) dias. (index 000173 dos autos principais) CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO.

0022091-50.2021.8.19.0000 - AGRAVO

Des(a). JOÃO ZIRALDO MAIA - Julgamento: 08/07/2021 - QUARTA CÂMARA CRIMINAL

EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO MANEJADO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA OUTRORA ATRAVESSADO PELA AGRAVANTE. DECISÃO GUERREADA QUE ENTENDE NÃO ESTAR PRESENTE A HIPÓTESE DEFLAGRADORA DA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA AO CASO VERTENTE. RESGUARDO DA SITUAÇÃO DA MULHER, AMEAÇADA DE MORTE E ESPOLIADA EM SEUS BENS, QUE DEVE IMPERAR POR MEIO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA, NA FORMA DO ARTIGO 22, INCISOS I A III DA LEI 11.343/2006, RECURSO PROVIDO.

Dessa forma, impõe-se o recebimento do presente agravo em sua modalidade de instrumento, tendo em vista se tratar de decisão sobre tutela provisória, consistente em medidas protetivas de urgência postuladas pela vítima de violência doméstica e familiar contra a mulher.

TEMPESTIVIDADE

Deve ser ressaltada a tempestividade do presente recurso, que é interposto pela Defensoria Pública que atua pelas vítimas junto ao Juizado de Violência Doméstica de Alcântara, valendo-se das prerrogativas legais da intimação pessoal e contagem dos prazos em dobro.

PREPARO

Em sendo a parte beneficiária da gratuidade de justiça, por força do disposto no art. 28 da Lei 11.340/06, haja vista se tratar de vítima de violência doméstica e hipossuficiente, o preparo é dispensado, nos exatos termos dos artigos 98 e 1007 do Código de Processo Civil.

FATOS E FUNDAMENTOS

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão prolatada pela Exma. Juíza de Direito do Juizado de Violência Doméstica da Comarca de Alcântara, que indeferiu as medidas protetivas postuladas sob o fundamento de que o caso não versa sobre violência doméstica e familiar contra a mulher.

Note-se que o pedido efetuado pela ofendida em sede policial foi renovado, por intermédio da atuação da Defensoria Pública, através do petitório de fls. 41/46, onde colacionados novos fatos e argumentos justificadores da necessidade de concessão das medidas protetivas de urgência.

Contudo, em suas razões de decidir, às fls. 61/62, a d. magistrada asseverou que “o que se verifica é uma situação familiar dramática que envolve numa espiral de violência toda a família, independente da consideração de gênero, mas com lastro nas atitudes perigosas de uma jovem possivelmente com grave doença mental”.

Ocorre que, conforme se demonstrará, a decisão recorrida foi equivocada, merecendo reforma, haja vista se tratar de hipótese de violência doméstica e familiar contra a mulher, a atrair a incidência da Lei Maria de Penha, com o deferimento das medidas protetivas de urgência postuladas, **notadamente considerando o disposto no art. 40-A da Lei 11.340/06, inserido recentemente pela Lei 14.550/23.**

Com efeito, de acordo com o **art. 5º da Lei 11.340/06**, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, seja: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - **no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa**; ou III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Frise-se que as formas de violência contra a mulher estão previstas no rol não taxativo do **art. 7º da Lei 11.340/06**, compreendendo qualquer forma de violência, seja física psicológica, sexual, patrimonial ou moral.

Assim, evidente que o caso versa sobre violência doméstica e familiar contra a mulher, vez que as ameaças e violações físicas/verbais perpetradas pela ora agravada, **filha da vítima**, se deram no **âmbito familiar**.

A alegação do d. Juízo, para afastar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, de que inexistiria violência de gênero porque a situação familiar teria lastro em atitudes perigosas de uma jovem possivelmente com grave doença mental, viola o art. 40-A da Lei 11.340/06, **inserido recentemente pela Lei 14.550/23**, e que dispõe:

Art. 40-A. Esta Lei será aplicada a todas as situações previstas no seu art. 5º, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida.

De acordo com a justificação apresentada ao Projeto de Lei nº 1.604/22, de autoria da então senadora Simone Tebet, e que deu origem à Lei nº 14.550/23, o objetivo da alteração legislativa seria “explicitar o espírito da Lei Maria da Penha: todas as formas de violência contra as mulheres no contexto das relações domésticas, familiares e íntimas de afeto são manifestações de violência baseada no gênero, que invocam e legitimam a proteção diferenciada para as mulheres”.

Com isso, fatores como a existência de conflitos patrimoniais, problemas com álcool ou drogas ou mesmo a vulnerabilidade decorrente da idade da vítima, que eram frequentemente invocados para descaracterizar a violência de gênero, não mais constituem fundamento idôneo para afastar a incidência da Lei Maria da Penha. A rigor, conforme exposto pela subscritora do artigo *Lei Maria da Penha: as alterações da Lei 14.550/23 com perspectiva de gênero*, “a violência de gênero, no seio de uma ordem social hierarquizada, é **estrutural**, sendo característica de toda e qualquer violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, **ainda que presente também algum fator colateral**”¹.

¹ Artigo “Lei Maria da Penha: as alterações da Lei 14.550/23 com perspectiva de gênero”, de autoria da Defensora Pública Bruna Dutra (DUTRA, Bruna Martins Amorim. Lei Maria da Penha: as alterações da Lei 14.550/23 com perspectiva de gênero. **ConJur**, São Paulo, 25 abr. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-25/tribuna-defensoria-maria-penha-alteracoes-lei-14550-perspectiva-genero>. Acesso em: 24 nov. 2023).

Portanto, a situação de sofrimento mental da ora agravada, embora possa ser um fator colateral que contribui para o conflito familiar, **não afasta a aplicação da Lei Maria da Penha** e, portanto, a necessidade da concessão das **medidas protetivas de urgência, como forma de resguardar a vítima e até mesmo de providenciar o devido encaminhamento da agressora para atendimento junto ao CAPS para se submeter ao tratamento quanto à sua saúde mental.**

O depoimento prestado pela vítima, às fls. 05/06, perante a autoridade policial, deixa evidente a urgência na concessão das medidas protetivas de urgência:

no último domingo, por volta das 22 horas, estava chegando em casa, na Rua ..., quando sua filha **N. apareceu de mototáxi, com o sobrinho da comunicante (E.)**, entrou na casa da comunicante e, sem dizer uma palavra, **passou a agredila com socos, chutes, puxões de cabelo, mordidas e a jogou no chão**; que a comunicante ficou toda machucada; que, além disso, **N. xingou a comunicante de piranha, puta, vagabunda e de demônio**; que E. (sobrinho da comunicante), J. (marido da comunicante) e A. (sua nora) conseguiram tirar N. de cima da comunicante; que **sua filha tem um histórico de agressões, no colégio, contra a comunicante, contra o pai e contra o irmão (já tentou esfaquear o irmão mais velho); que N. também já agrediu companheiros e companheiras que ela teve**, pois ela já viveu maritalmente com homens e mulheres; que N. **já esteve internada em clínicas psiquiátricas e usa drogas**; que quando foi embora, **N. disse que vai voltar e matar a comunicante**; que N. atualmente faz vídeos de sexo e os vende para sobreviver; que ela mora sozinha; que N. sempre teve um temperamento difícil, desde criança, mas piorou muito do ano de 2011 para cá, depois que sofreu um abuso, praticado por F., marido da tia paterna M. A.; que na época a tia não acreditou nela e ela ficou muito revoltada, piorando muito o seu comportamento; que depois desse fato, N. já fez diversos bilhetes, dizendo que vai matar o homem que abusou dela e a tia; que, na oportunidade, faz anexar esses bilhetes; QUE DESEJA REPRESENTAR CONTRA A AUTORA DO FATOS; que esta é a primeira vez que a declarante faz um registro contra N., embora já tenha apanhado dela muitas vezes; que o motivo da briga no domingo é que a declarante mandou a irmãzinha de seis anos para ver N., e esta tinha dito para não levar a criança para a casa dela.

Conforme se verifica pelo depoimento prestado, a SAF, que mora próximo à casa da vítima, esteve na residência da agravante, sua genitora, e a agrediu violentamente com socos, chutes, puxões de cabelo e mordidas. A vítima ressaltou que o sobrinho, o marido e a nora desta conseguiram tirar a agravada de cima da vítima que se encontrava caída no chão e sem forças para combater a filha, nem mesmo se levantar, em razão dos ferimentos.

Não bastassem as agressões físicas, a vítima foi ainda ameaçada de morte, tendo sua filha sido categórica ao afirmar que voltaria para matar a mãe.

Assim, diante das agressões e ameaças narradas pela vítima, as quais não configuram fato isolado conforme se depreende das próprias declarações da vítima, bem como considerando que a agravada já esteve internada em clínicas psiquiátricas, faz uso de drogas, além de apresentar um histórico de agressões no colégio, contra a agravante, contra o pai, contra o irmão (já tentou esfaquear o irmão mais velho) e contra companheiros e companheiras que ela teve, é **patente a necessidade da concessão das medidas protetivas de urgência**. É notório que a agravante e os demais familiares se encontram em **situação atual de risco**, dada a gravidade da violência perpetrada

contra a própria genitora e o histórico comportamental de agressividade da agravada, a justificar a adoção das medidas de proteção à vítima.

Nesse contexto, o § 4º do art. 19 da Lei 11.340/06, **inserido recentemente pela Lei 14.550/23**, dispõe que:

Art. 19, § 4º. As medidas protetivas de urgência serão concedidas em juízo de cognição sumária a partir do depoimento da ofendida perante a autoridade policial ou da apresentação de suas alegações escritas e poderão ser indeferidas **no caso de avaliação pela autoridade de inexistência de risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes.**

No que concerne ao *periculum libertatis*, o legislador claramente condicionou o indeferimento das medidas protetivas à avaliação de inexistência de risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes. Ou seja, é ônus do julgador a demonstração da inexistência de situação de risco e, em caso de dúvida, ela deverá ser revertida em prol da proteção da mulher para fins de rompimento do ciclo de violência². A d. magistrada *a quo*, contudo, não logrou se desincumbir do ônus de demonstrar a inexistência de situação de risco, vez que a gravidade dos atos de violência e o histórico de agressividade da SAF deixam clara a premente necessidade da concessão das medidas de proteção.

Vale salientar que, **em contato efetuado pela Defensoria Pública com a vítima nesta semana, ao tomar ciência da decisão de indeferimento das medidas protetivas de urgência, a ora agravante ficou extremamente abalada e reiterou a necessidade das medidas pleiteadas para resguardar a sua integridade psicofísica, e para que possa, com segurança, exercer suas atividades pessoais e profissionais além da residência.**

A violência doméstica e familiar contra a mulher está configurada, no presente caso, porque a agressora usualmente se aproveita do vínculo de parentesco com a vítima, de quem é filha, para praticar atos de violência no âmbito familiar, ameaçando a agravante na sua própria residência, e adotando postura agressiva e descontrolada, de forma a colocar em risco seus familiares e quem se encontra ao seu redor. Inclusive, a recorrida aproveita-se da relação familiar havida entre as partes para adentrar com facilidade no imóvel da sua genitora e praticar toda sorte de violência.

Assim, considerando que os **atos de violência foram praticados contra a mulher no âmbito da unidade familiar**, nos estritos termos do art. 5º, II, c/c art. 40-A da Lei 11.340/06, a hipótese é de incidência da Lei Maria da Penha e, presentes os requisitos das medidas protetivas de urgência (arts. 14 e 19 da Lei 11.340/06), é de rigor a sua concessão, a fim de assegurar à mulher os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, para que possa viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (art. 2º da Lei 11.340/06).

² Nesse sentido é o artigo “Lei Maria da Penha: as alterações da Lei 14.550/23 com perspectiva de gênero”, da Defensora Pública Bruna Dutra (DUTRA, Bruna Martins Amorim. Lei Maria da Penha: as alterações da Lei 14.550/23 com perspectiva de gênero. **ConJur**, São Paulo, 25 abr. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-25/tribuna-defensoria-maria-penha-alteracoes-lei-14550-perspectiva-genero>. Acesso em: 24 nov. 2023).

Frise-se que o mero fato de ser a SAF do sexo feminino não tem o condão de afastar a aplicação da Lei Maria da Penha, vez que presentes os seus requisitos autorizadores, *in casu*, a relação familiar.

Nesse sentido, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o que foi inclusive sedimentado em enunciado veiculado na **edição nº 41 da Jurisprudência em Teses do STJ**:

O sujeito passivo da violência doméstica objeto da Lei Maria da Penha é a mulher, já o sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência, com ou sem coabitação.

Na mesma esteira, colacionem-se recentes acórdãos do STJ, inclusive proferido pela 3ª Seção:

[...]

A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) deve ser aplicada em situações de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de afeto, poder e submissão, **praticada por homem ou mulher** sobre mulher, em situação de vulnerabilidade, como no presente caso, em que se trata de estupro praticado pelo ex-padrasto contra a enteada.

[...]

(HC 728173/RJ, Rel. Ministro OLINDO MENEZES, TERCEIRA SEÇÃO DO STJ, julgado em 26/10/2022, DJe 30/11/2022)

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE AMEAÇA E CONTRAVENÇÃO DE VIAS DE FATO. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. AMEAÇA NO CONTEXTO DE RELAÇÃO DOMÉSTICA AFETIVA. ALTERAÇÃO DO JULGADO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. SUJEITO ATIVO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. QUALQUER GÊNERO. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não vislumbro ofensa ao art. 619 do CPP, pois o Tribunal de origem se pronunciou sobre todos os aspectos relevantes para a definição da causa. Ressalte-se que o julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos das partes, bastando que resolva a situação que lhe é apresentada sem se omitir sobre os fatores capazes de influir no resultado do julgamento. No caso, o Tribunal se manifestou acerca da tipicidade do crime de ameaça e manifestação da existência concreta da violência baseada em gênero, ao considerar as provas testemunhais e mensagens de WhatsApp.

2. Quanto à questão da violação do artigo 5º da Lei n. 11.340/2006, tem-se como pano de fundo a comprovação da existência motivação de gênero, que é impositiva para ser reconhecida a incompetência do juízo de origem. Nesse passo, tendo havido a conclusão no sentido de que se tratava de ameaça no contexto de relação doméstica afetiva em situação de vulnerabilidade, afastar essa circunstância atrativa da Lei 11.340/2006 incorreria no óbice da Súmula 7/STJ.

3. Acerca da competência do Juizado da Violência Doméstica, verifica-se a incidência da Súmula 83/STJ, já que o acórdão recorrido encontra-se em consonância com **a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, no sentido de que o sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher; por outro lado, o sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher.**

desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade. 4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 2188038/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2022, DJe 28/11/2022)

CRIME DE AMEAÇA. LEI MARIA DA PENA. INCIDÊNCIA. RELAÇÃO FAMILIAR ENTRE FILHAS E A GENITORA. VULNERABILIDADE ATESTADA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA PARA A DESCONSTITUIÇÃO DE TAL ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. **Nos termos do artigo 5º, inciso III, da Lei 11.340/2006, é possível a caracterização de violência doméstica e familiar nas relações entre filhas e mãe, desde que os fatos tenham sido praticados em razão da relação de intimidade e afeto existente.**

2. Na hipótese dos autos, tanto o magistrado de origem quanto a autoridade apontada como coatora consignaram a **existência da relação de vulnerabilidade a que estava sendo submetida a mãe em relação às filhas agressoras, circunstância que justifica a incidência da Lei Maria da Penha.**

3. A desconstituição de tal entendimento demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, providência que é vedada na via eleita.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 277561/AL, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 13/11/2014)³.

Assim, no presente caso, evidente a vulnerabilidade da vítima em relação à sua filha, N. R. S., frente à situação de violência doméstica reiteradamente vivenciada no âmbito familiar, circunstância esta que justifica a incidência da Lei Maria da Penha e a aplicação das medidas protetivas de urgência, como forma de proteger a ofendida de novos episódios de violência, bem como resguardar a sua liberdade e capacidade de autodeterminação, dando-lhe a segurança necessária para exercer o seu direito de ir e vir.

DO EFEITO SUSPENSIVO ATIVO: ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Preceitua o artigo 1019, I, do CPC, que o relator poderá suspender o cumprimento da decisão agravada até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara, desde que possa resultar lesão grave ou de difícil reparação, ou mesmo deferir a pretensão recursal em antecipação de tutela conquanto que satisfeitos os requisitos legais. Neste último caso, estando presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* (art. 300 do CPC), deve ser conferido o chamado efeito suspensivo ativo ao recurso de agravo de instrumento, de forma a se anteciparem os efeitos da tutela final pretendida.

Na presente hipótese, o *fumus boni iuris* já restou fartamente demonstrado acima, sendo certo que a documentação que compõe o instrumento evidencia a situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, no contexto de relação familiar, sofrida pela agravante.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 277561/AL**. Habeas Corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso ordinário cabível [...]. Relator: Min. Jorge Mussi, 06 de novembro de 2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303168866&dt_publicacao=13/11/2014.

Por outro lado, o *periculum in mora* é patente ao se considerar os danos a serem inevitavelmente sofridos pela Agravante no caso de manutenção da decisão atacada, que permanecerá em situação de risco, sem a concessão das medidas protetivas de urgência solicitadas com base na Lei Maria da Penha, em frontal violação ao seu direito à uma vida digna, sem qualquer discriminação, violência ou opressão. Assim, a medida se faz necessária para que, verdadeiramente, se atenda à garantia de acesso à justiça, conferindo ao cidadão o direito à tutela adequada, tempestiva e efetiva.

Ex positis, requer a essa Colenda Câmara seja deferido o efeito suspensivo para que seja concedida a antecipação de tutela recursal, com a concessão das medidas protetivas de urgência requeridas.

DO PREQUESTIONAMENTO

Considerando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, de que a admissão dos recursos extraordinário e especial dependem de manifestação explícita do colegiado sobre os dispositivos legais e constitucionais violados, a defesa técnica requer a manifestação expressa da Superior Instância, quanto à violação dos dispositivos acima mencionados, em especial:

- arts. 5º, inciso II, 19 e 40-A da Lei 11.340/06.

DA CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, requer:

- a)** o deferimento da gratuidade de justiça, dispensando-se, conseqüentemente, o preparo para seu conhecimento (artigos 3º e 28 da Lei 11.340/06);
- b)** seja concedido efeito suspensivo ativo ao presente agravo de instrumento, para conceder a antecipação de tutela recursal e deferir as medidas protetivas de urgência requeridas com base na Lei Maria da Penha, determinando-se à Agravada a proibição de aproximação da ofendida, fixando um limite mínimo de 500 metros entre esta e a agressora, e a proibição de contato com a ofendida por qualquer meio de comunicação, sob pena de multa diária de R\$ 500,00, bem como determinando-se o seu encaminhamento para tratamento de saúde mental junto ao CAPSI.
- c)** seja dado provimento ao recurso, confirmando-se os pedidos liminares nos termos acima expostos;
- d)** a condenação da parte agravada ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, a serem revertidos em favor do CEJUR/DPGE.

Alcântara, 28 de junho de 2023.



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
1ª Câmara Criminal
Gabinete da JDS Ana Paula Abreu Filgueiras

Agravo de Instrumento n.º 0050278-97.2023.8.19.0000

Agravante: S.R.M.

Agravado: N.R.S.

Relatora: JDS Ana Paula Abreu Filgueiras

DECISÃO

Cuidam os presentes autos de Agravo de Instrumento interposto pela Defesa em face da decisão do Juizado de Violência Doméstica da Comarca de Alcântara que indeferiu as medidas protetivas postuladas sob o fundamento de que o caso não trata de violência doméstica contra a mulher.

Em razões, sustenta a Agravante que sofreu agressões físicas pela Agravada, sua filha, além de ameaças de que a Agravada iria matá-la. Em decorrência disso, requereu medidas protetivas que foram indeferidas pelo Juízo *a quo*, eis que não verificada a relação de gênero.

Aduz que o caso em tela é hipótese de aplicação da Lei nº 11.340/06, eis que o art. 5º, II da referida Lei dispõe que a Lei Maria da Penha se aplica no âmbito familiar.

Argumenta, ainda, que a introdução do novo artigo 40-A, da referida Lei dispõe que a legislação em questão tem aplicabilidade independente da causa ou da motivação dos atos de violência.

Requer, liminarmente, a concessão de efeito suspensivo ativo com base no art. 1.019, I, do CPC, a fim de conceder a antecipação da tutela recursal para deferir as medidas protetivas de urgência requeridas com base na Lei nº 11.340/06.

Também há pedido de gratuidade de justiça, com fundamento nos arts. 3 e 28, da Lei nº 11.340/06.

Autos conclusos. Decido.

1ª CCrim. Ag. Instr. nº. 0050278-97 – AC



ANA PAULA ABREU FILGUEIRAS:29845

Assinado em 30/06/2023 17:45:23

Local: GAB. JDS ANA PAULA ABREU FILGUEIRAS



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
1ª Câmara Criminal
Gabinete da JDS Ana Paula Abreu Filgueiras

Levando em consideração que a Agravante é assistida pela Defensoria Pública e que não há nos autos sinais exteriores de riqueza, defiro o pedido de gratuidade de justiça.

Em relação ao pedido liminar, passo a decidir.

Trata-se de medida protetiva requerida com base em agressões sofridas pela mãe e perpetradas pela filha em contexto doméstico.

Intimado a se manifestar, o *Parquet* opinou pelo indeferimento do requerimento de medidas protetivas, sob o fundamento de que o caso não se trata de violência motivada pelo gênero.

Em PDF 25, o Juízo *a quo* indeferiu o requerimento de medidas protetivas de urgência, sob os seguintes fundamentos:

É o breve relatório. Passo a decidir.

Analisando detidamente os autos, verifica-se, na verdade, que o caso em apreço não se trata de violência de gênero contra a mulher, tendo havido uma desavença supostamente motivada por questão familiar.

Depreende-se da leitura do Registro de Ocorrência de fls. 03/04 que tanto a vítima como a autora do fato (████████████████████) são mulheres, o que afasta a aplicação da Lei 11.340/06, haja vista que seu art. 5º estabelece como requisito para a caracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher que a conduta seja baseada no gênero, o que não está configurado no caso vertente.

Dessa forma, conclui-se que a motivação da ação não foi a violência doméstica ou familiar em razão do gênero, vez que não caracterizada relação de poder e submissão sobre a vítima em condição de vulnerabilidade.

Pelo exposto, acolho o Parecer Ministerial, INDEFIRO o pedido de medidas protetivas de urgência requerido e JULGO EXTINTO o feito, na forma do art. 485, IV do CPC.

Intimem-se. Dê-se ciência ao MP.

Para a concessão da medida liminar requerida, necessário que esteja evidenciada a probabilidade de provimento do recurso conjugada com o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação.

No caso em exame, os requisitos acima não estão presentes, valendo destacar que a decisão atacada se encontra fundamentada, indicando que o caso em análise não trata de violência de gênero, e sim de complexo problema familiar entre mãe e filha, o que não atrai a legislação especial (Lei nº 11.340/06).

Vale observar ainda que, a princípio, a hipótese em tela não trata de violência de gênero, eis que tanto a Agravante quanto a Agravada são mulheres.





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
1ª Câmara Criminal
Gabinete da JDS Ana Paula Abreu Filgueiras

Ademais, no que tange a redação do art. 40-A, da Lei nº 11.340/06, incumbe destacar que ela foi elaborada com o fim de reforçar o caráter de proteção à mulher vítima de violência doméstica, porém não afastou a necessidade da configuração da violência de gênero e menosprezo à condição de mulher, que não está presente no caso em tela.

Assim, em sede de cognição sumária, própria desta fase processual, não se verifica flagrante ilegalidade que justifique a concessão da liminar pretendida.

Pelo exposto, entendo que a manutenção, por ora, da decisão atacada não acarreta dano irreparável à vítima., razão pela qual indefiro a concessão de efeito suspensivo, na forma do art. 995 do CPC.

Dê-se vista à d. Procuradoria de Justiça.

Rio de Janeiro, 30 de junho de 2023

Ana Paula Abreu Filgueiras
JDS Relatora





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
1ª Câmara Criminal

Agravo de Instrumento nº. 0050278-97.2023.8.19.0000

Agravante: S.R.M

Agravado: N.R.S

Relatora: JDS Ana Paula Abreu Filgueiras

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LESÃO CORPORAL PRATICADA POR FILHA CONTRA SUA MÃE. PEDIDO DE MEDIDAS PROTETIVAS INDEFERIDAS SOB A ALEGAÇÃO DE QUE O CASO NÃO SE TRATA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO. REFORMA QUE SE FAZ NECESSÁRIA. PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 14.550/2023, QUE ACRESCENTOU O ART. 40-A DA LEI Nº 11.340/2006. O MENCIONADO DISPOSITIVO LEGAL DISPÕE QUE A LEI MARIA DA PENHA “SERÁ APLICADA A TODAS AS SITUAÇÕES PREVISTAS NO SEU ART. 5º, INDEPENDENTEMENTE DA CAUSA OU DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS DE VIOLÊNCIA E DA CONDIÇÃO DO OFENSOR OU DA OFENDIDA”. VALE DIZER, PRETENDEU O LEGISLADOR AFASTAR A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA QUE EXIGIA A VERIFICAÇÃO DE GÊNERO EM RELAÇÃO À VIOLÊNCIA PRATICADA CONTRA A MULHER. DESSARTE, A VIOLÊNCIA PRATICADA PELA FILHA SE SUBSUME À HIPÓTESE DO INCISO I E II DO ART. 5º DA LEI Nº 11.340/2006, PORQUANTO DIRIGIDA CONTRA PESSOA DO GÊNERO FEMININO E INSERIDA NO CONTEXTO FAMILIAR, ENQUADRANDO-SE, POIS, NO CONCEITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER, À LUZ DA LEGISLAÇÃO VIGENTE. MEDIDAS PROTETIVAS QUE DEVEM SER CONCEDIDAS: PROIBIÇÃO DE CONTATO COM A VÍTIMA E PROIBIÇÃO DE APROXIMAÇÃO DA VÍTIMA, A UM LIMITE DE 500 METROS. INDEFERIMENTO DO PLEITO DEFENSIVO DE ESTABELECIMENTO DE MULTA POR DESCUMPRIMENTO, INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ENCAMINHAMENTO DA AGRAVADA

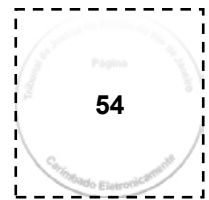
= 1ª CCrim – AI nº. 0050278-97 - AC – Fl. 1 / 8 =



ANA PAULA ABREU FILGUEIRAS:29845

Assinado em 21/11/2023 15:14:58

Local: GAB. JDS ANA PAULA ABREU FILGUEIRAS



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
1ª Câmara Criminal

AO CAPSI E INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE CONDENÇÃO DA AGRAVADA EM CUSTAS E HONORÁRIOS A FAVOR DO CEJUR/DPGE. AGRAVADA HIPOSSUFICIENTE ATENDIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE LAUDO COMPROVANDO A NECESSIDADE DE SEU ENCAMINHAMENTO A SETOR DE SAÚDE MENTAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. FIXADA MEDIDA PROTETIVA EM FAVOR DA VÍTIMA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº. 0050278-97.2023.8.19.0000, em que é Agravante: S.R.M. e é Agravado: N.R.S.;

A C O R D A M os Desembargadores que integram a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em conhecer o recurso, **e dar parcial provimento**, nos termos do voto da relatora, decisão unânime.

RELATÓRIO

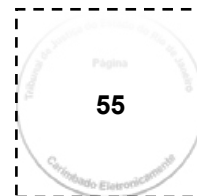
Trata-se de Agravo de Instrumento interposto em face de decisão do Juizado de Violência Doméstica da Comarca de São Gonçalo que indeferiu o pedido de medida protetiva postulada pela Agravante em face da Agravada. O indeferimento baseou-se no entendimento do Magistrado de que o caso não se tratava de violência doméstica contra a Mulher. Veja-se:

Analisando detidamente os autos, verifica-se, na verdade, que o caso em apreço não se trata de violência de gênero contra a mulher, tendo havido uma desavença supostamente motivada por questão familiar.

Depreende-se da leitura do Registro de Ocorrência de fls. 03/04 que tanto a vítima como a autora do fato (████████████████████) são mulheres, o que afasta a aplicação da Lei 11.340/06, haja vista que seu art. 5º estabelece como requisito para a caracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher que a conduta seja baseada no gênero, o que não está configurado no caso vertente.

Dessa forma, conclui-se que a motivação da ação não foi a violência doméstica ou familiar em razão do gênero, vez que não caracterizada relação de poder e submissão sobre a vítima em condição de vulnerabilidade.





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
1ª Câmara Criminal

Pelo exposto, acolho o Parecer Ministerial, INDEFIRO o pedido de medidas protetivas de urgência requerido e JULGO EXTINTO o feito, na forma do art. 485, IV do CPC.

Intimem-se. Dê-se ciência ao MP.

Irresignado, a Agravante interpôs o presente recurso pretendendo, além da concessão de efeito suspensivo, a reforma integral do *decisum*, ao fundamento de necessidade da concessão de medidas protetivas, sob o argumento de que o caso se amolda ao ar. 5º, II, da Lei nº 11.340/06. Pleiteia gratuidade de justiça.

Indeferimento da liminar vindicada e concessão da justiça gratuita em PDF 21.

Contrarrazões em PDF 36.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça em PDF 48 pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Acerca do mérito, melhor compulsando os autos, se verifica que o recurso deve ser provido.

Explica-se.

Analisando os autos da ação penal originária (processo nº 0003058-91.2023.8.19.0004), verifica-se que o delito a ser apurado, em tese, é aquele previsto no art. 129, do Código Penal.

De acordo com o registro de ocorrência, o crime supostamente teria sido praticado pela filha da vítima, tendo a vítima requerido medidas protetivas, sob a seguinte narração:





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
1ª Câmara Criminal

Relata que no último domingo, por volta das 22 horas, estava chegando em casa, na Rua [REDACTED] quando sua filha [REDACTED] apareceu de mototáxi, com o sobrinho da comunicante ([REDACTED]), entrou na casa da comunicante e, sem dizer uma palavra, passou a agredi-la com socos, chutes, puxões de cabelo, mordidas e a jogou no chão; a comunicante ficou toda machucada; além disso, xingou a comunicante de piranha, puta, vagabunda e de demônio. [REDACTED] o marido da comunicante e sua nora ([REDACTED]) conseguiram tirar [REDACTED] de cima da comunicante. Sua filha tem um histórico de agressões, no colégio, contra a comunicante, contra o pai e contra o irmão; além disso, ela agrediu companheiros e companheiras que ela teve, pois ela já viveu maritalmente com homens e mulheres. [REDACTED] já esteve internada em clínicas psiquiátricas e usa drogas. Quando foi embora, [REDACTED] disse que vai voltar e matar a comunicante.

O feito foi distribuído para o Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de São Gonçalo.

Contudo, em decisão proferida em 04/05/2023, o Magistrado indeferiu o pedido de medidas protetivas formulado pela vítima, conforme decisão abaixo:

É o breve relatório. Passo a decidir.

Analisando detidamente os autos, verifica-se, na verdade, que o caso em apreço não se trata de violência de gênero contra a mulher, tendo havido uma desavença supostamente motivada por questão familiar.

Depreende-se da leitura do Registro de Ocorrência de fls. 03/04 que tanto a vítima como a autora do fato ([REDACTED]) são mulheres, o que afasta a aplicação da Lei 11.340/06, haja vista que seu art. 5º estabelece como requisito para a caracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher que a conduta seja baseada no gênero, o que não está configurado no caso vertente.

Dessa forma, conclui-se que a motivação da ação não foi a violência doméstica ou familiar em razão do gênero, vez que não caracterizada relação de poder e submissão sobre a vítima em condição de vulnerabilidade.

Pelo exposto, acolho o Parecer Ministerial, INDEFIRO o pedido de medidas protetivas de urgência requerido e JULGO EXTINTO o feito, na forma do art. 485, IV do CPC.

Intimem-se. Dê-se ciência ao MP.

No entanto, resta evidente que o feito diz respeito à apuração de crime de lesão corporal cometido no âmbito da unidade doméstica e da família, hipóteses elencadas nos incisos I e II do art. 5º da Lei 11.340/2006.

Para o d. Magistrado, para incidir a Lei nº 11.340/06 seria necessário que a violência fosse baseada no gênero, o que, afirma, não teria acontecido na hipótese concreta, pois a ofensa em questão se trataria de suposta lesão corporal perpetrada pela própria filha da ofendida, tendo por causa subjacente desavenças familiares, sendo ambas as envolvidas mulheres, o que afastaria a questão do gênero.





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
1ª Câmara Criminal

Ocorre que tal orientação restou recentemente superada com a promulgação da Lei nº 14.550/2023, que acrescentou o art. 40-A na Lei nº 11.340/2006, *in verbis*:

“Art. 40-A. Esta Lei será aplicada a todas as situações previstas no seu art. 5º, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida.”

A Lei nº 14.550, que entrou em vigor em 20/04/2023, promoveu importantes alterações na Lei nº 11.340/06, com o nítido objetivo de reforçar o caráter protetivo à mulher vítima de violência doméstica e implementar uma igualdade substantiva, em consonância com o viés interpretativo *pro personae* que tem orientado as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Vale dizer, pretendeu o legislador, com a mencionada alteração, afastar a interpretação restritiva que exigia a verificação da motivação de gênero em relação à violência praticada contra a mulher.

Frise-se: todas as formas de violência contra mulheres no contexto de relações domésticas, familiares e íntimas de afeto são manifestações de violência baseada no gênero, que invocam e legitimam a proteção diferenciada para as mulheres.

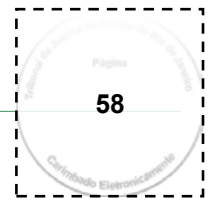
Logo, no contexto de uma sociedade patriarcal como a nossa, marcada por relações assimétricas de poder fundadas no gênero, toda e qualquer violência praticada contra a mulher no âmbito doméstico, familiar ou íntimo-afetivo deve ser reconhecida como violência de gênero, independentemente de comprovação em concreto de motivação de gênero ou de relação de subordinação.

A violência de gênero, no seio de uma ordem social hierarquizada é estrutural, sendo característica de toda e qualquer violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar.

Com efeito, as alterações legislativas visam ampliar a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e de outras agressões em suas relações familiares, íntimas de afeto e até mesmo aquelas oriundas da convivência doméstica, como visto no julgado acima.

Dessarte, do mesmo modo, o fato de a violência ter se dado em razão de desavenças familiares, tampouco é capaz de afastar a competência do Juízo





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
1ª Câmara Criminal

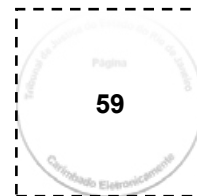
suscitado, uma vez que tal fato somente vem a corroborar a evidência de que o crime praticado teria ocorrido no ambiente familiar.

Assim, em se tratando de violência de gênero cometida contra mulher no âmbito doméstico e familiar, o conhecimento e julgamento do feito compete ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar.

Neste mesmo sentido vem decidindo esta Corte de Justiça, conforme o arresto que segue:

Conflito negativo de jurisdição. Imputação acusatória dispondo que o suposto autor do fato teria, em tese, constrangido a vítima, mediante grave ameaça, a lhe dar dinheiro para comprar cigarro, e, momentos depois, teria causado incêndio no interior de residência habitada, expondo a perigo a vítima e vizinhos, bem como proferido novas ameaças à vítima, dizendo que iria "explodir tudo". Conflito provocado pela 3ª Vara Criminal de Campos dos Goytacazes, entendendo pela prevalência da competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Mérito que se resolve em favor do suscitante. **Conjunto indiciário denotando que o crime, em tese, teria sido praticado por motivação de gênero. Situação tendente a atrair a incidência da Lei nº 11340/06, já que configurada a violência doméstica.** Inteligência da Súmula 253 do TJRJ, no rastro da firme orientação do STJ, sublinhando que "a incidência da Lei nº 11.340/2006 reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade". Existência de recente modificação legislativa, introduzida pela Lei n. 14.550/23, responsável por alterar a Lei n. 11.340/06, assim dispondo: "Art. 40-A. Esta Lei será aplicada a todas as situações previstas no seu art. 5º, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida." **Novo contexto normativo em que não se mostra mais cabível eventual discussão acerca da motivação do crime e da condição dos envolvidos, bastando, para fins de incidência da Lei Maria da Penha, o seu cometimento no âmbito da unidade doméstica, da família, em qualquer relação íntima de afeto**, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação, nos termos do art. 5º da Lei nº 11.340/06. Espécie dos autos que, embora não exponha relação íntima amorosa/sexual entre os envolvidos, versa sobre fatos ocorridos no interior de ambiente doméstico e familiar, cujo suposto autor é o filho da vítima-mulher, sendo clara a superioridade física decorrente do gênero. Firme orientação do STJ no sentido de que "estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica e podem integrar o polo passivo da ação delituosa as esposas, as companheiras ou amantes, bem como a mãe, as filhas, as netas do agressor e também a sogra, a avó ou qualquer outra





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
1ª Câmara Criminal

parente que mantém vínculo familiar ou afetivo com ele". Conflito julgado procedente para estabelecer a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e Especial Criminal da Comarca de Campos dos Goytacazes.

(0061115-17.2023.8.19.0000 - CONFLITO DE JURISDIÇÃO. Des(a). CARLOS EDUARDO FREIRE ROBOREDO - Julgamento: 29/08/2023 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL)

Diante disso, deve-se reconhecer a incidência da Lei nº 11.340/06 no caso em tela, bem como a possibilidade de concessão de medidas protetivas em favor da vítima.

A Defesa requereu a concessão das medidas protetivas de proibição de aproximação da ofendida (em um limite de 500m entre as partes) e proibição de contato com a ofendida por qualquer meio de comunicação, sob pena de multa diária de R\$500,00 e encaminhamento da Agravada para tratamento de saúdemental junto ao CAPSI.

Quanto ao pleito de vedação de contato e de aproximação, deve esse ser deferido eis que, apesar da Agravante e da Agravada possuírem relação próxima de parentesco (mãe e filha, respectivamente), fato é que, conforme narrado no Registro de Ocorrência nos autos originários, a Agravada prometeu retornar à residência para matar sua mãe, fazendo-se necessário tal medida, ao menos por ora, a fim de resguardar a vida, a integridade física e psicológica da Agravante.

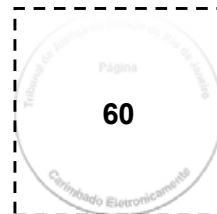
Quanto ao requerimento de fixação de multa e encaminhamento da Agravada ao CAPSI, deixo de acolher tal pedido, eis que a Agravada é atendida pela Defensoria Pública – o que demonstra a sua situação de vulnerabilidade econômica, somado ao fato de que não há nos autos comprovação ou laudo médico que ateste a necessidade de encaminhamento da Agravada para tratamento profissional.

Por fim, requer a Defesa a condenação da Agravada ao pagamento das custas e honorários advocatícios em favor do CEJUR/DPGE.

Apesar do recente posicionamento do STF¹ acerca da possibilidade de pagamento de honorários à Defensoria Pública, fato é que a Agravada é hipossuficiente e vulnerável, não havendo condições de arcar com tais valores, razão pela qual deve-se indeferir esse pleito.

¹ STF. RE 114005, Tema 1.002.





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
1ª Câmara Criminal

Pelo exposto, voto para que seja dado **PARCIAL PROVIMENTO** ao presente recurso de agravo para fixar as seguintes medidas protetivas em favor da vítima S.R.M. e em desfavor da Agravada N.R.S., quais sejam: a) vedação de contato com a vítima, por qualquer meio de comunicação, pelo prazo de 180 dias, nos termos do artigo 20, inciso IV, da Lei 14.344, de 24.05.2022; e b) proibição de aproximação da vítima, sendo estabelecido limite de 500m de distância, na forma do art. 22, III, "a", da Lei nº 11.340/06.

Intimem-se a vítima e a suposta agressora acerca das medidas protetivas impostas.

Comunique-se ao Juízo de Origem à presente decisão.

Rio de Janeiro, 21 de novembro de 2023.

ANA PAULA ABREU FILGUEIRAS
JDS Relatora

CUSTOS *VULNERABILIS* NA DEFESA DAS PESSOAS NÃO HUMANAS

João Felipe de Oliveira Cunha

Bacharel em Direito

Leonardo Meriguetti Pereira

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro

Resumo: Atuação da Defensoria Pública nos autos de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público onde há pedido autoral no sentido de construção de um canil público municipal e estabelecimento de serviço de recolhimento de animais. A Defensoria Pública foi procurada por ONGs de proteção aos animais e protetores autônomos que apresentaram graves preocupações sobre os projetos, que seriam aflitivos e ameaçadores à integridade física e mental dos animais não humanos. O subscritor apresentou requerimento de inclusão da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* no interesse dos animais não humanos, que, mediante a situação exposta, são vulneráveis mediante as possibilidades lesivas da pretensão do Ministério Público.

Palavras-chave: animais não humanos; *Custos Vulnerabilis*; Defensoria Pública.

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis

Processo nº 0026285-69.2018.8.19.0042

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, apresentada pelo Órgão de Atuação correlato à 4ª Vara Cível de Petrópolis, por intermédio do Defensor Público signatário, com lastro no disposto nos artigos 1º, parágrafo único, 129, § 1º e 225, caput, todos da Constituição da República, artigo 5º, inciso II, Lei Federal nº 7.347/85, artigo 4º, inciso VII, Lei Complementar Federal nº 80/94 e artigo 5º, inciso VI, alíneas "e" e "g", vem, perante Vossa Excelência, requerer habilitação imediata no presente feito, na qualidade de ***CUSTOS VULNERABILIS***, em razão da necessária integração à lide, com apoio no princípio da fraternidade e da solidariedade social, a fim de evitar grave e irreversível efetivo prejuízo à coletividade, após a entrada em vigor da nova legislação processual, conforme se segue:

1. DEFENSORIA PÚBLICA COMO "TERCEIRO INTERVENIENTE" PRÓ-DEFESA (*CUSTOS VULNERABILIS*). DEMANDA QUE ENVOLVE INTERESSE DE HIPOSSUFICIENTES. INTELIGÊNCIA DO ART. 134, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO O INC. XI DO ART.4º DA LC Nº 80/1994. ÓRGÃO DE SUPORTE DEFENSIVO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO MINISTÉRIO PÚBLICO. *CUSTOS*

VULNERABILIS NÃO É REPRESENTANTE POSTULATÓRIO E MUITO MENOS SE CONFUNDE COM O PAPEL MINISTERIAL DE CUSTOS LEGIS. MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFENSORIA PÚBLICA. IGUAL ESSENCIALIDADE. MISSÕES CONSTITUCIONAIS DISTINTAS

Como instituição essencial à função jurisdicional e integrante do Estado Democrático de Direito, à qual incumbe a defesa dos necessitados (art. 134 da CF/88) na concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e mais especialmente o de erradicar a pobreza e a marginalidade, reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, incs. I e III da CF/88), justifica-se sua pertinência subjetiva na presente ação coletiva.

O Estado moderno exerce o seu poder para a solução de conflitos interindividuais. O Poder estatal, hoje, abrange a capacidade de dirimir os conflitos que envolvem as pessoas (inclusive o próprio Estado) decidindo as pretensões apresentadas e impondo as decisões. [...]. O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado (legislativo, administrativo) é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce. [...]. A pacificação é o escopo magno da jurisdição e por consequência de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como uma disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). E um escopo social uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um.

Deve-se afirmar que a legitimidade transindividual é hoje PACÍFICA tanto no Superior Tribunal de Justiça-STJ (EREsp n. 1192577, da Corte Especial, que é o maior órgão de uniformização do STJ), quanto no Supremo Tribunal Federal-STF por decisões vinculantes: ADI n. 3943 e RE-Rg 733.433, esta última confirmando a legitimidade defensorial para direitos difusos.

Por sua vez, a intervenção como *custos vulnerabilis* é restrita à Defensoria Pública, conforme leciona Bruno Braga Cavalcanti:

E o que vem se denominando em um verdadeiro Estado-defensor, como leciona Maurilio Casas Maia, e que, para reequilibrar os pesos da balança, precisa de instrumentais suficientes para que o cidadão possa ter vez e voz de forma qualificada, tanto judicial quanto extrajudicialmente. Para Maia (2014), em artigo- homenagem a Ferrajoli, um defensor público exerce a função de um magistrado destinado a exercer espécie de Ministério Público da Defesa, antagonista e paralelo ao Ministério Público da Acusação. Portanto, a atuação do Estado-Defensor, enquanto *custos vulnerabilis*, tem natureza de intervenção do órgão estatal pró-vulnerável, sem adentrar no campo próprio da defesa privada, caso habilitada nos autos.

Sendo admitida em qualquer processo no qual estejam sendo discutidos interesses de vulneráveis, não apenas em casos de hipossuficiência econômica, mas sempre que constatada a existência de qualquer espécie de vulnerabilidade, seja ela socioeconômica, técnica, científica, jurídica, informacional, organizacional, entre outras.

2. VULNERABILIDADES QUE JUSTIFICAM O INGRESSO DA

DEFENSORIA PÚBLICA COMO *CUSTUS VULNERABILIS*

2.1. Considerações Iniciais

O Titular do Órgão de Atuação da Defensoria Pública do Estado foi procurado por entidades particulares e protetores dos animais que exercem sua atividade na cidade de Petrópolis por muitos anos e de forma regular, acumulando vasta experiência teórica e prática sobre as questões que envolvem a atividade.

Mediante essa procura, o subscritor marcou reunião com os interessados, que, no dia 02 de agosto de 2022, às 17h, expuseram suas preocupações referentes à pretensão do Ministério Público nos autos desta ACP de obrigar o Município de Petrópolis a construir um “abrigo temporário” para animais, o que seria um problema por si só, assim como um serviço de recolhimento, sem estabelecer critérios para apreensão administrativa de animais e colocação no abrigo.

Várias são as preocupações expostas, tais como:

Por força da realidade sobre a questão e das experiências que fracassaram em outros lugares, este suposto abrigo temporário se tornará um lugar onde os animais poderão ficar aprisionados para sempre, pois a adoção de animais adultos é extremamente difícil e certamente o local virará um depósito e depois um ponto de abandono;

Situações de acontecimentos terríveis em outros abrigos públicos como o Canil da Prata, em Teresópolis e o Canil de Cabo Frio, onde até mesmo houve casos de canibalismo em face da falta de alimentação;

O recolhimento de animais está posto de forma genérica, de forma que poderá atingir quaisquer indivíduos que se encontrem nos logradouros públicos, mesmo animais saudáveis com tutores ou animais comunitários, literalmente adotando-se uma política ofensiva e higienista de “carrocinhas”. Esta situação poderá acarretar o confinamento de animais saudáveis juntamente com animais doentes, gerando a disseminação de doenças e, por conseguinte, o extermínio de animais por efeitos dessas doenças;

O abrigo ainda causará grande gasto e perda de recursos públicos, sendo certo que o município já deixou claro que não possui esses recursos para manutenção de tal investimento. Mostra-se pela experiência que tais investimentos seriam melhor aplicados em parcerias com universidades e veterinários, por exemplo, assim como uma campanha contínua de castração, resultando em maior eficiência desses gastos mediante melhores resultados;

O abrigo incentivará o abandono inconsequente de animais pela população. Essa situação não só deixa vulneráveis os animais aos perigos externos, como resulta em atropelamentos, por exemplo, assim também como acaba por vulnerar as pessoas que transitam na cidade em razão de potenciais acidentes;

A existência de um abrigo, e essa facilitação de abandono, fará com que as pessoas não tenham a preocupação sobre os cuidados necessários para com os animais, impedindo assim a efetividade de campanhas educacionais sobre esses cuidados e responsabilidades;

O perigo de o abrigo ser foco de disseminação de doenças, tendo em vista o acúmulo de animais saudáveis e doentes, assim como aqueles com agentes nocivos encubados.

Esses são alguns elementos colhidos durante o atendimento que podem ser vistos integralmente no documento em anexo (Ata de Atendimento).

Da análise dos autos, nota-se que durante a “instrução” (*permissa maxima venia*, terminada de forma açodada, sem a busca dos elementos técnicos necessários para análise do problema) não foi dada voz à sociedade civil.

Nos andamentos mais recentes, novamente *permissa maxima venia*, o Ministério Público foi contra a participação de entidade da sociedade civil organizada como *amicus curiae*, assim como se determinou o desentranhamento de documentos de outra entidade que contrariam o pedido autoral.

Por outro lado, o Ministério Público é seletivo sobre apontar entidades da sociedade civil e políticos que tão somente concordem com seu pedido, criando barreira à discussão democrática com a sociedade sobre tema que envolve o destino dos membros não humanos e humanos dessa mesma sociedade.

Vale lembrar que, por situação muito menos complexa e de menor alcance de efeitos sobre relação de proteção animal e sociedade, quando se enfrentou a questão do término do serviço de charretes tracionadas por cavalos, **houve um plebiscito** para orientar a questão.

Agora, mediante efeitos muito maiores na sociedade, que afetarão maior número de seus integrantes humanos e não humanos, está se utilizando de visão unitária, sem se abrir a discussão mais ampla à sociedade, para decidir uma medida controvertida e marcada por diversas experiências de fracasso catastrófico.

O que teme o Ministério Público quanto a ouvir a sociedade civil de protetores que discordam dele sobre essa questão? Que prejuízo há em se integrar na instrução outras visões diversas e ouvir outras ideias acerca do tema? Por que impedir que maiores subsídios para o julgamento mais justo adentrem aos autos?

Desta situação, podemos concluir por vários aspectos de vulnerabilidade que autorizam a habilitação da Defensoria Pública como *custus vulnerabilis*:

2.2. Vulnerabilidade das pessoas não humanas

De algum tempo a questão sobre os animais mudou de diretriz, não se encampando mais a visão clássica de sua classificação meramente como *res semovente*. Na atualidade mostra-se absurda a “coisificação” dos animais, tratando-os como se fossem sacos de cimento, ou seja, como simples objetos.

Essa realidade é patente no reconhecimento doutrinário e judicial das famílias multiespécie, em que os animais de estimação são reconhecidos como membros das famílias, não meramente como *res*, abarcando direitos próprios e deveres dos tutores para com eles.

Em termos positivos, diversas normas são inspiradas pelos princípios maiores de respeito e convivência social dos animais não humanos.

Na legislação infraconstitucional, podemos destacar a Lei nº 9605 de 12 de fevereiro de 1998, em seu artigo 32:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

No que diz respeito ao Estado do Rio de Janeiro, há o **CÓDIGO DE PROTEÇÃO AOS ANIMAIS NO ÂMBITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (Lei Estadual nº 3900 de 2002, alterada pela Lei nº 8145 de 29 de outubro de 2018)**; destacam-se os seguintes artigos:

Art. 1º Ficam estabelecidas normas para a proteção de animais - não humanos - no Estado do Rio de Janeiro, visando a defendê-los de abusos, maus-tratos e outras condutas cruéis.

Art. 2º Para efeito de aplicação dessa Lei, adotam-se as seguintes definições:

V - animais de estimação: aquele animal mantido próximo ao homem para sua companhia sem propósito, necessariamente, de reprodução;

IX - bem-estar animal: é o grau em que as necessidades físicas, mentais, comportamentais, sociais e ambientais de um animal são satisfeitas, levando em conta as características fisiológicas e etológicas da espécie;

XIII - ato de crueldade: qualquer ato, técnica ou prática, mesmo aquelas consideradas culturais e desportivas, que submetem o animal a dor, lesão, ferimento, mutilação, estresse, medo causando sofrimento e/ou dano a sua integridade física e/ou psicológica, e que utilizem instrumentos ou técnicas como esporas, sedém (tira de couro que aperta a virilha do animal), peiteira com sino, choque elétrico e/ou mecânico, torção pela cauda, torção do pescoço, descorna (retirada dos chifres) e polaco.

Art. 4º Ainda que sejam caracterizados pela autoridade competente como nocivos, capazes de ocasionar prejuízos ao meio ambiente, à saúde pública e à agricultura, as medidas tomadas em relação a esses animais não podem envolver atos de abuso, maus tratos ou crueldade.

A lei em comento traz enorme gama de vedações de tratamentos que geram sofrimento a animais, ou seja, seu caráter exemplificativo deixa evidente a plena vedação de condutas cruéis aos animais em geral, **inclusive colocação em situações de risco sanitário.**

Igualmente, temos em Petrópolis legislação e conduta social preocupadas com o bem-estar animal e meio ambiente, destacando-se como exemplos:

- 1) Lei nº 6.618 de 16 de dezembro de 2008 - Estabelece multa para maus-tratos a animais e sanções administrativas a serem aplicadas a quem os praticar, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, no âmbito do Município de Petrópolis e dá outras providências;**
- 2) Lei Municipal nº 6.545, de 16/04/2008 - Proíbe a realização de ablação parcial ou total das cordas vocais (cordotomia) em animais;**

- 3) Lei municipal nº 6.477, de 20/09/2007 - Institui no calendário oficial do Município de Petrópolis, o Dia dos Animais;**
- 4) Lei municipal nº 7.830 de 30 de agosto de 2019 – Cria o COMUPA – Conselho Municipal de Defesa dos Animais que é um órgão colegiado de composição paritária entre o Poder Público e a Sociedade Civil, de caráter permanente, consultivo, deliberativo e de assessoramento do Poder Executivo Municipal e ainda de acompanhamento das Políticas Públicas implementadas pelo Município de Petrópolis nas ações de proteção, defesa e bem-estar animal; e**
- 5) Integra o Poder Executivo Municipal, à COBEA - Coordenadoria de Bem-Estar Animal de Petrópolis, que funciona integrada à Sociedade Civil para efetivação das políticas e das diretrizes de bem-estar animal.**

Importante destacar que o bem-estar animal observa a regra das cinco liberdades (5L) como um instrumento de diagnose do bem-estar animal. As ideias centrais defendem que todos os animais devem: **a) ser livres de medo e estresse; b) ser livres de fome e sede; c) ser livres de desconforto; d) ser livres de dor e doenças; e) ter liberdade para expressar seu comportamento natural.**

Destaque-se ainda que o “plano” do Ministério Público neste feito não traz qualquer diferenciação sobre quais animais seriam recolhidos e abrigados, não respeitando questões sobre os animais comunitários, abandonados, perdidos ou com tutores e que “passeiam pelas ruas e voltam para casa”, tornando todos vítimas de apreensões e abrigamentos nocivos e ilegais.

Não se pode deixar de observar que o abrigo como proposto é um ato de constrição de liberdade abjeto, logo, atentatório dos direitos primários das pessoas.

Ademais, conforme dito pelos representantes da sociedade civil ouvidos pelo subscritor, o abrigo incentivará o maior número de abandonos de animais domésticos, até mesmo oriundos de municípios vizinhos, que serão deixados na porta do “abrigo”, em estradas e ruas de Petrópolis. Ou seja, tornará maior a vulnerabilidade das espécies não humanas, assim como superlotará o “abrigo” em curto espaço de tempo.

Igualmente, como alertado por uma das protetoras, o encarceramento indiscriminado proposto no pedido exordial, misturando-se animais saudáveis com não saudáveis, permitirá a propagação de doenças entre os indivíduos, transformando o “abrigo” em uma espécie de câmara de extermínio das espécies.

Desta forma, verifica-se que há diversas situações de vulnerabilidade animal potenciais no presente caso, oriundas da solução criada pelo Ministério Público para que se construa o abrigo de animais, fazendo-se necessário que sejam ouvidos amplamente os protetores que lidam com a questão e apresentam enorme gama de conhecimento e experiência para a busca de uma solução justa e, principalmente, que se permita ouvir e considerar a totalidade das vozes que defendem o interesse dos animais não humanos.

Por fim, a própria situação das pessoas não humanas de não poderem se fazer entender e defender diretamente seus direitos básicos, assim como de serem tratadas como objetos, e não como sujeitos, em face ainda da ignorância das pessoas huma-

nas da sociedade, evidencia às escâncaras a situação de vulnerabilidade das pessoas não humanas.

2.3. A possibilidade de a Defensoria Pública atuar como *custos vulnerabilis* por pessoa não humana

A jurisprudência pátria já aponta no sentido de considerar os animais como seres sencientes (adjetivo que define **seres vivos capazes de sentir ou perceber através dos sentidos**, um ser que possui ou consegue receber impressões ou sensações) titulares de direitos, inclusive com direito à tutela jurisdicional em nome próprio:

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. DECISÃO QUE JULGOU EXTINTA A AÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, EM RELAÇÃO AOS CÃES RAMBO E SPIKE, AO FUNDAMENTO DE QUE ESTES NÃO DETÊM CAPACIDADE PARA FIGURAREM NO POLO ATIVO DA DEMANDA. PLEITO DE MANUTENÇÃO DOS LITISCONSORTES NO POLO ATIVO DA AÇÃO. ACOLHIDO. ANIMAIS QUE, PELA NATUREZA DE SERES SENCIENTES, OSTENTAM CAPACIDADE DE SER PARTE (PERSONALIDADE JUDICIÁRIA). INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 5º, XXXV, E 225, § 1º, VII, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, C/C ART. 2º, § 3º, DO DECRETO-LEI Nº 24.645/1934. PRECEDENTES DO DIREITO COMPARADO (ARGENTINA E COLÔMBIA). DECISÕES NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO RECONHECENDO A POSSIBILIDADE DE OS ANIMAIS CONSTAREM NO POLO ATIVO DAS DEMANDAS, DESDE QUE DEVIDAMENTE REPRESENTADOS. VIGÊNCIA DO DECRETO-LEI Nº 24.645/1934. APLICABILIDADE RECENTE DAS DISPOSIÇÕES PREVISTAS NO REFERIDO DECRETO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STJ E STF). DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJPR - 7ª C. Cível - 0059204-56.2020.8.16.0000 - Cascavel - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU MARCEL GUIMARÃES ROTOLI DE MACEDO - J. 14.09.2021) (TJ-PR - AI: 00592045620208160000 Cascavel 0059204-56.2020.8.16.0000 (Acórdão), Relator: Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, Data de Julgamento: 14/09/2021, 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: 23/09/2021) – (INTEIRO TEOR EM ANEXO).

No processo acima citado, vale muito a pena destacar o seguinte ponto apresentado pelos causídicos de defesa dos animais envolvidos.

Em resposta, a ONG apresentou recurso na instância acima. A tese é de que animais não são coisas, porque possuem dignidade própria, conforme definiu o Supremo Tribunal Federal (ADI 4.983) e o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.115.916 e Resp 1.797.175).

Conforme a defesa, *'pessoa não é sinônimo de ser humano e personalidade não é atributo exclusivo do ser humano'*. 'O conceito de pessoa, para o Direito, é o ente que possui personalidade jurídica. Personalidade jurídica, por sua vez, é a aptidão ou capacidade de um ente para possuir direitos e/ou deveres', assinalaram as advogadas. Elas citam o Código Civil de 2002, que instituiu que, no Brasil, existem dois tipos de pessoas naturais: as humanas e as não-humanas.

Entre os diversos fundamentos jurídicos da decisão acima, podemos também destacar o seguinte:

[...] a Declaração de Toulon, proclamada oficialmente no dia 29 de março de 2019 durante sessão solene do seminário sobre a personalidade jurídica do animal, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Toulon (França), dentre outras inovações, previu que de uma maneira universal, os animais devem ser considerados tal como pessoas, e não coisas, além de que, por consequência, a qualidade de pessoa no sentido jurídico deve ser reconhecida aos animais. Outrossim, declarou-se, ainda, que: os animais devem ser considerados como pessoas físicas não-humanas e, no que mais importa, que o reconhecimento da personalidade jurídica do animal se apresenta como uma etapa indispensável à coerência dos sistemas jurídicos. Por fim, concluiu-se que aos olhos do Direito, a situação jurídica do animal mudará pela sua elevação ao nível de sujeito de direito.

Outrossim, a CF de 1988, em seu festejado art. 5º, XXXV, consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, nada podendo ser obstruído do acesso ao Poder Judiciário, seja ameaça ou lesão de direitos. Dito de outro modo, todo titular de direitos substantivos tem capacidade de ser parte em processo judicial, sem o que a garantia de acesso à justiça seria ineficaz e sem utilidade prática.

Então está evidente que se as pessoas não humanas são titulares de direitos materiais e do exercício do direito de ação individualmente, assim como se o conceito de pessoa não se limita aos seres humanos, igualmente é possível a defesa dos seus direitos em caráter coletivo, logo permitindo-se à Defensoria Pública atuar em seu favor como *custos vulnerabilis*.

Desta forma, de acordo com a análise das preocupações expostas pelos especialistas e os fatos notórios sobre o fracasso de vários abrigos pelo país, não se pode duvidar de que a medida pretendida pelo Ministério Público torna vulnerável por diversos aspectos a população de cães e gatos de Petrópolis, o que facilmente se conclui pelas declarações constantes nos documentos em anexo.

A situação de vulnerabilidade dos animais que estão sendo “coisificados” no presente feito exige o equilíbrio dialético no processo através da atuação específica da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*. **Ademais, a vulnerabilidade das pessoas não humanas é evidente mediante o tratamento social como objeto e sua impossibilidade de autonomamente fazer valer seus direitos.**

Os exemplos e preocupações expostas pela sociedade civil exigem que esta seja ouvida de forma mais abrangente e, principalmente, democrática, voltados à construção de uma solução judicial mais abrangente e esclarecida sobre todos os efeitos e consequências do “abrigo”, ou mesmo, ainda que este D. Juízo entenda no sentido da procedência deste pedido, que de forma estruturante se construa uma decisão que salvguarde e previna os perigos expostos neste documento.

As pessoas não humanas são integrantes da sociedade e, ainda que não tenham voz própria compreensível aos humanos, são representadas pela totalidade da sociedade humana em todos os vieses de entendimento dos que zelam pelos seus interesses (protetores, ONGs, etc.). Não se pode limitar a solução da questão a apenas um posicionamento, para o qual, pelo que consta nos autos, não foi trazido nenhum estudo e embasamento que fundamentasse a ideia do abrigo como funcional e compatível às necessidades da cidade.

Sendo assim, por todo exposto, requer:

- a)** A imediata habilitação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* (guardião dos vulneráveis como fiscal da efetivação dos direitos dos vulneráveis) neste processo destacado, diante da necessidade de pluralização e democratização do debate, bem como da tutela de direitos de pessoas não humanas naturalmente vulneráveis, conforme os argumentos acima lançados;
- b)** A designação de audiência especial, permitindo-se a palavra aos representantes da sociedade civil elencados no documento em anexo.

Nestes Termos

Pede Deferimento.

Petrópolis, 03 de agosto de 2022.

LEONARDO MERIGUETTI

Defensor Público

fls.

Processo Eletrônico

Processo:0026285-69.2018.8.19.0042

Classe/Assunto: Ação Civil Pública - Vigilância Sanitária e Epidemiológica <Réu (Tipicidade)|74|1>
Polo Ativo: Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO
Polo Passivo: Réu: MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS e outro

Decisão

Fls. 666/678 c.c. 679/748, petição da Defensoria Pública - "Custus Vulnerabilis".
Fls. 756/761, petição do Ministério Público.
Fls. 765/786 c.c. 791/812, petição do Município de Petrópolis.
Fls. 818/819, petição da Defensoria Pública.

Em que pesem os judiciosos argumentos esposados pela Exma. Promotora de Justiça Zilda Januzzi Veloso Beck, este julgador entende que a admissão da Defensoria Pública na qualidade de "custus vulnerabilis" encontra amparo não apenas nos progressistas entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a temática da "descoisificação" dos animais, mas, sobretudo, no princípio constitucional do devido processo legal, pois, sem resquícios de dúvidas, terá o condão de ampliar a discussão e potencializar o contraditório e ampla defesa.

Portanto, DEFIRO o pedido e ADMITO a participação da Defensoria Pública nestes autos como "custus vulnerabilis".

Todavia, exerço o juízo positivo de retratação com relação à designação de Audiência Especial porquanto estou convencido de que os argumentos que seriam expostos no referido ato de natureza extraordinária deverão ser eternizados mediante a apresentação de alegações finais.

Assim, com fulcro na regra inserta no § 2º do artigo 364, CPC, CONCEDO, de forma democrática e participativa, o prazo comum e de 30 (trinta) dias úteis, a contar da intimação eletrônica desta decisão, para que os litigantes e os personagens admitidos nesta relação processual possam, derradeiramente, apresentar as suas razões finais.

Após, voltem conclusos para sentença.

Petrópolis, 14/10/2022.

Jorge Luiz Martins Alves - Juiz Titular

Código de Autenticação: **4YY6.494L.JIJV.M9H3**

Este código pode ser verificado em: www.tjrj.jus.br – Serviços – Validação de documentos



HABILITAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO COLEGITIMADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE CARÁTER ESTRUTURAL E MULTIPOLAR ENVOLVENDO DIREITO À MORADIA

Susana Cadore Nunes Barreto

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios na Universidade Federal Fluminense (UFF)

Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA)

Especialista em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: apresenta-se agravo de instrumento interposto no bojo da Ação Civil Pública (ACP) 0486058-50.2011.8.19.0001, proposta pelo Ministério Público em face do Município do Rio de Janeiro e do Estado do Rio de Janeiro, para apurar situação de risco de escorregamentos geológicos em comunidade situada dentro de Área de Especial Interesse Social. Na fase de conhecimento da ACP, as famílias que seriam diretamente afetadas por eventuais decisões, em especial por eventuais ordens de remoção, não contaram com nenhuma representação/ participação de seus interesses no processo. Em fase de execução do julgado, iniciou-se movimento de remoção das famílias, em meio à pandemia de coronavírus de 2020. A atuação da Secretaria Municipal de Habitação ocorreu em desconformidade com diversos princípios constitucionais, leis federais, estaduais e lei orgânica do Município bem como intenções internacionais sobre regularização fundiária e urbanística referentes à moradia de baixa renda. Houve decisão em primeira instância negando o pedido de habilitação da Defensoria Pública, o que ensejou o agravo de instrumento em análise. O recurso recebeu a concessão de efeito suspensivo ativo para fins de habilitação da Defensoria Pública como colegitimada, devidamente confirmada em decisão definitiva. O caso possui características de processo estrutural por envolver multipolaridade de interesses, necessidade de decisões em cascata e definição de planos de atuação, de forma a reformular o agir de instituições estatais que sistematicamente infringem direitos fundamentais, no caso o Direito à Moradia. A peça processual defendeu a imprescindível participação no processo daqueles que serão diretamente afetados pela decisão judicial.

Palavras-chave: direito à moradia; processo coletivo; processo estrutural; participação; representatividade adequada.

EXMA. SRA. DRA. DESEMBARGADORA DA 19^a CÂMARA CÍVEL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Distribuição por prevenção ao acórdão proferido no processo 0486058-50.2011.8.19.000

URGENTE

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, inscrita no CNPJ sob o nº 01.700.151/0001-15, com sede na Avenida Marechal Câmara, nº 314, Centro, Rio de Janeiro, RJ, com lastro no art. 5º, XXXV e LXXIV, e art. 134, caput, da Constituição da República, art. 5º, II, §2º, da Lei nº 7.347/85, art. 4º, VII, VIII, X e XI, da Lei Complementar nº 80/94 e art. 179, caput, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, vem, através do Núcleo de Terras e Habitação, com endereço na Rua São José, 35 – 13º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP: 20.010-0, nos termos do art. 994, II c/c art. 996 do CPC interpor:

AGRAVO DE INSTRUMENTO
COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO

Em face de **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, inscrito no CNPJ nº 28.305.936/0001-40, com endereço na Av. Nilo Peçanha. N.º 151, 5º andar – Centro – Rio de Janeiro – CEP 20020-100 | (21) 2240-2931 - Fax: (21) 2262-322, **MUNICÍPIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, pessoa jurídica de direito público interno, CGC/MF 042498733/0001-48, com sede na Rua Afonso Cavalcanti, nº 455, Centro, Rio de Janeiro/RJ e **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, pessoa jurídica de direito público interno, que deverá ser citado na pessoa de seu Procurador, na Av. Dom Manuel, nº25, Centro, Rio de Janeiro/RJ, ora AGRAVADOS, nos termos do art. 1.015 do CPC, pelas razões de fato e direito a seguir:

O presente recurso é tempestivo, eis que interposto em face da r. decisão de fls. 2303/2304, proferida em 028/07/2020, antes mesmo da intimação pessoal da Defensoria Pública. **A decisão indeferiu a intervenção de terceiros com a participação de colegitimado em Ação Civil Pública, além de ter sido proferida em sede de execução em Ação Civil Pública desafiando a hipótese do art. 1.015, IX e parágrafo único do CPC**, o qual prejudica inegavelmente a recorrente, causando lesão grave e difícil reparação aos substituídos processuais.

Desnecessário o preparo com custas, eis que a Defensoria Pública atua na forma de garantir assistência jurídica integral e gratuita a seus substitutos processuais, bem como em razão de tratar-se de ação civil pública, estando dispensadas custas na forma do art. 18 da LACP.

Informa que os autos dos quais se origina a decisão recorrida são eletrônicos, aplicando-se a regra do artigo 1.017, §5º, do CPC.

Nestes Termos

Pede Deferimento

Rio de Janeiro, 30 de julho de 2020.

Egrégio Tribunal,

1. BREVE SÍNTESE

1.1. Ação Civil Pública Com Acórdão Que Condiciona Eventual Remoção a Perícia Judicial

Trata-se o processo originário de Ação Civil Pública em fase de execução.

A ação civil pública foi proposta há mais de nove anos pelo Ministério Público em face do Município do Estado do Rio de Janeiro e do Estado do Rio de Janeiro, sob o argumento de que trataria preventivamente da grave situação de risco de deslizamentos e escorregamentos geológicos na região onde situa-se a comunidade M. P., a qual é reconhecida como Área de Especial Interesse Social pela Lei Municipal 6.026 de 2015.

Em 08/07/2013, foi julgada a ação parcialmente procedente. Ocorre que, após oposição de apelação por todas as partes, em sede de segundo grau, o acórdão deu provimento parcial ao recurso do Município, em 30/01/2015, nos seguintes termos:

Isto posto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** aos recursos interpostos pelo Estado do Rio de Janeiro e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e dar **PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do Município, tão somente para limitar a condenação relativa à execução de medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística às áreas classificadas como de alto risco, após apurado através de perícia técnica, conforme exposto na inicial, mantendo a sentença nos demais termos.

Depois disso, em 17/03/2015, foram propostos Recursos Constitucionais sem a concessão de efeito suspensivo, tanto no STF quanto no STJ, sendo ambos inadmitidos, ainda que agravados. Assim, transitou em julgado o acórdão em 06/02/2019.

A lei municipal 6.026 de 2015 reconheceu a comunidade como Área de Especial Interesse Social.

Ainda que envolvendo a mencionada comunidade, esta nunca foi sequer notificada, não obstante em inicial tenha-se feito tal pedido, nunca apreciado e nem efetivado.

No relatório que embasa a ação foram identificadas áreas de risco alto e baixo risco. Dentre as soluções técnicas, foram elencadas 4 (quatro) formas de atuação: "1. obras de contenção de encosta; 2. obras de estabilização de encosta; 3. obras de drenagem da encosta; 4. realocação das residências situadas em áreas de risco".

Em inicial foi esclarecido que: "A ordem em que foram listadas não é coincidência. A realocação de residências é medida extrema que só deve ocorrer em último caso, quando todas as outras alternativas se mostrarem completamente inviáveis." Elencaram como causa de pedir o art. 429, VI da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro e o art. 15 do Plano Diretor.

1.2. Perícia Não Realizada e Inovação do Ministério Público em Sede de Execução requerendo Remoção

Em 11/03/2019, foi requerido pelo Ministério Público o início da prova pericial determinada pelo v. acórdão de fls. 1448/1451, cujo escopo é identificar as áreas

classificadas como de alto risco geológico na comunidade, onde os réus deverão executar, em cumprimento ao julgado, medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística visando à solução do problema.

A perícia foi deferida em 21/03/2019, sendo nomeado i. perito e tendo sido apresentado quesitos. A primeira i. perita designada declinou do encargo e, assim, outros 9 peritos, até a presente data.

Em 24/04/2019, de ofício, requereu o MM Juízo, sem atentar para o fato de inexistência de qualquer liminar em vigor, o seguinte:

(...) impõe-se a comprovação inequívoca do cumprimento da decisão judicial proferida nestes autos (pdf. 88) no sentido de proteger a população que reside na área de risco descrita na inicial, intimem-se, pessoalmente, o exmo. sr. prefeito do rio de janeiro e o exmo. sr. governador do estado do rio de janeiro para ciência da presente demanda e para que, por meio da respectiva procuradoria-geral do município e do estado do rio de janeiro, comprovem nos autos, no prazo de 48 (quarenta e oito horas), o cumprimento da decisão antecipatória proferida nesta demanda.

Governador e Prefeito foram intimados pessoalmente, conforme fls. 1730/1736. Importante observar que aludem as petições ao cumprimento de tutela antecipada, a qual, porém, foi suspensa e não confirmada em v. acórdão, que condicionou qualquer intervenção na área de alto risco somente após realizada perícia judicial. Assim, feito pedido de fixação de multa pelo Ministério Público “pelo descumprimento da tutela antecipada”, a mesma foi negada nos seguintes termos:

Pdf. 1744 - Indefiro o requerimento de fixação de multa por eventual descumprimento, uma vez que prematuro, na medida em que não se delimitou a área em que se dará a intervenção estatal, nos moldes definidos pelo v. acórdão de pdf. 1409 (fls. 1748).

Em petição do Estado, às fls. 1768, juntando-se laudos produzidos pela Secretaria de Estado de Defesa Civil, afirma que, de acordo com o que relatado pelo Subsecretário Olavo Amorim de Andrade, da SEINFRA:

A equipe da SEINFRA, após contato com moradores, militares da UPP da localidade e da Sra. Letícia, do gabinete do Secretário Municipal de Infraestrutura e Habitação, constatou conforme despacho às fls. 41 a 47, a inexistência de um local com risco alto ou médio de deslizamento de encostas.

Às fls. 1.832, o próprio Ministério Público reconhece a necessidade de perícia, sendo que até aquela data já havia mais de 5 (cinco) peritos que declinaram da nomeação.

Às fls. 1.863, o Município informa que:

após reunião entre a Subsecretaria de Habitação e a Fundação Geo-Rio, foi executado o mapeamento das residências e delimitação de faixa de 5 metros de afastamento, que apesar de haver indícios de movimentação do terreno, apresenta suscetibilidade para ocorrência de movimentação geológica no local. A matéria foi enviada à Coordenadoria de Operações Especiais (IH/COOPE), para notificação dos ocupantes e ações decorrentes.

Assim, DE OFÍCIO, o MM Juízo, em sede de execução de sentença, determina:

Em que pese a manifestação do Estado de pdf. 1768 informando a inexistência de local com risco alto ou médio de deslizamento de encostas no local, o Município, em pdf. 1863, trouxe aos autos informação de que existem áreas com “susceptibilidade para ocorrência de movimentação geológica no local” (sic). Diante das informações trazidas pelo Município, bem como a premência de se identificar e isolar locais cujos riscos de deslizamentos se acentuarão com a chegada das chuvas de verão, expondo a população nela residente a situação de perigo extremo, determino, em caráter de urgência: 1 - A intimação, por Oficial de Justiça, do Secretário de Estado de Defesa Civil, do Secretário Municipal de Defesa Civil do Município do Rio de Janeiro e o Presidente da Geo-Rio a fim de que realizem, na Comunidade do Morro M. P., vistoria e laudo técnico informando se há área classificada como sendo de alto risco de deslizamento, bem como se existe perigo iminente de deslizamento. 2 - Intimem-se, pessoalmente, o Exmo. Sr. Prefeito do Rio de Janeiro e o Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro para ciência da presente demanda e para que informem as medidas preventivas adotadas e cronogramas de obras com início de execução.

Neste cenário, foi juntada pela Defesa Civil uma vistoria visual, a qual conclui:

Vistoria — Descrição restrita a uma **análise técnica visual.**

Trata-se de vistoria na comunidade do morro M. P., “Comunidade do K. K.”, que ocupa o topo de um maciço rochoso, inclinado à 90°, com altura superior a 40m, intemperizado, com fraturas nas rochas, e vegetação com capas de solos próximas à base. Em vistoria à área vermelha, classificada como de alto risco de acidentes geotécnicos pela GEORIO, acessada pela Rua M. P., 200 fd, verificou-se exatamente ao longo da borda do topo desse maciço rochoso, uma sequência de imóveis em concreto-armado e alvenaria de tijolos, verticalizados, construídos sem embasamento técnico, e sem cumprimento das legislações urbanísticas e de uso e ocupação de solo. Em algumas construções, a ausência de base rochosa fazia com que a estrutura dos imóveis avançasse em balanço para fora do maciço. Na maioria dos imóveis constatou-se despejos irregulares de esgotos brutos, diretamente nas encostas do “paredão rochoso”, escoando sobre vegetação e capas de solos à jusante, com riscos potenciais de deslizamentos à meia-altura para a base, além da volatilização destes despejos, tornando a área insalubre.

Na ocasião da vistoria não havia quadro de riscos iminentes de deslizamentos e de desabamentos, entretanto o quadro diário de despejos irregulares de esgotos no maciço rochoso, favorece acelerações nas intempéries do mesmo, com riscos potenciais de deslocamentos nas fraturas e de desabamentos nos imóveis localizados nesta área vermelha. Consta nesta SUBPDEC informações de que para esta comunidade não há sistema de alarme por sirenes, porém existe sistema de alerta, que se dá por mensagens de SMS, informando a comunidade sobre os índices pluviométricos na região e da necessidade de buscarem abrigo em ponto de apoio, na EM General Mitre — Rua Farnese, 39.

Às fls. 1961/ 1962, o Município aduziu que:

Está em andamento um plano de intervenção que consiste na remoção de 19 (dezenove) moradias na localidade considerada de alto risco de acidentes geotécnicos, a cargo da Secretaria Municipal de Habitação. A Secretaria Municipal de Habitação está sendo novamente ouvida para atualizar as informações quanto às remoções previstas para a localidade. Por fim a GEO-RIO informou que a comunidade possui um sítio geológico bem definido onde não cabe a ação de instar um sistema de alerta, visto que não seria eficiente

para evitar o risco de acidentes, uma vez que os processos deflagradores dos acidentes na localidade não estão relacionados aos índices pluviométricos, mas sim a conformação geológica do local.

Assim, às fls. 2068/2069, surpreendeu o Ministério Público ao requerer, para além da remoção das 19 casas listadas como risco pelo Boletim de Ocorrência da Subsecretaria de Proteção e Defesa Civil da Subsecretaria Municipal de Ordem Pública, a remoção de 35 moradias na área de alto risco geológico, o que foi afirmado pelo Ministério Público ser resultado de “informações confirmadas pela própria Associação de Moradores (fl. 1.956)”.

Destarte, foi feito pedido de remoção das 35 casas, que ainda que se aduza terem sido identificadas no Boletim de Ocorrência nº 21.630/2019, o certo é que, segundo o Ministério Público decorrem de “informações confirmadas pela própria Associação de Moradores”. Foi ainda feito pedido “*CARACTERIZANDO a faixa com cerca de 5 metros de afastamento da crista do corte em rocha como área non aedificandi*”, sendo tal pedido feito da seguinte forma:

[...] (ii) adotem medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística, **REMOVENDO, IMEDIATAMENTE**, os moradores das 35 (trinta e cinco) moradias localizadas nas áreas consideradas de alto risco, identificadas no Boletim de Ocorrência nº 21.630/2019, **com a consequente realocação dos mesmos, através dos mecanismos já existentes e em uso pelas Secretarias Municipal e Estadual de Habitação e de Assistência Social, e CARACTERIZANDO a faixa com cerca de 5 metros de afastamento da crista do corte em rocha como área non aedificandi.**

O pedido foi deferido às fls. 2081, ao argumento de que a situação de risco se encontra incontroversa e aduzindo, equivocadamente, que há pelo menos 35 moradias em risco geológico.

1.3. Atuação da Secretaria Municipal de Habitação, que em Meio à Pandemia não Oferece Reassentamento, mas Ameaça Moradores com Imposição de “Aluguel Social”

Diante desse cenário, e sendo iminente a remoção das famílias, ainda que *CONDICIONADA A REASSENTAMENTO PRÉVIO*, a Defensoria Pública, diante de sua representatividade adequada, pois em contato com os moradores afetados, requereu sua inclusão como colegitimada no feito.

Isso para resguardar os interesses da Comunidade, em especial a manutenção do v. acórdão, que foi claro em determinar que, somente após perícia judicial que definisse a necessidade de execução de medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística às áreas classificadas como de alto risco é que haveria a possibilidade de intervir-se na comunidade para pensar em eventual reassentamento, caso necessário.

É que os moradores da comunidade, os quais nunca tiveram ciência do processo, ainda que este tenha quase dez anos, passaram a ser aterrorizados pela Secretaria Municipal de Habitação, depois que a Defesa Civil, após realizar vistoria visual das casas, expediu laudos de Interdição.

Em plena pandemia de coronavírus, diante de um processo de 10 anos de duração, resolve decidir contra o acórdão prolatado, e além de não oferecer as alternativas habitacionais definitivas, como uma unidade habitacional, ou indenização pelas casas, a Secretaria Municipal de Habitação começou a coagir os moradores que residem em uma área declarada como de ESPECIAL INTERESSE SOCIAL a se mudarem e aceitarem o denominado “aluguel social”.

Para além da atitude ilegal de não se apresentar um laudo de risco minimamente decente, e também sobre a impossibilidade de mitigação, eis que se está diante de Área de Especial Interesse Social, o que por si só já seria uma afronta às políticas públicas de Habitação definidas em Lei, deve ser registrado o absurdo da conduta Municipal, eis que forçar pessoas a deixarem suas casas em meio a uma pandemia, além de desumano, é um risco muito maior do que o suposto risco geológico nunca comprovado.

A Secretaria Municipal de Habitação impõe aos moradores atitude de terror e longe dos parâmetros da lei, que determina, no mínimo, **participação da comunidade interessada e das entidades representativas na análise e definição das soluções e assentamento em localidades próximas dos locais da moradia ou do trabalho, se necessário o remanejamento**, na forma do art. 429 da Lei Orgânica Municipal.

Aterrorizar moradores em meio à pandemia de coronavírus para que deixem suas casas, oferecendo como única opção a colocação dos moradores em benefício temporário de aluguel social de R\$ 400,00 reais, o que, na prática, somente faz esses moradores se removerem para outra área de risco da Cidade, é agir de forma, além de ilegal, desumana. Impor às pessoas buscarem novas residências, realizar mudanças, mudar crianças de escola, etc, em meio a uma pandemia, é colocá-las em risco desproporcional e muito maior do que o risco incomprovado de que suas casas, que se encontram ali sedimentadas há pelos menos 60 anos, possam oferecer.

Inacreditavelmente, pretende-se desalojar, sem maiores discussões ou cumprimento de ordem judicial de segunda instância que determina perícia, e mais, sem observância dos princípios de reassentamento em local próximo e com ampla discussão, em um momento que sequer os órgãos municipais estão funcionando em sua normalidade, inclusive impedindo reuniões e recolhimento de informações junto à Secretaria Municipal de Habitação, para melhor solução para o caso.

Diante de todo o exposto, a Defensoria Pública requereu sua participação no feito, a fim de bem exercer a Ampla Defesa e o Devido Processo Legal, cessando, de qualquer forma, qualquer atitude de remoção enquanto a Cidade não retornar a sua normalidade, nos termos do Plano de Retomada da Cidade, instituído pelo Decreto 47.488 de 02/06/202, eis que qualquer remoção afrontará as regras de ouro, não havendo qualquer justificativa para a realização de ação municipal neste momento.

Prevê o programa a reabertura gradual das atividades paralisadas em função da pandemia em seis fases. Durante o processo, os números da pandemia serão acompanhados, de maneira que o ingresso na fase seguinte somente ocorrerá mediante a melhora do quadro, levando-se em conta critérios estabelecidos por especialistas das mais diversas áreas, sendo certo que não está descartado o retrocesso a fases anteriores se a realidade indicar ser necessário o retorno. A sexta e última fase, por óbvio a menos restritiva, se caracteriza pela ampla liberalização das atividades, observadas certas

regras. A maior abertura, caracterizadora da fase derradeira, decorre da conclusão de que o risco à população em muito se reduziu e já não é significativo.

Não há qualquer justificativa para impor-se aos moradores que moram em suas casas há mais de 60 anos que realizem a busca de novos lares e casas em meio a uma pandemia.

2. DA R. DECISÃO AGRAVADA

O presente recurso é interposto contra decisão interlocutória que, após pedido de intervenção da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro como colegitimada em Ação Civil Pública, em fase de execução, foi assim decidida:

(...) Desse modo, tendo em vista que há decisão transitada em julgado determinando, caso necessário, a remoção e realocação dos moradores, incabível a habilitação pretendida pela Defensoria Pública visando rediscutir determinação atingida pela coisa julgada.

Observe-se que a habilitação da Defensoria Pública como legitimada na fase de cumprimento de sentença somente iria tumultuar o prosseguimento do feito.

4.1. Ademais, a perícia técnica pretendida pela Defensoria Pública já está em fase de realização.

Em face do exposto, indefiro o pedido de habilitação da Defensoria Pública como legitimada.

Passamos a inicialmente demonstrar a nulidade da r. decisão, não fundamentada, requerendo com urgência sua reforma em segunda instância, para que se defira a participação da Defensoria Pública no processo, em efeito suspensivo ativo, deferindo-se os pedidos formulados por esta colegitimada, pelos motivos que passamos a expor.

3. PRELIMINARMENTE: NULIDADE DA DECISÃO

APLICAÇÃO DE CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO: "TUMULTO PROCESSUAL"

NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO DA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E CDC

Como é cediço, e determinado em lei, as decisões judiciais, primeiro por comando constitucional (art. 93, IX da CR) e depois por comando infralegal (art. 489 §1º do CPC), devem ser fundamentadas, estando desde já tais dispositivos pré-questionados.

Ocorre que, *permissa venia*, como se lê da r. decisão agravada, esta nega a participação da Defensoria Pública no processo em questão, já em fase de execução, com base tão somente em "tumulto processual".

Neste cenário, sendo "tumulto processual" um conceito jurídico indeterminado, sem qualquer definição objetiva da lei, e fruto tão somente das crenças pessoais de cada um, e no caso específico, do i. julgador de piso, faz-se necessário arguir a nulidade

da r. decisão, **e exigir seu fundamento com base legal**, com fundamento no art. 489, §1º, II do CPC, *in verbis*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

4.2. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Para além das crenças pessoais do que seria “tumulto processual”, **deveria, s.m.j, o MM Juízo ter enfrentado a lei e os artigos que determinam a participação de colegitimados**, e caso assim não entendesse, justificar qual o motivo da negativa de aplicação dos seguintes artigos, que no sistema jurídico vigente, permitem a participação dos colegitimados em Ações Cíveis Públicas. Confira-se:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

II - a Defensoria Pública;

4.3 . § 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

(...)

§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

Assim, necessário se faz que se anule a r. decisão, aplicando-se o art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, e ainda ao art. 97 e 98 do CDC, que justamente em sede de execução permitem a liquidação e execução da sentença pelos afetados pela decisão, *in verbis*:

Art. 97. **A liquidação e a execução de sentença** poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, **assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.**

Art. 98. **A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82**, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

Preclaros Julgadores, exatamente o que se quer assegurar é a correção da execução, com respeito à autoridade da coisa julgada, que foi modificada pela r. decisão de

fls. 2.080/2.082, sendo este o motivo de intervenção deste colegitimado, que atua nos interesses dos moradores, desrespeitados e assediados pela SMH em plena pandemia do coronavírus a deixarem suas casas, sem que tenha ocorrido a perícia determinada em segundo grau.

Importante observar que o próprio Ministério Público não se opôs ao pedido, conforme fls. 2241/2242, estando o MM juízo *a quo* a indeferir questão que inclusive pode ser objeto de negócio processual entre as partes.

Ademais, estando a ação, como reconhecido pelo próprio MM Juízo, em fase de execução, e estando exatamente a perquirir-se a autoridade da coisa julgada, inovada pela r. decisão de fls. 2.080/2.082, que deferiu atuação da SMH, sem perícia, o que será melhor explicado adiante, faz-se ainda mais nula a r. decisão, que é absolutamente contraditória ao acórdão proferido por esta C. Câmara, eis que qualquer atuação da SMH estaria condicionada a perícia, e a reassentamento prévio caso comprovado o risco, como determinado em acórdão.

Assim, postula-se pelo recebimento do presente agravo, conferindo-se-lhe Efeito Suspensivo Ativo, para admitir a Defensoria Pública como colegitimada na ação, afastando-se o conceito jurídico indeterminado que negou a participação, qual seja, "tumulto processual", e aplicando-se o artigo 5º da LACP e os artigos 97 e 98 do CDC.

Sendo reformada a r. decisão para incluir-se a Defensoria Pública como colegitimada, certo é que, no mérito, deve ser apreciada, em nome da teoria da causa madura, a necessidade de revogação da decisão que deferiu remoção, e a mais, em mantendo-se a remoção, a necessidade de implementar-se forma legal de atuação na Comunidade para prover o reassentamento, o que passamos a expor.

4. INTERVENÇÃO DO COLEGITIMADO

REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA DA DEFENSORIA PÚBLICA – CONTATO DIRETO COM A COMUNIDADE

CONFLITO COMPLEXO QUE NECESSITA DA PARTICIPAÇÃO DOS OCUPANTES DE ÁREA ONDE SE REQUER REMOÇÃO

A Defensoria Pública é Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, conforme previsto no art. 134 da Constituição Federal. Na mesma senda, consoante disposto no art. 3º-A da Lei Complementar nº 80/94, são objetivos da Defensoria Pública, entre outros, a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais, bem como a prevalência e efetividade dos direitos humanos.

Entre suas funções institucionais, previstas no artigo 4º do mesmo diploma legal acima referido, está a promoção da ação civil pública para garantir os direitos e interesses de grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado, tais

como **peças em situação de extrema pobreza**, estando mais do que atendido o requisito da pertinência de atuação da Defensoria Pública.

A Defensoria Pública foi procurada por grupo de moradores residente na comunidade chamada de M. P., depois que passaram a receber agentes da Prefeitura e da Defesa Civil, notificando-os sobre risco e necessidade de deixarem suas casas.

Não há dúvida de que há interesses individuais homogêneos dos atingidos pela determinação de remoção, sem que nunca tenham estes sequer tomado conhecimento ou participado do feito.

Isto porque a presente ação foi proposta há mais de nove anos pelo Ministério Público em face do Município do Estado do Rio de Janeiro e do Estado do Rio de Janeiro, mas NUNCA ENVOLVEU A MENCIONADA COMUNIDADE, que sequer notificada foi, não obstante em inicial tenha-se feito tal pedido, nunca apreciado e nem efetivado.

Destarte, ainda que muito preocupadas todas as partes originais desta ação coletiva em proteger o meio ambiente, a cidade e até a própria vida das pessoas supostamente em risco, o que se verifica no estágio atual do processo é que a remoção foi determinada com fulcro em criar-se área *non aedificandi*, e não com comprovação do risco, como determinado em v. acórdão que decidiu interferências na comunidade **somente após perícia técnica**.

Deve-se lembrar que diante da complexidade do conflito, remoções são a última opção legalmente prevista em nosso sistema legislativo, e que para tal impõe-se a oitiva dos possuidores do “Núcleo Urbano Informal Consolidado”, sendo devidamente prevista na lei Orgânica do Município a necessidade de participação da comunidade no processo de urbanização, na forma do art. 429, VI, b da Lei Orgânica Municipal, uma vez tomada a decisão administrativa pelo **REASSENTAMENTO**. Confira-se:

Art. 429 A política de desenvolvimento urbano respeitará os seguintes preceitos:

VI - urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa renda, sem remoção dos moradores, salvo quando as condições físicas da área ocupada imponham risco de vida aos seus habitantes, hipótese em que serão seguidas as seguintes regras:

- a) **laudo técnico do órgão responsável;**
- b) **participação da comunidade interessada e das entidades representativas na análise e definição das soluções;**
- c) **assentamento em localidades próximas dos locais da moradia ou do trabalho, se necessário o remanejamento;**
(...)

No sentido da necessidade de participação dos moradores do conjunto, os quais são diretamente impactados por uma política pública de remoção sem comprovação do risco, invocamos o magistério de Edilson Vitorelli:

A dificuldade de identificação não deve autorizar o tratamento dos indivíduos como uma massa amorfa, irrelevante para a condução do litígio, como se ele não fosse surtir, nas vidas de uma parte deles, impacto concreto e imediato, que não ocorrerá nas vidas das outras pessoas que não compõem aquela sociedade. A adoção irrefletida do binômio indivisibilidade dos direitos – indeterminação dos titulares têm implicado o tratamento dos litígios coletivos que se enquadram nessa terceira categoria como se fossem litígios transindividuais globais, ou seja,

como se não impactassem diretamente na vida de qualquer pessoa. Isso permite que a vontade do legitimado coletivo, acatada ou não pelo juiz, se converta na vontade da coletividade, a ser recoberta, futuramente, pelo pesado manto de imutabilidade da coisa julgada. Indivisibilidade – indeterminação tem sido uma fórmula de eliminação da complexidade social no âmbito do processo, o que, ainda que pareça vantajoso, é, em verdade, prejudicial à qualidade de seu resultado, já que reduz as informações disponíveis para orientar a atuação dos sujeitos processuais, no sentido da obtenção de uma solução adequada, à luz da complexidade dos fatos. Em outras palavras, não é vantajoso simplificar um processo se o conflito que ele se propõe a resolver não é simples. Além disso, a despersonalização do litígio contribui para a subtração do processo da crítica pública, pois reduz o peso das objeções de pessoas efetivamente afetadas pelas consequências negativas da lesão ao direito transindividual subjacente, às quais não se atribui especial relevância, eis que não se permite que elas se afirmem titulares do direito violado. Obscurece-se, dessa forma, o fato de que, se todos perdem com a poluição de um rio, perdem muito mais as pessoas que habitam ao seu redor e que dele retiram o seu sustento.

A presente ação tem como escopo garantir o direito de informação de toda a população, bem como sua participação em processo de remoção não justificado, sendo intenção da Defensoria Pública fazer representar os interesses do direito de moradia dos moradores da Comunidade M. P., Fundos (suposta área de alto risco), em especial a participação da Comunidade na tomada de decisões, considerando as condutas praticadas pelo Município do Rio de Janeiro, no intuito de desocupar a área, sem, contudo, a existência de um cronograma de reassentamento.

Destarte, nesta perspectiva, requer-se que, para além do Ministério Público, seja habilitada a Defensoria Pública na qualidade de colegitimada com representatividade adequada da comunidade envolvida, merecendo ser habilitada na condição de litisconsorte, seja ativa ou passiva, considerando a multipolaridade, estando descaracterizada a estrutura bipolar do litígio individual, conforme lição de Sergio Cruz Arenhart:

Provavelmente, uma das características mais marcantes do litígio estrutural é a multiplicidade de interesses que se inter-relacionam sobre o objeto do litígio. Ao contrário do litígio tradicional, de estrutura bipolar – ou seja, com dois polos bem definidos, um buscando algo e outro resistindo a essa pretensão – o conflito estrutural trabalha com a lógica da formação de diversos núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema a ser tratado.

Ademais, é preciso lembrar que os diretamente afetados por eventual remoção exercerão seu direito ao contraditório no momento oportuno, assim que forem devidamente notificados, CASO COMPROVADA POR PERÍCIA A NECESSIDADE DE EVENTUAL REMOÇÃO, quando deverão ser discutidas com amplitude as opções de reassentamento, sendo que neste feito, exatamente por não terem exercido qualquer contraditório, valem-se dos termos do art. 506 do CPC.

O grupo, por ora, vale-se do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor para requerer o cumprimento da coisa julgada *in utilibus*, para requerer-se a realização de perícia, com urgência:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

Destarte, nesta perspectiva, requer-se que, para além do Ministério Público, seja habilitada a Defensoria Pública na qualidade de colegitimada com representatividade adequada da comunidade envolvida, merecendo ser habilitada na condição de litis-consorte da presente Ação Civil Pública.

5. ACÓRDÃO QUE DETERMINA PERÍCIA E OBRAS

AFRONTA À COISA JULGADA

VISTORIA VISUAL QUE NÃO SUBSTITUI PERÍCIA TÉCNICA

“PEDIDO” EM FASE DE EXECUÇÃO QUE REQUER REMOÇÕES SEM LAUDO

E INSTITUIÇÃO DE “FAIXA NON AEDIFICANDI”

Como acima colocado, já ocorreu o julgamento do feito, não havendo como falar-se em remoção sem a realização de perícia, em especial para 35 casas, quando a vistoria visual somente enuncia 19 casas.

Permissa venia, o argumento de que tal fato seria incontroverso não pode prosperar em um processo estrutural e multipolarizado em que, mais uma vez: não foi oportunizada a participação da comunidade diretamente afetada na discussão sobre a necessidade e formas de remoção.

Além disso, não é demais lembrar que a área em questão foi declarada como de Especial Interesse Social pela Lei Municipal 6.026 de 2015:

Art. 1º **Ficam declaradas como Áreas de Especial Interesse Social - AEIS**, na modalidade 1, para fins de inclusão em programas de urbanização e regularização, destinados à população de baixa renda, nos termos do art. 205 da Lei Complementar nº 111, de 1º de fevereiro de 2011, as áreas de favelas denominadas Moreira Pinto e São Diogo, situadas no bairro de Santo Cristo, I Região Administrativa, Área de Planejamento 1, cujos limites estão descritos no Anexo I e definidos em planta conforme os Anexos II-A e II-B, respectivamente, desta Lei.

Ademais, necessário aduzir que o acórdão que julgou a ação é expresso em permitir intervenções urbanísticas somente após a realização de perícia, o que foi determinado em 28/10/2014!

Seis anos depois da determinação judicial, em sede de execução (?) do acórdão, falar-se em urgência para implementação de um processo de remoção, valendo-se de um laudo meramente visual elaborado pela defesa civil, sem a participação dos moradores, é temerário. E mais, colocar-se como número de moradias a existência de 35 casas, quando o laudo fala em 19 casas, é absolutamente afrontoso à coisa julgada, ferindo de morte os arts. 502 e 505 do CPC, a seguir transcritos:

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

- I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;
- II - nos demais casos prescritos em lei.

Colocado isso, não temos dúvida em afirmar que a decisão que determina a remoção calcada em vistoria meramente visual afronta a coisa julgada, devendo ser imediatamente revogada, determinando-se imediatamente a realização de perícia, sem possibilidade de remoção antes disso.

Trata-se de uma comunidade absolutamente consolidada e sem histórico de desabamentos. E, para além dos julgamentos morais que possam ser feitos quanto àqueles que exercem seu direito de moradia nas áreas renegadas da cidade por uma questão de sobrevivência, é importante entender o histórico do local e compreender por que, mesmo com o alerta de risco, deseja esse grupo permanecer em suas casas, eis que não acredita na possibilidade de desabamento. Sabemos que é um exercício e tanto para os atores do Direito e deste processo, tão afastados dessa realidade, mas que deve ser realizado.

A comunidade em questão existe há mais de 60 anos, e em sua visão empírica e até mesmo diária e decorrente do que seus olhos veem, o laudo apresentado não é suficiente para afastá-la de suas moradias e seus laços de família, emprego e pertencimento ao local, e ainda, se houver a necessidade de remoção, essa comunidade deve obedecer aos rigorosos ditames legais, o que não é, infelizmente, uma praxe em nossas instituições.

É necessário laudo técnico, o que não se trata de uma mera inspeção visual, por certo. No sentido do que é aqui colocado, confira-se a Lei 12.340, de 1º de dezembro de 2010:

Art. 3º-B. Verificada a existência de ocupações em áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos, o município adotará as providências para redução do risco, dentre as quais, a execução de plano de contingência e de obras de segurança e, quando necessário, a remoção de edificações e o reassentamento dos ocupantes em local seguro.

§ 1º A efetivação da remoção somente se dará mediante a prévia observância dos seguintes procedimentos:

- I - realização de vistoria no local e elaboração de laudo técnico que demonstre os riscos da ocupação para a integridade física dos ocupantes ou de terceiros; e
- II - notificação da remoção aos ocupantes acompanhada de cópia do laudo técnico e, quando for o caso, de informações sobre as alternativas oferecidas pelo poder público para assegurar seu direito à moradia.

§ 2º Na hipótese de remoção de edificações, deverão ser adotadas medidas que impeçam a reocupação da área.

§ 3º Aqueles que tiverem suas moradias removidas deverão ser abrigados, quando necessário, e cadastrados pelo Município para garantia de atendimento habitacional em caráter definitivo, de acordo com os critérios dos programas públicos de habitação de interesse social.

Por todo o exposto, requer-se a imediata revogação da r. decisão de fls. 2081, com a determinação de perícia com urgência e avaliação sobre a necessidade de eventuais remoções, somente após apresentação de laudo técnico.

6. ÁREA DE RISCO X ÁREA NON AEDIFICANDI

ÁREA NON AEDIFICANDI SEM RISCO NÃO PODE SER MOTIVO DE REMOÇÃO EM NÚCLEO URBANO INFORMAL CONSOLIDADO E ÁREA DE ESPECIAL INTERESSE SOCIAL

Importante, ainda, observar que o requerimento de instituição de área *non aedificandi* como forma de remoção trata-se de uma afronta ao Núcleo Urbano Informal Consolidado, existente há mais de 60 anos, e somente pode sofrer remoções em **hipótese de risco e não sob o argumento de área non aedificandi**.

Sobre a impossibilidade de remoção tão somente para instituir-se área *non aedificandi*, não é demais invocar a Constituição Estadual, *in verbis*:

Art. 234 - No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

I - urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa renda, **sem remoção dos moradores, salvo quando as condições físicas da área imponham risco** à vida de seus habitantes;

II - regularização dos loteamentos clandestinos, abandonados ou não titulados;

III - participação ativa das entidades representativas no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes; (...)

Trata-se de um núcleo urbano informal consolidado, declarado como área de Especial Interesse Social, exatamente para servir a moradia de baixa renda, com direito à regularização fundiária e urbanística, como colocado pelo próprio Ministério Público em sua inicial.

Pretender a remoção com base em instituição em área *non aedificandi*, sem a comprovação do risco, afronta a opção legislativa e política brasileira de incorporar os denominados “Núcleos Urbanos Informais” à cidade; e a possibilidade de regularização das casas das famílias amparadas na presente ação está garantida na legislação federal em vigor, qual seja, a Lei 13.465, de 11/07/2017, que dispõe sobre aspectos relevantes da Regularização Fundiária Urbana que deve nortear este julgamento:

Art. 9º Ficam instituídas no território nacional normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

(....)

4.4. § 2º A Reurb promovida mediante legitimação fundiária somente poderá ser aplicada para os núcleos urbanos informais comprovadamente existentes, na forma desta Lei, até 22 de dezembro de 2016.

4.5. (...)

Art. 11. Para fins desta Lei, consideram-se:

I - núcleo urbano: assentamento humano, com uso e características urbanas, constituído por unidades imobiliárias de área inferior à fração mínima de parcelamento prevista na Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, independentemente da propriedade do solo, ainda que situado em área qualificada ou inscrita como rural;
II - núcleo urbano informal: aquele clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização;
III - núcleo urbano informal consolidado: aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município;

(...)

§ 1º Para fins da Reurb, os Municípios poderão dispensar as exigências relativas ao percentual e às dimensões de áreas destinadas ao uso público ou ao tamanho dos lotes regularizados, assim como a outros parâmetros urbanísticos e edifícios.

Por fim deste tópico, o Estatuto da Cidade é claro em sinalizar como diretriz geral a ser seguida pelos Municípios e Estado, e Ministério Público, em seus Planos, a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, senão vejamos:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais; (...)

Assim, pleitear remoção para instituição de faixa *non aedificandi* é movimento *contra legem* que não pode ser acolhido, diante da possibilidade de regularização fundiária e urbana das construções, caso não verificado o risco.

Neste ponto, desde já requer-se seja impedida qualquer tentativa de demolição das construções, sob o argumento de instituir-se área *non aedificandi*, sendo invocado desde já o § 2º do art. 3º-B da 12.340, de 1º de dezembro de 2010, impedindo-se qualquer tentativa de demolição por parte do Município ou Estado, até que seja realizada **perícia judicial**, indicando-se assistente técnico e tendo sido apresentados quesitos no processo originário.

7. MORADIA COMO DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL. COMPROMISSO INTERNACIONAL DO BRASIL EM BUSCAR SOLUÇÕES COM PREVALÊNCIA À REGULARIZAÇÃO

Caso ultrapassada a ilegalidade acima afirmada, ainda assim a determinação de remoção deve ser reconsiderada, e isto porque o direito das famílias carentes à moradia é fundamental, sendo protegido por Acordos Internacionais de que o Brasil é signatário, pela Constituição da República, art. 6º, fazendo parte deste o princípio da dignidade da pessoa humana art. 1º, III, consagrando-se ainda a casa como asilo inviolável nos termos do art. 5º, XI da Constituição da República e por leis infraconstitucionais, como

o Código Civil, o Estatuto da Cidade, art. 2º, I, a Lei Orgânica do Município, art. 422, § 1º, sendo vedado, no âmbito do Município, segundo o art. 429 desta Lei, a remoção das comunidades de forma arbitrária.

As normas elencadas, irradiadas a partir do direito fundamental à moradia e da função social da cidade, estabelecem a PREVALÊNCIA da regularização fundiária e urbanística nas áreas de baixa renda, em detrimento de atos que elidem por completo o exercício do direito à moradia.

Outrossim, em 1996, o governo brasileiro assumiu compromissos internacionais durante a Segunda Conferência das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos – Habitat 02, realizada na cidade de Istambul, Turquia. A Agenda Habitat é o documento aprovado por consenso pelos países participantes daquela Conferência, pelo qual todos se comprometem a implementar os resultados do seu Plano Global de Ação, sendo que na mesma oportunidade os países manifestaram politicamente suas intenções na Declaração de Istambul.

A Declaração esclarece que os dois objetivos principais do Habitat 02 são: prover “Uma moradia adequada para todos” e o “Desenvolvimento de assentamentos urbanos sustentáveis em um Mundo em Urbanização”. Após o estabelecimento de uma série de metas e princípios para o desenvolvimento sustentável e qualitativo dos assentamentos urbanos, o documento internacional estabelece várias metas, em especial considera a regularização fundiária como forma de promover o acesso à terra e garantir o exercício de sua posse.

Para facilitar o acesso e a garantia de posse da terra a todos os grupos socioeconômicos, os Governos devem, em todos os níveis apropriados, incluindo autoridades locais: (a) adotar um marco legal e regulatório favorável, baseado em maior conhecimento, compreensão e aceitação das práticas existentes e mecanismos de distribuição de terras, que estimule parcerias com as empresas privadas e setores comunitários, especificando as formas reconhecidas de posse da terra e determinando procedimentos para sua regularização, quando pertinente.

Prosseguindo no exame jurídico, depara-se com as seguintes normas, que se encontram na Constituição do Estado do Rio de Janeiro:

Art. 229 - A política urbana a ser formulada pelos municípios e, onde couber, pelo Estado, atenderá ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade com vistas à garantia e melhoria da qualidade de vida de seus habitantes.

§ 1º - As funções sociais da cidade são compreendidas como o direito de todo o cidadão de acesso a moradia, transporte público, saneamento básico, energia elétrica, gás canalizado, abastecimento, iluminação pública, saúde, educação, cultura, creche, lazer, água potável, coleta de lixo, drenagem das vias de circulação, contenção de encostas, segurança e preservação do patrimônio ambiental e cultural. (...)

Art. 239 - Incumbe ao Estado e aos Municípios promover e executar programas de construção de moradias populares e garantir condições habitacionais e infraestrutura urbana, em especial as de saneamento básico, escola pública, posto de saúde e transporte.

Portanto, também de acordo com a Declaração de Istambul, subscrita pelo Estado brasileiro, o MRJ e o Estado deveriam encontrar soluções para regularizar as moradias existentes, e não remover seus moradores e instituir faixa *non aedificandi* de forma abrupta e ilegal.

8. URGENTE NECESSIDADE DE RESTRUTURAR-SE A FORMA DE ATUAÇÃO EM COMUNIDADES PARA FINS DE POLÍTICA HABITACIONAL

OFERTA DE “ALUGUEL SOCIAL” EM PLENA PANDEMIA DE CORONAVÍRUS

CONFLITO COMPLEXO: PROCESSO ESTRUTURAL

EM CASO DE REMOÇÃO: NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO AOS ENVOLVIDOS E PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE E REASSENTAMENTO PRÉVIO NA MESMA LOCALIDADE

Por fim, deve-se dizer que o presente processo deve fazer as vezes de um verdadeiro processo estrutural, eis que, da forma como se comportam as Instituições neste feito, repete-se sempre o mesmo modo de agir que impõe terror aos moradores de comunidades, com a ameaça abrupta de remoção, demolição de suas casas, sem a observância de um processo participativo na busca de soluções de reassentamento, caso se demonstre necessário, depois de apuração em perícia técnica.

O caso é ainda mais dramático porque se dá em meio à pandemia de coronavírus!

As ofertas de reassentamento inexistem, somente o paliativo temporário de oferecimento de “aluguel social”, obrigando os moradores a mudarem-se em meio a uma pandemia, com um benefício que somente lhes permitirá migrarem para outra área de risco da cidade. É absolutamente inefetivo e irracional, além de desumano.

Sobre processos estruturais:

A decisão estrutural (*structural injunction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas¹.

Ainda na definição de Owen Fiss²:

A reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro ou fora dessas organizações. É também baseada na crença de que os valores constitucionais norte-americanos não podem ser totalmente assegurados, sem que mudanças básicas sejam efetuadas

¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. 353-368. p 355.

² FISS, Owen. As formas de justiça. In: COSTA, Susana Henriques da; WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 119-173.

nas estruturas dessas organizações. O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa injunção é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas.

Ademais, é preciso lembrar que os diretamente afetados por eventual remoção exercerão seu direito ao contraditório no momento oportuno, assim que sejam devidamente notificados caso comprovada por perícia a necessidade de eventual remoção, quando deverão ser discutidas com amplitude as opções de reassentamento.

No sentido do que é aqui colocado, confira-se a r. sentença, confirmada em sede de apelação pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que o MM Juiz Marcelo Martins Evaristo da Silva, nos autos do processo 0350656-55.2015.8.19.0001, resguardou o Direito ao Devido Processo Legal e Contraditório dos diretamente afetados em ações autônomas:

Destarte, não se faz necessária a integração do polo passivo pelos supostos poluidores diretos – vale dizer, os possuidores dos imóveis irregularmente erigidos na faixa marginal de proteção do Rio Grande, situado na Taquara. Tampouco é correto afirmar que o provimento jurisdicional de mérito atingirá diretamente a esfera jurídica dos referidos particulares. A rigor, uma vez acolhida a pretensão autoral no sentido de romper a inércia estatal no que tange ao dever constitucional de combate à poluição, os ocupantes das construções irregulares não serão propriamente alcançados pelos efeitos da sentença aqui prolatada, mas pela atuação direta empreendida pelo Poder Público estadual e municipal¹, no âmbito de processos administrativos regularmente instaurados, com a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, assim como os demais consectários da cláusula do devido processo legal². Terão aberta, inclusive, a via judicial para a proteção de seus direitos em face da intervenção pública impulsionada pelo julgado em tela, cujos limites subjetivos não podem abarcar, evidentemente, quem não figurou como parte na relação processual.

Assim, postula-se que, para além do pedido do Ministério Público que se refere ao que denominou de consequente realocação dos removidos, através dos “mecanismos já existentes e em uso pelas Secretarias Municipal e Estadual de Habitação e de Assistência Social” (sic), sejam observados os ditames legais previstos na lei Orgânica do Município, impondo-se a necessidade de participação da comunidade no processo de urbanização, na forma do art. 429, VI, b da Lei Orgânica Municipal, caso necessário o reassentamento.

Ademais, que sejam observadas as diretrizes do Decreto 38.197/2013, para que ocorram as devidas e respeitadas negociações com as famílias afetadas, como medida estruturante, caso seja confirmada por perícia a necessidade de remoção, nos seguintes termos do Decreto:

A realocação compulsória de um imóvel, mesmo em casos justificados, deverá ser precedida de negociação com as famílias a serem reassentadas, dos objetivos, condições e benefícios do projeto. **Deverão, ainda, ser considerados os investimentos realizados por essas famílias na produção do imóvel.**

O processo de realocação baseia-se nas seguintes diretrizes:

A participação da população beneficiada, em todas as etapas do processo, buscando soluções de consenso e o comprometimento de todos com o êxito do projeto;

A real melhoria das condições de habitabilidade da população objeto da intervenção, mediante a oferta de alternativas de realocação;
O reconhecimento dos direitos compatibilizados com a malha urbana formal da cidade, considerando os fatores de adequação dos imóveis.

São muitas as decisões que devem ser tomadas até que se defina a Política Pública de atuação na Comunidade em questão, razão pela qual postulamos que este processo coletivo assuma a característica de um processo estruturante, em que decisões tomadas em cascata asseguram a implementação da Política Pública de Regularização Fundiária Urbana Plena, com sua efetivação. Sobre decisões estruturantes:

Outra característica marcante das decisões estruturais é que, muitas vezes, à decisão principal seguem-se inúmeras outras que têm por objetivo resolver problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores de modo a permitir a efetiva concretização do resultado visado pela decisão principal – é o que Sérgio Cruz Arenhart chama de provimentos em cascata. As decisões que se sucedem e somente podem ser tomadas após o cumprimento das fases anteriores. A decisão atual, muitas vezes, depende do resultado e das informações decorrentes do cumprimento da decisão anterior³.

Diante de tudo o que já foi exposto, não se deve manter a postura de discutir-se hermeticamente o destino dos moradores da área em questão, sem a participação da comunidade, desrespeitando-se a determinação de necessidade de perícia técnica, com a determinação de remoção, conforme os mecanismos “de praxe” das Secretarias. Deve o feito ser impingido de medidas estruturantes que obriguem o Estado e o Município a apresentarem Planos de medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística, viabilizando a construção das obras de contenção de encostas ou outras soluções técnicas, mitigando, assim, os riscos de deslizamento de terras na Comunidade, e, configurando-se a necessidade de remoção, que sejam observados os Princípios do art. 429, antes de qualquer determinação de remoção, o que ora se requer.

9. TUTELA DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA QUE VIABILIZA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO AO PRESENTE AGRAVO

Colocados todos os argumentos acima trazidos, deve-se pleitear pela possibilidade de concessão de efeito suspensivo ativo à decisão recorrida, nos termos do art. 1.019 do CPC, para:

- a)** admitir-se a Defensoria Pública como representante adequada da Comunidade atingida,
- b)** reformar a r. decisão que determinou a remoção de moradores para estabelecer *faixa non edicanti* sem a comprovação de risco, o que somente poderá ser averiguado após perícia judicial, a ser realizada com urgência no processo de origem, e com a possibilidade de participação em contraditório da Defensoria e Comunidade atingida;

³ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm 2017. p. 353-368.

- c) em mantendo-se a remoção, que seja estabelecida decisão estruturante para determinar a forma de atuação da Secretaria Municipal de Habitação na forma da Lei, impedindo-se abordagens que imponham coação à aceitação de “aluguel social”, vindo-se a definir Política Pública de Reassentamento com ampla discussão junto à Comunidade, na forma do art. 429 da Lei Orgânica e o Decreto 38.197/2013, o que deverá ser feito após cessada a fase crítica da pandemia, quando a Cidade entrar na última fase de seu Plano de Retomada da Cidade, a qual permitirá inclusive a discussão sobre sua forma de regularização, permitindo-se inclusive audiências públicas, inviáveis nos tempos atuais, apresentando-se os projetos pensados pela Prefeitura;

A evidência do direito está amplamente provada, conforme linhas acima. E a urgência decorre de que os agravantes se encontram com ameaça de tornarem-se sem teto em meio à pandemia de coronavírus, o que será fato histórico, que não pode ser cancelado pelo Poder Judiciário.

10. PEDIDOS:

Ante todo o exposto, requer a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro:

- a) **apreciação do pedido de efeito suspensivo ativo ao presente Agravo, com urgência, na forma acima colocada**, e definitivamente conforme os pedidos a seguir;
- b) anulação e reforma da r. decisão que indeferiu a **habilitação da Defensoria Pública na qualidade de colegitimada**, para afastar-se conceito jurídico indeterminado de “tumulto processual” e aplicar-se a lei, com vigor dos art. 5º da Lei 7.347/85 e . 97 e 98 do CDC, para que possa participar do processo judicial e de tomada de decisões, resguardando-se o Direito de Moradia dos moradores da Comunidade M. P., 200, Fundos;
- c) Após a habilitação, a análise do mérito, em nome da teoria da causa madura, com a revogação da decisão que deferiu remoção sem a realização de perícia técnica judicial, com o restabelecimento da coisa julgada, **e possibilidade de participação em contraditório dos envolvidos na perícia judicial**, para definir-se as medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística, viabilizando a construção das obras de contenção de encostas ou outras soluções técnicas, mitigando, assim, os riscos de deslizamento de terras na Comunidade, indicando-se como assistente técnico e tendo sido apresentados quesitos no processo originário.
- d) Subsidiariamente, em sendo mantida a remoção, que seja o feito impingido de medidas estruturantes, que seja estabelecida decisão estruturante para determinar a forma de atuação da Secretaria Municipal de Habitação na forma da Lei, impedindo-se abordagens que imponham coação à aceitação de “aluguel social”, vindo-se a **definir Política Pública de Reassentamento com ampla discussão junto à Comunidade, na forma do art. 429 da Lei Orgânica e o Decreto 38.197/2013, o que deverá ser feito após cessada a fase crítica da pandemia, quando a Cidade entrar na última fase de seu Plano de Retomada da Cidade**, a qual permitirá inclusive a discussão sobre sua forma de regularização, permitindo-se inclusive audiências públicas, inviáveis nos tempos atuais, apresentando-se os projetos pensados pela Prefeitura.

Pede Deferimento.

Rio de Janeiro, 30 de julho de 2020.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Nona Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº. 0050718-98.2020.8.19.0000

FLS.1/JM

AGRAVANTE: DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGRAVADO 1 : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGRAVADO 2 : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGRAVADO 3 : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

RELATORA: DES. VALÉRIA DACHEUX

DECISÃO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra a decisão proferida pela 9ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital/RJ, que indeferiu o pedido de habilitação da Defensoria Pública como legitimada, nos seguintes termos:

“(…)1. Pdf 2296: Intime-se o perito para apresentar em 5 (cinco) dias sua proposta de honorários, salientando, desde já, que os honorários serão rateados pelos réus, conforme decidido em pdf 1672. Laudo em 30 dias.

Na mesma oportunidade, deverá discriminar as etapas do trabalho, valorando-as individualmente para oportuna manifestação das partes.

Com a apresentação, intinem-se as partes para manifestação.

2. Pdf 2087, 2191 e 2298: Requer a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO sua habilitação como legitimada para a promoção da tutela coletiva, alegando que há interesses individuais homogêneos dos atingidos pela determinação de remoção, sem que estes nunca tenham tomado conhecimento ou participado do feito.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO e do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, objetivando a elaboração e implantação de plano e medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística, nas áreas classificadas como de alto risco de

Secretaria da Décima Nona Câmara Cível
Rua Dom Manuel, sala 213, Anexo da Lâmina III
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010
Tel.: +55 21 3133-6309 – E-mail: 19cciv@tjrj.jus.br





escorregamentos e deslizamentos na Comunidade do Morro Moreira Pinto.

Conforme sentença (pdf 1085) parcialmente modificada por acórdão proferido pela E. 19ª Câmara Cível (pdf 1409), os réus foram condenados a:

(i) instalar um sistema de alerta preventivo de escorregamentos e deslizamentos de encostas na comunidade em questão, apresentando um plano logístico de evacuação e abrigo provisório da população residente em todas as áreas de risco (alto e baixo), a ser seguido na hipótese de efetivação do risco alertado, bem como, notifiquem pessoalmente os moradores destas localidades, acerca de sua situação de risco e dos procedimentos a serem adotados em caso de emissão do alarme instalado, tudo no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00, para cada Réu;

(ii) adotar medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística, nas áreas consideradas de alto risco, inclusive, se necessário, promover a remoção e realocação dos moradores do local, através dos mecanismos já existentes e em uso pelas Secretarias de Habitação Municipal e Estadual, no prazo de 60 dias, após apurado através de perícia técnica, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00, para cada Réu.

Desse modo, tendo em vista que há decisão transitada em julgado determinando, caso necessário, a remoção e realocação dos moradores, incabível a habilitação pretendida pela Defensoria Pública visando rediscutir determinação atingida pela coisa julgada.

Observe-se que a habilitação da Defensoria Pública como legitimada na fase de cumprimento de sentença somente iria tumultuar o prosseguimento do feito.

Ademais, a perícia técnica pretendida pela Defensoria Pública já está em fase de realização.

Em face do exposto, indefiro o pedido de habilitação da Defensoria Pública como legitimada.

Intimem-se. (...)"

Inconformada, recorre a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, aduzindo, em síntese, que se trata de processo originário de Ação Civil Pública em fase de execução.



Alega que a ação civil pública foi proposta há mais de nove anos atrás pelo Ministério Público em face do Município do Estado do Rio de Janeiro e do Estado do Rio de Janeiro, sob o argumento de que trataria preventivamente da grave situação de risco de deslizamentos e escorregamentos geológicos na região onde situa-se a comunidade Moreira Pinto, a qual é reconhecida como Área de Especial Interesse Social, pela Lei Municipal 6.026 de 2015.

Relata que em 08/07/2013, a ação foi julgada parcialmente procedente e, em sede de segundo grau, o acórdão deu provimento parcial ao recurso do Município, em 30/01/2015, limitando a condenação relativa à execução de medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística às áreas classificadas como de alto risco, após apurado através de perícia técnica, conforme exposto na inicial, mantendo a sentença nos demais termos, decisão esta transitada em julgado em 06/02/2019.

Sustenta que, ainda que envolvendo a mencionada comunidade, a mesma nunca foi sequer notificada, não obstante em inicial tenha-se feito tal pedido, nunca apreciado e nem efetivado.

Destaca que o Ministério Público ao requerer, para além da remoção das 19 casas listadas como risco pelo Boletim de Ocorrência da Subsecretaria de Proteção e Defesa Civil da Subsecretaria Municipal de Ordem Pública, a remoção de 35 moradias na área de alto risco geológico, o que foi afirmado pelo Ministério Público ser resultado de “informações confirmadas pela própria Associação de Moradores”, o que foi deferido às fls. 2081 ao argumento de que a situação de risco se encontra incontroversa e aduzindo, equivocadamente, que há pelo menos 35 moradias em risco geológico.

Acrescenta que, diante deste cenário, e sendo iminente a remoção das famílias, ainda que **CONDICIONADA A REASSENTAMENTO PRÉVIO**, a Defensoria Pública, diante de sua representatividade adequada, pois em contato com os moradores afetados, e requereu sua inclusão como colegitimada no feito, visando resguardar os interesses da Comunidade, em especial a manutenção do v. acórdão que foi claro em determinar que



somente após perícia judicial que definisse a necessidade de execução de medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística às áreas classificadas como de alto risco, é que haveria a possibilidade de intervir-se na comunidade para pensar em eventual reassentamento, caso necessário.

Observa que qualquer atuação da SMH estaria condicionada a perícia, e a reassentamento prévio caso comprovado o risco, como determinado em acórdão.

Narra que os moradores da comunidade, os quais nunca tiveram ciência do processo, passaram a ser aterrorizados pela Secretaria Municipal de Habitação, depois que a Defesa Civil, após realizar vistoria visual das casas, expediu laudos de Interdição, começou a coagir os moradores que residem em uma área declarada como de ESPECIAL INTERESSE SOCIAL, em plena pandemia de corona vírus, a se mudarem e aceitarem o denominado “aluguel social”, sem oferecer as alternativas habitacionais definitivas, conforme determinado no Acórdão prolatado.

Ressalta que aterrorizar moradores em meio à pandemia de corona vírus para que deixem suas casas, oferecendo como única opção a colocação dos moradores em benefício temporário de aluguel social de R\$ 400,00 reais, o que, na prática, somente faz esses moradores se removerem para outra área de risco da Cidade, é agir de forma, além de ilegal, desumana.

Diante de todo o exposto, alega que requereu sua participação no feito, a fim de bem exercer a Ampla Defesa e o Devido Processo Legal, cessando, de qualquer forma, qualquer atitude de remoção enquanto a Cidade não retornar a sua normalidade, nos termos do Plano de Retomada da Cidade, instituído pelo Decreto 47.488 de 02/06/202, eis que qualquer remoção afrontará as regras de ouro, não havendo qualquer justificativa para a realização de ação municipal nesse momento.

Afirma que, como se lê da r. decisão agravada, a mesma nega a participação da Defensoria Pública no processo em questão, já



em fase de execução, com base tão-somente em “tumulto processual”, sendo este um conceito jurídico indeterminado, sem qualquer definição objetiva da lei, e fruto tão-somente das crenças pessoais de cada um, e no caso específico, do i. julgador de piso, faz-se necessária arguir a nulidade da r. decisão, e exigir seu fundamento com base legal, com fundamento no art. 489, §1º, II do CPC.

Reitera que se faz necessário que se anule a r. decisão, aplicando-se o art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, e ainda ao art. 97 e 98 do CDC, que justamente em sede de execução permitem a liquidação e execução da sentença pelos afetados pela decisão.

Menciona que o próprio Ministério Público não se opôs ao pedido, conforme fls. 2241/2242, estando o MM juízo *a quo* a indeferir questão que inclusive pode ser objeto de negócio processual entre as partes.

Explica que entre suas funções institucionais, previstas no artigo 4º do mesmo diploma legal acima referido, está a promoção da ação civil pública para garantir os direitos e interesses de grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado, tais como pessoas em situação de extrema pobreza, estando mais do que atendido o requisito da pertinência de atuação da Defensoria Pública, não há dúvidas que há interesses individuais homogêneos dos atingidos pela determinação de remoção, sem que nunca tenha estes sequer tomado conhecimento ou participado do feito.

Afirma sua intenção de fazer representar os interesses do direitos de moradia dos moradores da Comunidade Moreira Pinto, Fundos (suposta área de alto risco), em especial a participação da Comunidade na tomada de decisões, considerando as condutas praticadas pelo Município do Rio de Janeiro, no intuito de desocupar a área, sem porém, a existência de um cronograma de reassentamento.

Nesta perspectiva, requer, para além do Ministério Público, seja habilitada na qualidade de co-legitimada com representatividade adequada da comunidade envolvida, merecendo ser habilitada na condição de litisconsorte da presente Ação Civil Pública.



Argumenta ainda, que como acima colocado, já houve julgamento do feito, não havendo como falar-se em remoção SEM A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA, em especial para 35 casas, quando a VISTORIA VISUAL somente enuncia 19 casas, absolutamente afrontoso à coisa julgada, ferindo de morte o art. 502 e 505 do CPC.

Sustenta não ter dúvida que a decisão de fls. 2081, que determina a remoção CALCADA EM VISTORIA MERAMENTE VISUAL, AFRONTA A COISA JULGADA, devendo ser imediatamente revogada, com a determinação de perícia com urgência e avaliação sobre necessidade de eventuais remoções.

Pondera que a remoção com base em instituição em área *non aedificandi*, sem a comprovação do risco, afronta a opção legislativa e política brasileira de incorporar os denominados “Núcleos Urbanos Informais” à cidade, e a possibilidade de regularização das casas das famílias amparadas na presente ação, há legislação federal em vigor, qual seja a Lei 13.465, de 11/07/2017, que dispõe sobre aspectos relevantes da Regularização Fundiária Urbana que deve nortear este julgamento, bem como o Estatuto da Cidade é claro em sinalizar como diretriz geral a ser seguida pelos Municípios e Estado e Ministério Público, em seus Planos, a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda.

No mais, aduz que caso ultrapassada a ilegalidade acima afirmada, ainda assim a determinação de remoção deve ser reconsiderada, e isto porque o direito à moradia das famílias carentes é fundamental, sendo protegido por Acordos Internacionais que o Brasil é signatário, pela Constituição da República, no art. 6º, fazendo parte deste o princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, consagrando-se ainda a casa como asilo inviolável nos termos do art. 5º, XI da Constituição da República e por leis infraconstitucionais, como o Código Civil, o Estatuto da Cidade, art. 2º, I, a Lei Orgânica do Município, art. 422, § 1º, sendo vedado, no âmbito do Município, segundo o art. 429 desta Lei, a remoção das comunidades de forma arbitrária.



Por fim, lembra que os diretamente afetados por eventual remoção exercerão seu direito ao contraditório no momento oportuno, assim que forem devidamente notificados CASO COMPROVADO POR PERÍCIA A NECESSIDADE DE EVENTUAL REMOÇÃO, quando deverá ser discutida com amplitude as opções de reassentamento.

Deste modo, requer concessão de efeito suspensivo ativo à decisão recorrida, nos termos do art. 1.019 do CPC, para:

- a) admitir-se a Defensoria Pública como representante adequada da Comunidade atingida,
- b) reformar a r. decisão que determinou a remoção de moradores para estabelecer faixa non edicanti sem a comprovação de risco, o que somente poderá ser averiguado após perícia judicial, a ser realizada com urgência no processo de origem, e com a possibilidade de participação em contraditório da Defensoria e Comunidade atingida;
- c) em mantendo-se a remoção, que seja estabelecida decisão estruturante para determinar a forma de atuação da Secretaria Municipal de Habitação na forma da Lei, impedindo-se abordagens que imponham coação à aceitação de “aluguel social”, vindo-se a definir Política Pública de Reassentamento com ampla discussão junto à Comunidade, na forma do art. 429 da Lei Orgânica e o Decreto 38.197/2013, o que deverá ser feito após cessada a fase crítica da pandemia, quando a Cidade entrar na última fase de seu Plano de Retomada da Cidade, a qual permitirá inclusive a discussão sobre sua forma de regularização, permitindo-se inclusive audiências públicas, inviáveis nos tempos atuais, apresentando-se os projetos pensados pela Prefeitura;

Após , requer anulação e reforma da r. decisão que indeferiu a habilitação da Defensoria Pública na qualidade de colegitimada, para afastar-se conceito jurídico indeterminado de “tumulto processual” e



aplicar-se a lei, co vigor dos art. 5º da Lei 7.347/85 e . 97 e 98 do CDC, para que possa participar do processo judicial e de tomada de decisões, resguardando-se o Direito de Moradia dos moradores da Comunidade Moreira Pinto, 200, Fundos;

Após a habilitação, requer a análise do mérito, em nome da teoria da causa madura, com a revogação da decisão que deferiu remoção sem a realização de perícia técnica judicial, com o restabelecimento da coisa julgada, e possibilidade de participação em contraditório dos envolvidos na perícia judicial, para definir-se as medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística, viabilizando a construção das obras de contenção de encostas ou outras soluções técnicas, mitigando, assim, os riscos de deslizamento de terras na Comunidade, indicando-se como assistente técnico e tendo sido apresentados quesitos no processo originário.

Subsidiariamente, em sendo mantida a remoção, que seja o feito impingido de medidas estruturantes, que seja estabelecida decisão estruturante para determinar a forma de atuação da Secretaria Municipal de Habitação na forma da Lei, impedindo-se abordagens que imponham coação à aceitação de “aluguel social”, vindo-se a definir Política Pública de Reassentamento com ampla discussão junto à Comunidade, na forma do art. 429 da Lei Orgânica e o Decreto 38.197/2013, o que deverá ser feito após cessada a fase crítica da pandemia, quando a Cidade entrar na última fase de seu Plano de Retomada da Cidade, a qual permitirá inclusive a discussão sobre sua forma de regularização, permitindo-se inclusive audiências públicas, inviáveis nos tempos atuais, apresentando-se os projetos pensados pela Prefeitura;

É o breve relatório. Passo a decidir.

Ab initio, importa mencionar que o Agravo de Instrumento tem efeito devolutivo restrito à matéria abordada pela decisão atacada, de tal modo que as questões não tratadas na decisão ora combatida não poderão ser analisadas no presente momento processual.



Logo, o mérito do presente recurso não alcança a decisão de fls. 2081, que deferiu a remoção de 35 moradias, localizada em área de alto risco de acidentes geotécnicos.

Note-se, que *a priori*, trata-se de medida de urgência, no qual, os moradores correm risco de vida, isto é, trata-se de um direito fundamental que se sobrepõe ao direito de moradia, em que a espera da perícia técnica se torna escusada.

Ademais, importa mencionar, que a Teoria da Causa Madura, é aplicada quando a causa versar somente sobre questão de direito ou tiver devidamente instruída, em condições de julgamento imediato, ou seja, não necessitar de produção de outras provas além das que já constam nos autos, o que não é o caso, eis que a Agravante refuta a prova de vistoria que comprova a área de risco, por conseguinte a necessidade de remoção das famílias para preservar sua integridade física, necessitando, portanto, de uma maior dilação probatória.

Dito isso, o que se discute no presente recurso é o indeferimento da habilitação da Agravante na ação principal, que encontra-se na fase de execução.

Pois bem.

Verifico que, em sede de cognição sumária, encontram-se presentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada recursal, nos termos do art. 1.019, inciso I, do CPC.

Num primeiro momento, há verossimilhança das alegações autorais, já que a Defensoria Pública está legitimada pelo art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, e ainda ao art. 97 e 98 do CDC, a defender interesses individuais homogêneos, no caso, da comunidade Moreira Pinto, Fundos (suposta área de alto risco).

Ademais, restou demonstrado a iminência de danos irreparáveis ou de difícil reparação até a decisão de mérito, eis que a comunidade desassistida pela Defensoria Pública não poderá



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Nona Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº. 0050718-98.2020.8.19.0000

FLS.10/JM

participação em contraditório da perícia judicial técnica que já está em fase de realização.

Deste modo, defiro o **PARCIALMENTE O EFEITO SUSPENSIVO ATIVO** requerido, por estarem presentes os pressupostos do parágrafo único, do artigo 995 do CPC/2015, para suspender os efeitos da decisão agravada, habilitando a Defensoria Pública do Rio de Janeiro na Ação Civil Pública, no polo ativo da ação, até o julgamento final do mérito do recurso.

Oficie-se ao I. Juiz *a quo* para ciência da presente decisão.

Intime-se os agravados, na forma do disposto no artigo 1.019, II do CPC/2015.

Rio de Janeiro, 10 de agosto de 2020.

VALÉRIA DACHEUX
DESEMBARGADORA RELATORA





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Nona Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº. 0050718-98.2020.8.19.0000

FLS.1/JM

AGRAVANTE: DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGRAVADO 1 : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGRAVADO 2 : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGRAVADO 3 : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

RELATORA: DES. VALÉRIA DACHEUX

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESLIZAMENTO DE TERRA COM RISCO PARA OS MORADORES DA LOCALIDADE. DECISÃO QUE INDEFERIU A HABILITAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO COLEGITIMADA. AGRAVO QUE TAMBÉM PRETENDE A REFORMA DE DECISÃO QUE DETERMINOU A REMOÇÃO DE FAMÍLIAS DA LOCALIDADE. RECURSO QUE DEVE SE RESTRINGIR A MATÉRIA IMPUGNADA. DISCUSSÃO SOBRE A REMOÇÃO DOS MORADORES QUE NÃO FOI OBJETO DA DECISÃO AGRAVADA. PRECLUSÃO TEMPORAL. CAUSA QUE NECESSITA DA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL PARA COMPROVAR O DIREITO ALEGADO. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAR A CAUSA NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA. DECISÃO QUE DEVE SER REFORMADA APENAS PARA HABILITAR A AGRAVANTE PARA DEFESA DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS DE SEUS ASSISTIDOS. RECURSO QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

Secretaria da Décima Nona Câmara Cível
Rua Dom Manuel, sala 213, Anexo da Lâmina III
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010
Tel.: +55 21 3133-6309 – E-mail: 19cciv@tjrj.jus.br





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Nona Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº. 0050718-98.2020.8.19.0000

FLS.2/JM

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Agravo de Instrumento nº **0050718-98.2020.8.19.0000**, em que é Agravante **DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e agravados **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**,

Acordam os Desembargadores membros da **Décima Nona Câmara Cível do Estado do Rio de Janeiro**, por unanimidade de votos, em **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, nos termos do relator.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra a decisão proferida pela 9ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital/RJ, que indeferiu o pedido de habilitação da Defensoria Pública como legitimada, nos seguintes termos:

“(…)1. Pdf 2296: Intime-se o perito para apresentar em 5 (cinco) dias sua proposta de honorários, salientando, desde já, que os honorários serão rateados pelos réus, conforme decidido em pdf 1672. Laudo em 30 dias.

Na mesma oportunidade, deverá discriminar as etapas do trabalho, valorando-as individualmente para oportuna manifestação das partes.

Com a apresentação, intinem-se as partes para manifestação.





2. Pdf 2087, 2191 e 2298: Requer a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO sua habilitação como legitimada para a promoção da tutela coletiva, alegando que há interesses individuais homogêneos dos atingidos pela determinação de remoção, sem que estes nunca tenham tomado conhecimento ou participado do feito.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO e do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, objetivando a elaboração e implantação de plano e medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística, nas áreas classificadas como de alto risco de escorregamentos e deslizamentos na Comunidade do Morro Moreira Pinto.

Conforme sentença (pdf 1085) parcialmente modificada por acórdão proferido pela E. 19ª Câmara Cível (pdf 1409), os réus foram condenados a:

(i) instalar um sistema de alerta preventivo de escorregamentos e deslizamentos de encostas na comunidade em questão, apresentando um plano logístico de evacuação e abrigo provisório da população residente em todas as áreas de risco (alto e baixo), a ser seguido na hipótese de efetivação do risco alertado, bem como, notifiquem pessoalmente os moradores destas localidades, acerca de sua situação de risco e dos procedimentos a serem adotados em caso de emissão do alarme instalado, tudo no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00, para cada Réu;

(ii) adotar medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística, nas áreas consideradas de alto risco, inclusive, se necessário, promover a remoção e realocação dos moradores do local, através dos mecanismos já existentes e em uso pelas Secretarias de Habitação Municipal e Estadual, no prazo de 60 dias, após apurado através de perícia técnica, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00, para cada Réu.

Desse modo, tendo em vista que há decisão transitada em julgado determinando, caso necessário, a remoção e realocação dos moradores, incabível a habilitação pretendida pela Defensoria Pública visando rediscutir determinação atingida pela coisa julgada.



Observe-se que a habilitação da Defensoria Pública como legitimada na fase de cumprimento de sentença somente iria tumultuar o prosseguimento do feito. Ademais, a perícia técnica pretendida pela Defensoria Pública já está em fase de realização. Em face do exposto, indefiro o pedido de habilitação da Defensoria Pública como legitimada. Intimem-se. (...)"

Inconformada, recorre a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, aduzindo, em síntese, que se trata de processo originário de Ação Civil Pública em fase de execução.

Alega que a ação civil pública foi proposta há mais de nove anos atrás pelo Ministério Público em face do Município do Estado do Rio de Janeiro e do Estado do Rio de Janeiro, sob o argumento de que trataria preventivamente da grave situação de risco de deslizamentos e escorregamentos geológicos na região onde situa-se a comunidade Moreira Pinto, a qual é reconhecida como Área de Especial Interesse Social, pela Lei Municipal 6.026 de 2015.

Relata que em 08/07/2013, a ação foi julgada parcialmente procedente e, em sede de segundo grau, o acórdão deu provimento parcial ao recurso do Município, em 30/01/2015, limitando a condenação relativa à execução de medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística às áreas classificadas como de alto risco, após apurado através de perícia técnica, conforme exposto na inicial, mantendo a sentença nos demais termos, decisão esta transitada em julgado em 06/02/2019.

Sustenta que, ainda que envolvendo a mencionada comunidade, a mesma nunca foi sequer notificada, não obstante em inicial tenha-se feito tal pedido, nunca apreciado e nem efetivado.

Destaca que o Ministério Público ao requerer, para além da remoção das 19 casas listadas como risco pelo Boletim de Ocorrência da Subsecretaria de Proteção e Defesa Civil da Subsecretaria Municipal de Ordem Pública, a remoção de 35 moradias na área de alto risco



geológico, o que foi afirmado pelo Ministério Público ser resultado de “informações confirmadas pela própria Associação de Moradores”, o que foi deferido às fls. 2081 ao argumento de que a situação de risco se encontra incontroversa e aduzindo, equivocadamente, que há pelo menos 35 moradias em risco geológico.

Acrescenta que, diante deste cenário, e sendo iminente a remoção das famílias, ainda que **CONDICIONADA A REASSENTAMENTO PRÉVIO**, a Defensoria Pública, diante de sua representatividade adequada, pois em contato com os moradores afetados, e requereu sua inclusão como colegitimada no feito, visando resguardar os interesses da Comunidade, em especial a manutenção do v. acórdão que foi claro em determinar que somente após perícia judicial que definisse a necessidade de execução de medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística às áreas classificadas como de alto risco, é que haveria a possibilidade de intervir-se na comunidade para pensar em eventual reassentamento, caso necessário.

Observa que qualquer atuação da SMH estaria condicionada a perícia, e a reassentamento prévio caso comprovado o risco, como determinado em acórdão.

Narra que os moradores da comunidade, os quais nunca tiveram ciência do processo, passaram a ser aterrorizados pela Secretaria Municipal de Habitação, depois que a Defesa Civil, após realizar vistoria visual das casas, expediu laudos de Interdição, começou a coagir os moradores que residem em uma área declarada como de **ESPECIAL INTERESSE SOCIAL**, em plena pandemia de corona vírus, a se mudarem e aceitarem o denominado “aluguel social”, sem oferecer as alternativas habitacionais definitivas, conforme determinado no Acórdão prolatado.

Ressalta que aterrorizar moradores em meio à pandemia de corona vírus para que deixem suas casas, oferecendo como única opção a colocação dos moradores em benefício temporário de aluguel social de R\$ 400,00 reais, o que, na prática, somente faz esses moradores se



removerem para outra área de risco da Cidade, é agir de forma, além de ilegal, desumana.

Diante de todo o exposto, alega que requereu sua participação no feito, a fim de bem exercer a Ampla Defesa e o Devido Processo Legal, cessando, de qualquer forma, qualquer atitude de remoção enquanto a Cidade não retornar a sua normalidade, nos termos do Plano de Retomada da Cidade, instituído pelo Decreto 47.488 de 02/06/202, eis que qualquer remoção afrontará as regras de ouro, não havendo qualquer justificativa para a realização de ação municipal nesse momento.

Afirma que, como se lê da r. decisão agravada, a mesma nega a participação da Defensoria Pública no processo em questão, já em fase de execução, com base tão-somente em “tumulto processual”, sendo este um conceito jurídico indeterminado, sem qualquer definição objetiva da lei, e fruto tão-somente das crenças pessoais de cada um, e no caso específico, do i. julgador de piso, faz-se necessária arguir a nulidade da r. decisão, e exigir seu fundamento com base legal, com fundamento no art. 489, §1º, II do CPC.

Reitera que se faz necessário que se anule a r. decisão, aplicando-se o art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, e ainda ao art. 97 e 98 do CDC, que justamente em sede de execução permitem a liquidação e execução da sentença pelos afetados pela decisão.

Menciona que o próprio Ministério Público não se opôs ao pedido, conforme fls. 2241/2242, estando o MM juízo *a quo* a indeferir questão que inclusive pode ser objeto de negócio processual entre as partes.

Explica que entre suas funções institucionais, previstas no artigo 4º do mesmo diploma legal acima referido, está a promoção da ação civil pública para garantir os direitos e interesses de grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado, tais como pessoas em situação de extrema pobreza, estando mais do que atendido o requisito da pertinência de atuação da Defensoria Pública, não há dúvidas que há interesses individuais homogêneos dos atingidos



pela determinação de remoção, sem que nunca tenha estes sequer tomado conhecimento ou participado do feito.

Afirma sua intenção de fazer representar os interesses do direitos de moradia dos moradores da Comunidade Moreira Pinto, Fundos (suposta área de alto risco), em especial a participação da Comunidade na tomada de decisões, considerando as condutas praticadas pelo Município do Rio de Janeiro, no intuito de desocupar a área, sem porém, a existência de um cronograma de reassentamento.

Nesta perspectiva, requer, para além do Ministério Público, seja habilitada na qualidade de co-legitimada com representatividade adequada da comunidade envolvida, merecendo ser habilitada na condição de litisconsorte da presente Ação Civil Pública.

Argumenta ainda, que como acima colocado, já houve julgamento do feito, não havendo como falar-se em remoção SEM A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA, em especial para 35 casas, quando a VISTORIA VISUAL somente enuncia 19 casas, absolutamente afrontoso à coisa julgada, ferindo de morte o art. 502 e 505 do CPC.

Sustenta não ter dúvida que a decisão de fls. 2081, que determina a remoção CALCADA EM VISTORIA MERAMENTE VISUAL, AFRONTA A COISA JULGADA, devendo ser imediatamente revogada, com a determinação de perícia com urgência e avaliação sobre necessidade de eventuais remoções.

Pondera que a remoção com base em instituição em área *non aedificandi*, sem a comprovação do risco, afronta a opção legislativa e política brasileira de incorporar os denominados “Núcleos Urbanos Informais” à cidade, e a possibilidade de regularização das casas das famílias amparadas na presente ação, há legislação federal em vigor, qual seja a Lei 13.465, de 11/07/2017, que dispõe sobre aspectos relevantes da Regularização Fundiária Urbana que deve nortear este julgamento, bem como o Estatuto da Cidade é claro em sinalizar como diretriz geral a ser seguida pelos Municípios e Estado e Ministério Público, em seus Planos, a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda.



No mais, aduz que caso ultrapassada a ilegalidade acima afirmada, ainda assim a determinação de remoção deve ser reconsiderada, e isto porque o direito à moradia das famílias carentes é fundamental, sendo protegido por Acordos Internacionais que o Brasil é signatário, pela Constituição da República, no art. 6º, fazendo parte deste o princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, consagrando-se ainda a casa como asilo inviolável nos termos do art. 5º, XI da Constituição da República e por leis infraconstitucionais, como o Código Civil, o Estatuto da Cidade, art. 2º, I, a Lei Orgânica do Município, art. 422, § 1º, sendo vedado, no âmbito do Município, segundo o art. 429 desta Lei, a remoção das comunidades de forma arbitrária.

Por fim, lembra que os diretamente afetados por eventual remoção exercerão seu direito ao contraditório no momento oportuno, assim que forem devidamente notificados **CASO COMPROVADO POR PERÍCIA A NECESSIDADE DE EVENTUAL REMOÇÃO**, quando deverá ser discutida com amplitude as opções de reassentamento.

Deste modo, requer concessão de efeito suspensivo ativo à decisão recorrida, nos termos do art. 1.019 do CPC, para:

- a) admitir-se a Defensoria Pública como representante adequada da Comunidade atingida,
- b) reformar a r. decisão que determinou a remoção de moradores para estabelecer faixa non edicanti sem a comprovação de risco, o que somente poderá ser averiguado após perícia judicial, a ser realizada com urgência no processo de origem, e com a possibilidade de participação em contraditório da Defensoria e Comunidade atingida;
- c) em mantendo-se a remoção, que seja estabelecida decisão estruturante para determinar a forma de atuação da Secretaria Municipal de Habitação na forma da Lei, impedindo-se abordagens que imponham coação à aceitação de “aluguel social”, vindo-se a definir Política Pública de Reassentamento com ampla discussão junto à Comunidade, na forma do



art. 429 da Lei Orgânica e o Decreto 38.197/2013, o que deverá ser feito após cessada a fase crítica da pandemia, quando a Cidade entrar na última fase de seu Plano de Retomada da Cidade, a qual permitirá inclusive a discussão sobre sua forma de regularização, permitindo-se inclusive audiências públicas, inviáveis nos tempos atuais, apresentando-se os projetos pensados pela Prefeitura;

Após , requer anulação e reforma da r. decisão que indeferiu a habilitação da Defensoria Pública na qualidade de colegitimada, para afastar-se conceito jurídico indeterminado de “tumulto processual” e aplicar-se a lei, co vigor dos art. 5º da Lei 7.347/85 e . 97 e 98 do CDC, para que possa participar do processo judicial e de tomada de decisões, resguardando-se o Direito de Moradia dos moradores da Comunidade Moreira Pinto, 200, Fundos;

Após a habilitação, requer a análise do mérito, em nome da teoria da causa madura, com a revogação da decisão que deferiu remoção sem a realização de perícia técnica judicial, com o restabelecimento da coisa julgada, e possibilidade de participação em contraditório dos envolvidos na perícia judicial, para definir-se as medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística, viabilizando a construção das obras de contenção de encostas ou outras soluções técnicas, mitigando, assim, os riscos de deslizamento de terras na Comunidade, indicando-se como assistente técnico e tendo sido apresentados quesitos no processo originário.

Subsidiariamente, em sendo mantida a remoção, que seja o feito impingido de medidas estruturantes, que seja estabelecida decisão estruturante para determinar a forma de atuação da Secretaria Municipal de Habitação na forma da Lei, impedindo-se abordagens que imponham coação à aceitação de “aluguel social”, vindo-se a definir Política Pública de Reassentamento com ampla discussão junto à Comunidade, na forma do art. 429 da Lei Orgânica e o Decreto 38.197/2013, o que deverá ser feito após cessada a fase crítica da pandemia, quando a Cidade entrar na última fase de seu



Plano de Retomada da Cidade, a qual permitirá inclusive a discussão sobre sua forma de regularização, permitindo-se inclusive audiências públicas, inviáveis nos tempos atuais, apresentando-se os projetos pensados pela Prefeitura;

Decisão que deferiu **PARCIALMENTE O EFEITO SUSPENSIVO ATIVO** para suspender os efeitos da decisão agravada, habilitando a Defensoria Pública do Rio de Janeiro na Ação Civil Pública, no polo ativo da ação, até o julgamento final do mérito do recurso.

A Agravante interpôs Agravo Interno, que foi conhecido mas desprovido, por unanimidade, por esta 19ª Câmara Cível às fls. 161/165.

O Município do Rio de Janeiro apresentou contrarrazões ao Agravo de Instrumento às fls. 97/101.

O Ministério Público de 1ª grau apresentou contrarrazões às fls.128/136.

Parecer da D. Procuradoria de Justiça às fls. 143/154, opinando pelo parcial conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu parcial provimento a fim de que seja deferida apenas a habilitação da agravante nos autos da ação civil pública.

O Estado do Rio de Janeiro, embora devidamente intimado, não apresentou contrarrazões aos agravos interno e de instrumento, conforme certificado pelo cartório.

É o breve relatório. Passo a Votar.

O recurso é tempestivo, estando presentes, ademais, os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, razão pela qual o mesmo deve ser parcialmente conhecido.

Ab initio, importa mencionar que o Agravo de Instrumento tem efeito devolutivo restrito à matéria abordada pela decisão atacada, de tal modo que as questões não tratadas na decisão ora combatida não poderão ser analisadas no presente momento processual.

Logo, o mérito do presente recurso não alcança a decisão de fls. 2081, que deferiu a remoção de 35 moradias, localizada em área de



alto risco de acidentes geotécnicos, tendo se operado a preclusão temporal, ensejando o não conhecimento do agravo em relação à matéria, nos termos do art. 932, III, do PC.

Note-se, que *a priori*, trata-se de medida de urgência, no qual, os moradores correm risco de vida, isto é, trata-se de um direito fundamental que se sobrepõe ao direito de moradia, em que a espera da perícia técnica se torna escusada.

Destaca-se que, não obstante estar em andamento a realização de perícia técnica, nos docs. 1961/1965 dos autos principais, constam informações de que em vistoria realizada pela Fundação GEORIO na Comunidade Moreira Pinto foi possível identificar imóveis em área de alto risco e que obras de contenção poderiam ensejar o colapso estrutural na localidade.

Ademais, importa mencionar, que a Teoria da Causa Madura, é aplicada quando a causa versar somente sobre questão de direito ou tiver devidamente instruída, em condições de julgamento imediato, ou seja, não necessitar de produção de outras provas além das que já constam nos autos, o que não é o caso, eis que a Agravante refuta a prova de vistoria que comprova a área de risco, por conseguinte a necessidade de remoção das famílias para preservar sua integridade física, necessitando, portanto, de uma maior dilação probatória.

Desta feita, tendo em vista que o feito não é matéria exclusivamente de direito e depende de perícia técnica, não há como ser julgada por este D. Juízo ad quem.

Dito isso, o que se discute no presente recurso é o indeferimento da habilitação da Agravante na ação principal, que encontra-se na fase de execução, devendo o recurso ser conhecido apenas neste ponto.

De fato, a Defensoria Pública está legitimada pelo art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, e ainda ao art. 97 e 98 do CDC, a defender interesses individuais homogêneos, no caso, da comunidade Moreira



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Nona Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº. 0050718-98.2020.8.19.0000

FLS.12/JM

Pinto, Fundos (suposta área de alto risco), motivo pelo qual a mesma deve ser admitida nos autos.

Pelo exposto, voto no sentido de **conhecer parcialmente o recurso e lhe dar PARCIAL PROVIMENTO**, para deferir a habilitação da agravante, no polo ativo da ação civil pública.

Rio de Janeiro, data da assinatura digital.

VALÉRIA DACHEUX
DESEMBARGADORA RELATOR



PARECERES

[voltar ao sumário](#)

PARECER COCIV/DPGERJ 02/2023¹

José Augusto Garcia de Sousa

Defensor Público na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
Coordenador Cível da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
Professor Adjunto de Processo Civil da Faculdade de Direito da UERJ

Maurício de Andrade Travassos Neto

Defensor Público
Subcoordenador Cível da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

- ▶ *Ação proposta pela menor Maria e seus pais, pessoas muito carentes, em face do Município de São Gonçalo e do Estado do Rio de Janeiro, tendo como causa de pedir a contaminação da primeira pelo vírus HIV, quando tinha pouco mais de três anos e era atendida frequentemente em unidades hospitalares dos réus (eis que nasceu com anemia falciforme e desde cedo apresentou muitos problemas de saúde).*
- ▶ *Inversão do ônus da prova indeferida, sem que a Defensoria Pública tenha sido intimada da respectiva decisão.*
- ▶ *Sentença de improcedência, fundamentada na suposta falta de provas de que os réus tenham causado os danos narrados na inicial.*
- ▶ *Processo dramático do ponto de vista humanitário, envolvendo além disso direitos constitucionais de primeira grandeza, merecendo o feito, dessa forma, tratamento cuidadoso e compatível com a relevância dos valores em jogo.*
- ▶ *Gravíssima lacuna do processo: pouca atenção dada à prova documental produzida, que foi analisada de modo meramente superficial e panorâmico, inclusive pelo laudo pericial.*
- ▶ *Laudo pericial que se mostrou imprestável para o deslinde da causa, na medida em que se eximiu de proceder à tarefa que lhe era primordial – o exame meticoloso dos prontuários médicos acostados aos autos.*
- ▶ *Teste de HIV da primeira autora negativo em 13/05/11 e positivo em 12/08/13, sendo entre um e outro marcos que aconteceu a contaminação, podendo ter ocorrido cerca de um mês antes do teste negativo (em virtude da chamada “janela imunológica”).*
- ▶ *Análise detida da prova aponta a fortíssima probabilidade de a primeira autora ter sido contaminada em ambiente hospitalar, tendo-se em vista que não concorrem no caso os outros fatores de contágio – ela não tinha vida sexual (contava com pouco mais de três anos quando foi infectada); exame ginecológico realizado*

¹ Para preservar a intimidade das pessoas defendidas pela Defensoria Pública, seus nomes foram alterados e o número do processo, omitido.

no HEMORIO não indicou qualquer abuso de ordem sexual; e seus pais e a irmã mais velha testaram negativo para o HIV.

- ▶ *Análise detida da prova documental aponta também a expressiva chance de a contaminação da primeira autora ter ocorrido na sua internação, por 13 dias, no Hospital Darcy Sarmanho Vargas, da rede pública de São Gonçalo, em julho de 2011, durante o período de contágio, tratando-se de internação por pneumonia, inevitavelmente repleta de procedimentos invasivos.*
- ▶ *Segunda falha crucial do processo (além da pouca atenção à prova produzida): desconsideração de que estamos diante de uma causa muito peculiar, na qual a comprovação das versões de ambas as partes exige “provas diabólicas”.*
- ▶ *A desconsideração da impossibilidade probatória dos autores representa séria afronta ao direito fundamental ao acesso substancial à justiça (direito fundamental ao processo), sediado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República, cláusula pétreia de magna importância dentro do nosso Estado Constitucional de Direito (reproduzida no art. 3º, caput, do CPC).*
- ▶ *A própria fundamentação da sentença, ao fazer reparos à inicial, evidencia a desconsideração da impossibilidade probatória dos autores e deixa claro que estes já entraram derrotados no processo, o que ofende inegavelmente o direito fundamental ao acesso substancial à justiça, bem como o devido processo legal.*
- ▶ *Nos casos de dupla impossibilidade probatória – ou seja, provas “diabólicas” para os dois lados –, critério decisório muito afinado com a sistemática do CPC de 2015 toma como referência o modelo cooperativo adotado, tornando-se capital a indagação sobre a efetiva colaboração das partes para a elucidação (possível) dos fatos litigiosos.*
- ▶ *“São inadmissíveis a postura de inércia probatória e a omissão proposital de informações aptas à elucidação das questões controvertidas por quem comprovadamente detinha condições de apresentá-las” (REsp 1.698.696/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02/08/2018).*
- ▶ *A utilização do “risco de inesclarecibilidade” para a definição de causas caracterizadas por dupla impossibilidade probatória, com forte apoio doutrinário, representa a materialização da sensível influência da cooperação na seara probatória.*
- ▶ *O critério decisório baseado no grau de cooperação das partes não só reverencia o modelo cooperativo abraçado pelo CPC de 2015, mas também preserva o direito fundamental ao acesso substancial à justiça, que não admite, em hipótese alguma, que partes portadoras de um bom direito material abram um processo antecipadamente derrotadas, como aconteceu no presente caso.*
- ▶ *A parte autora produziu as provas que estavam ao seu alcance, as quais indicam, reiterar-se, a chance expressiva de a contaminação ter ocorrido, em julho de 2011, no Hospital Darcy Vargas.*
- ▶ *Já os réus mostraram desinteresse em relação à instrução processual (a ponto de sequer formularem quesitos para a prova pericial) e, acima de tudo, omitiram-se*

por completo quanto ao esclarecimento da situação substancial trazida ao processo – esclarecimento que nunca será pleno, mas sim entendido a partir de um juízo probabilístico –, deixando de trazer fatos positivos, plenamente ao seu alcance, que poderiam indicar a baixa probabilidade de a contaminação da primeira autora ter ocorrido em suas respectivas unidades hospitalares (como por exemplo a comprovação da observância de protocolos de biossegurança e a apresentação de certificações positivas em termos de cuidados profiláticos).

- ▶ *Outro critério para a definição de causas caracterizadas pela dupla impossibilidade probatória, o critério instrumentalista da interpretação das normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie (REsp 918.257), favorece igualmente a procedência dos pedidos, fundindo-se no presente caso vários direitos fundamentais de primeira grandeza, titularizados pelos autores, que pedem atenção e atendimento.*
- ▶ *No contexto da dupla impossibilidade probatória, não se mostra capital, para o êxito da demanda, o deferimento da inversão probatória.*
- ▶ *De qualquer sorte, é evidente que a inversão deveria ter sido deferida, concorrendo para tanto os requisitos do § 1º do art. 373 do CPC, em especial a impossibilidade de os autores cumprirem o encargo previsto no inciso I do mesmo artigo, considerando ainda a plausibilidade das alegações dos autores (notadamente em relação ao Município de São Gonçalo).*
- ▶ *Considerando-se ainda por cima que a Defensoria Pública não foi intimada do indeferimento da inversão probatória, recomenda-se seja impugnada a decisão na preliminar da apelação a ser interposta (nos termos do § 1º do art. 1.009, do CPC), deixando-se claro, sem embargo, que a impugnação tem caráter subsidiário, podendo a procedência dos pedidos ser decretada independentemente da inversão.*
- ▶ *A abordagem da causa sob o ângulo da responsabilidade só vem reforçar a necessidade de se dar provimento à apelação dos autores.*
- ▶ *Tendo-se em vista que o tema da responsabilidade civil não pode ser pautado por rigores naturalistas intransponíveis e infensos a valores sociais maiores, a impossibilidade de se precisarem dia, hora e local em que a primeira autora foi contaminada não pode ser empecilho à responsabilização dos réus, notadamente à vista do regime constitucional pátrio, que tem a solidariedade como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, da Constituição).*
- ▶ *Em matéria de responsabilidade civil, a propósito, o STJ encampa a teoria da verossimilhança preponderante, considerada compatível com o ordenamento jurídico-processual brasileiro.*
- ▶ *A grande probabilidade de a contaminação ter acontecido no Hospital Infantil Darcy Vargas ou em outras unidades hospitalares dos réus durante o período de contágio, somada à postura nada cooperativa dos réus durante o processo, é mais do que suficiente para embasar o provimento da apelação dos autores e a condenação dos réus.*

- ▶ *É aplicável aqui a teoria da causalidade alternativa, muito bem utilizada pelo TJ/RJ em caso com muitos pontos comuns (Apelação 0327063-65.2013.8.19.0001, rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, Vigésima Sétima Câmara Cível, julgamento em 12/06/2019).*
- ▶ *Não é necessário, sempre, certeza quanto à autoria do ilícito, como se percebe pelo entendimento do STJ acerca da responsabilidade dos condomínios por objetos caídos dos prédios de apartamentos sem autoria identificada.*
- ▶ *No caso presente, maior ainda é a razão da solução solidária, pois estamos diante de um “condomínio” imposto constitucionalmente, qual seja, o condomínio necessariamente solidário dos entes federativos brasileiros em relação às prestações de saúde, o qual fica responsável pelo “atendimento integral” da população, sobretudo a população carente (arts. 196 e seguintes da Constituição).*
- ▶ *De toda sorte, não importa tanto que a condenação seja solidária, envolvendo ambos os réus, e sim que danos tão devastadores para a vida da pequena Maria não fiquem sem reparação, a bem da integridade de princípios e direitos constitucionais absolutamente indisponíveis e a bem, ainda, do princípio maior da responsabilidade civil contemporânea – a proteção da vítima.*
- ▶ *Dispositivos constitucionais e legais violados pela sentença de improcedência: **Constituição** – art. 3º, I; art. 5º, incisos XXXII, XXXV e LIV; art. 170, V; arts. 196, 197 e 198, caput e incisos, especialmente o inciso II; e art. 227, caput; **Código de Processo Civil** – arts. 3º, caput, 5º, 6º e 8º (normas fundamentais do processo civil brasileiro); art. 373, § 1º; e arts. 473, § 2º, e 479; **Código Civil** – arts. 938 e 942, par. único.*

1. O CASO SUBMETIDO À COORDENADORIA CÍVEL

Trata-se de consulta submetida à COCIV sobre as melhores teses a utilizar no recurso de apelação a ser feito em prol de usuários da Defensoria Pública no Proc. ..., em trâmite na 5ª Vara Cível de São Gonçalo.

Como se verá logo a seguir, o caso reveste-se de contornos muito peculiares e, além disso, dramáticos, envolvendo menor que contraiu o vírus HIV.

Dada a natureza da consulta, este parecer terá escopo eminentemente prático, mirando o êxito da apelação que será interposta (e que terá, naturalmente, acompanhamento da COCIV).

Iniciemos pelo histórico do feito.

2. HISTÓRICO DO PROCESSO

Cuida-se de ação proposta, em 2017, por Maria, hoje com 15 anos, e seus pais Madalena e José em face do Município de São Gonçalo e do Estado do Rio de Janeiro, buscando reparação por danos morais e materiais.

Narrou a inicial (ID 3) que a primeira autora, a menor Maria, nascida em 2008, é portadora de anemia falciforme, doença bastante séria, tendo sido logo encaminhada

ao Instituto Estadual de Hematologia – HEMORIO para tratamento. Dada a situação delicada de saúde da menor, ela era submetida anualmente a testes de HIV, que deram resultado negativo até o ano de 2011.

Prosseguindo, no ano de 2012, devido a problemas de saúde de sua mãe, Maria deixou de frequentar o HEMORIO. Quando voltou, em 2013, foi feito novo teste de HIV e se constatou que a menor havia sido infectada pelo vírus HIV.

Ainda de acordo com a inicial, Maria, até pela pouca idade, nunca fora colocada em qualquer situação de risco para a contração do vírus, a não ser o comparecimento frequente à rede pública de saúde, tudo indicando ter ocorrido o contágio nesse ambiente hospitalar.

Tendo como referência o período em que o contágio aconteceu (entre o exame negativo e o exame positivo), incluiu-se no polo passivo o Município de São Gonçalo e o Estado do Rio de Janeiro, à vista de a menor ter sido atendida, no período da contaminação, em unidades hospitalares desses dois entes.

Ao final, pediu-se a inversão probatória e a condenação dos réus a pagarem pensão alimentícia à primeira autora, a fim de custear o seu tratamento e sustento, e mais danos materiais e morais aos três autores.

Acompanharam a inicial, além de documentos pessoais dos autores, os prontuários médicos relativos à primeira autora, desde a sua infância mais tenra até o tempo em que descobriu estar contaminada pelo vírus HIV. Nessa leva de documentos, incluiu-se também a comprovação de que a segunda e o terceiro autores, pais da primeira autora, bem como a irmã mais velha desta, Helena, não estão infectados pelo vírus.

Citados os réus, seguiu-se a contestação do Município de São Gonçalo (ID 174), **acompanhada por um único documento**, o estatuto da Fundação Municipal de Saúde de São Gonçalo (que seria, de acordo com a contestação, a parte legítima para a causa).

A contestação do Estado do Rio de Janeiro (ID 193), apresentada em 08/10/18, também não se fez acompanhar de qualquer documentação. Porém, a petição ID 204, protocolizada mais de três meses depois, em 17/01/19, trouxe esclarecimentos e documentos sobre as passagens da primeira autora na rede estadual (Hospital Estadual Alberto Torres e HEMORIO).

Apresentadas as contestações dos réus – **nas quais em nenhum momento se negou, até porque seria impossível, que a primeira autora foi atendida na rede hospitalar de ambos durante o período do contágio** –, sobreveio a réplica ID 243, reafirmando os termos da inicial.

Em provas, os autores, pela Defensoria Pública, requereram a produção de provas pericial, testemunhal e documental suplementar, bem como insistiram na decretação da inversão probatória (ID 258). O Município de São Gonçalo requereu perícia médica (ID 260). O Estado não se manifestou (certidão ID 261).

No saneamento do feito (ID 271), rechaçou-se a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Município de São Gonçalo e indeferiu-se a inversão probatória requerida pelos autores, uma vez que “a alegação dos autores se mostra pouco precisa” (como se fosse possível algo diferente). Ao mesmo tempo, o magistrado deferiu provas pericial médica e documental, determinando ainda a vinda imediata de prontuários médicos da primeira autora.

Observe-se que a Defensoria Pública, patrona dos autores, não foi intimada da decisão de saneamento. Os outros réus foram intimados, mas não a Defensoria.

O Município de São Gonçalo, na petição ID 276, juntou o prontuário relativo à internação da primeira autora no Hospital Infantil Darcy Sarmanho Vargas em julho de 2011, **deixando, contudo, de juntar documentos relativos às passagens dela no Pronto Socorro Dr. Armando Gomes de Sá Couto, igualmente pertencente à rede pública de São Gonçalo** (passagens comprovadas na documentação acostada à petição inicial).

Por seu turno, o Estado, na petição ID 365, esclareceu que, no período mencionado na decisão de saneamento, a primeira autora não foi atendida no Hospital Estadual Alberto Torres, o que realmente procede, **valendo porém consignar que, no período, ela foi atendida no HEMORIO (como será visto adiante, na análise da prova produzida no processo).**

No tocante à prova pericial, **somente os autores formularam quesitos** (na petição ID 398).

Seguiram-se o laudo pericial (ID 422), quesitos suplementares dos autores (ID 444) e a resposta do expert aos quesitos suplementares (ID 464). Sobre a prova pericial, falaremos a respeito – criticamente – no próximo capítulo.

Após, foi proferida a sentença (ID 511), contendo julgamento de improcedência dos pedidos. Entendeu-se que “a improcedência dos pedidos decorre da simples leitura da inicial, na medida em que os autores não apontam, de forma específica e individualizada, qual ação estatal possibilitou que a primeira autora contraísse a doença”. Aduziu a sentença não haver “provas mínimas de que os réus tenham, por meio de seus prepostos, causado os danos narrados na inicial”.

Em 24/10/23, a Defensoria Pública, patrona dos autores, foi intimada (tacitamente) da r. sentença de improcedência.

É o relatório do processo.

3. ANÁLISE DA PROVA PRODUZIDA NO PROCESSO

3.1. Análise da prova documental

Nesta seção, pretende-se proceder a algo que ainda não foi feito no processo – nem pela perícia –, mas é fundamental para um julgamento justo da causa, a saber, **a análise detida e criteriosa da prova produzida**, notadamente a prova documental acostada à inicial.

Inicie-se pela relevante documentação oriunda do HEMORIO (ID 57).

Dentro dessa documentação, saliente-se o que está à p. 76: **o teste de HIV da primeira autora foi negativo em 13/05/11 e positivo em 12/08/13**. Tendo-se em vista a “janela” imunológica de um mês (o tempo estimado para a infecção aparecer

no teste²), o contágio deve ter ocorrido entre abril de 2011 e julho de 2013. Este é um dado capital para o processo.

Fundamental também é o que pode ser lido à p. 74, e até agora não foi objeto de qualquer menção no processo: após descoberta a contaminação, a primeira autora foi levada à ginecologia do HEMORIO, que atestou a inexistência de qualquer lesão ou sinal de abuso nos órgãos íntimos da menor.

A par disso, há a declaração de que a mãe da primeira autora se submeteu imediatamente ao teste e o resultado foi negativo (p. 74 e 76). Quanto ao pai e à irmã mais velha, fizeram o teste posteriormente (ID 126), sendo também negativo para ambos.

De acordo com o *site* do Ministério da Saúde³, eis as causas possíveis para a infecção pelo HIV:

- Sexo vaginal sem camisinha.
- Sexo anal sem camisinha.
- Sexo oral sem camisinha.
- Uso de seringa por mais de uma pessoa.
- Transfusão de sangue contaminado.
- Da mãe infectada para seu filho durante a gravidez, no parto e na amamentação.
- Instrumentos que furam ou cortam não esterilizados.

Portanto, não tendo havido a chamada contaminação vertical (mãe para filho), e excluídas também as hipóteses de relação sexual, uso compartilhado de seringa e transfusão de sangue contaminado (Maria só passaria por transfusões posteriormente à contaminação), **a grande e única hipótese, no caso, é a de contágio por instrumentos que furam ou cortam não esterilizados em ambiente hospitalar.**

Importa então, para o processo, verificar os atendimentos hospitalares prestados à primeira autora, pelas entidades réis, **no período em que o contágio ocorreu** (não interessando para esse propósito a internação de Maria, por dengue, no Hospital Estadual Alberto Torres em 2008, logo após o seu nascimento – ID 36).

Feita tal delimitação, merecem atenção os atendimentos realizados pelo HEMORIO, pelo Hospital Infantil Darcy Sarmanho Vargas (São Gonçalo) e pelo Pronto Socorro Dr. Armando Gomes de Sá Couto (São Gonçalo).

No HEMORIO, a primeira autora esteve em julho de 2011 (p. 66-67), agosto de 2011, em uma emergência (p. 68), e em novembro de 2011 (p. 69). Após essa última

² Confira-se no site do Ministério da Saúde: “Janela imunológica é o período entre a infecção pelo HIV e a produção de anticorpos contra o HIV pelo organismo em uma quantidade suficiente para serem detectados pelos testes, como o teste rápido. Na maioria dos casos, a duração da janela imunológica é de 30 dias, porém esse período pode variar, dependendo da reação do organismo do indivíduo frente à infecção e do tipo do teste (método utilizado e sensibilidade). Se um teste para detecção de anticorpos anti-HIV é realizado durante o período da janela imunológica, há a possibilidade de gerar um resultado não reagente, mesmo que a pessoa esteja infectada. Dessa forma, recomenda-se que, nos casos de testes com resultados não reagentes em que permaneça a suspeita de infecção pelo HIV, a testagem seja repetida após 30 dias com a coleta de uma nova amostra. Verifique a bula do teste que está sendo utilizado para identificar qual a janela imunológica prevista. É importante ressaltar que, no período de janela imunológica, o HIV já pode ser transmitido, mesmo nos casos em que o resultado do teste que detecta anticorpos anti-HIV for não reagente”. (O QUE é janela imunológica? In: BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento de HIV, Aids, Tuberculose, Hepatites Virais e Infecções Sexualmente Transmissíveis. Janela imunológica. **Ministério da Saúde**, Brasília, DF, 03 maio 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/aids/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/perguntas-frequentes-1>. Acesso em: 8 dez. 2023).

³ TRANSMISSÃO. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Saúde de A a Z: A: Aids/HIV. **Ministério da Saúde**, Brasília, DF, 17 out. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/a/aids-hiv/transmissao-da-aids-hiv>. Acesso em: 8 dez. 2023.

consulta, só retornaria em junho de 2013 (p. 71), ausência que decorreu de problemas de saúde da segunda autora, mãe da primeira autora.

No Hospital Infantil Darcy Sarmanho Vargas, a primeira autora esteve internada por 13 dias, **entre 19/07/11 e 31/07/11**, em virtude de uma pneumonia, **fato que até agora não mereceu qualquer comentário no processo**, nem mesmo pelo Sr. Perito.

Frise-se que a documentação relativa a essa internação (ID 92 e ID 276) aponta a expressiva chance de a contaminação ter acontecido exatamente ali. Não chegou a haver transfusão, mas foram 13 dias de procedimentos invasivos – inevitáveis quando se trata de uma internação por pneumonia –, sendo a primeira autora furada inúmeras vezes, ficando extremamente exposta.

É certo que, em condições normais, a primeira autora não teria se contaminado. Porém, “condições normais” é algo que não se aplica à pequena Maria. O só fato de ter contraído HIV com pouco mais de três anos de idade já é muito excepcional. Este caso, positivamente, não pode ser decidido com base na normalidade.

Para corroborar o que acabou de ser dito, veja-se um fato recente e chocante que repercutiu nacionalmente⁴, **ocorrido no mesmo Hospital Darcy Vargas**: em março deste ano, uma criança com menos de dois anos de idade foi atendida para tratar uma picada de mosquito na testa e acabou saindo com parte do dedo mínimo direito decepado, por total imperícia da técnica de enfermagem do Hospital durante a retirada de uma atadura. **Ou seja, acidentes acontecem, sobretudo no Hospital Darcy Vargas** (que deve estar bem melhor atualmente – assim pelo menos se espera – do que há 12 anos, quando lá esteve internada a primeira autora...).

Forçoso reconhecer, ainda, que a falta de recursos é crônica e notória na rede pública estadual, o que estimula reuso de materiais e descabros na questão da assepsia.

Aduza-se que a documentação acostada à inicial revela várias outras passagens da primeira autora pela rede pública de São Gonçalo. Após a internação em julho de 2011, registram-se, no mesmo ano, consultas em agosto (p. 121), setembro (p. 122), outubro (p. 123) e dezembro (p. 124 e 125 – foram duas consultas no mês).

Na documentação ID 48, por fim, são noticiadas outras tantas passagens da primeira autora, durante o período de contágio, pela rede pública de São Gonçalo, envolvendo especificamente o Pronto Socorro Dr. Armando Gomes de Sá Couto. Em 2012, Maria lá esteve em fevereiro (p. 49), março (p. 50), abril (p. 51), maio (p. 52), julho (p. 53), setembro (p. 54) e novembro (p. 55). Em 2013, a menor compareceu em janeiro (p. 56). Durante a consulta de julho de 2012 (p. 53), **anotou-se no prontuário a ocorrência mensal de aplicações intravenosas**: “Trouxe para tomar Benzetacil. Menor portadora de anemia falciforme, faz uso de penicilina mensalmente”.

3.2 Análise da prova pericial

Fechada a análise da prova documental, ocupemo-nos da prova pericial. Uma visão crítica, a respeito, faz-se inevitável.

⁴ O fato foi noticiado amplamente. A título de exemplo, confira-se a seguinte matéria: Bebê é internado para tratar ferimento no rosto e tem parte do dedo amputada no RJ (RODRIGUES, Cleber. Bebê é internado para tratar ferimento no rosto em tem parte do dedo amputado no RJ. **CNN Brasil**, Rio de Janeiro, 17 mar. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/bebe-e-internado-para-tratar-ferimento-no-rosto-e-tem-parte-do-dedo-amputada-no-rj/>. Acesso em: 8 dez. 2023).

Primeira crítica: o laudo pericial (ID 422) esqueceu-se por completo de fazer aquilo que se espera minimamente de um laudo em casos tais, a saber, a análise direta e fundamentada dos documentos médicos existentes no processo. O que fizemos acima não se vê em nenhum momento do laudo, lamentavelmente. Confirmando o fato, repare-se que o laudo não cita diretamente, com a referência do respectivo número de página/ID, nenhum documento do processo. Insista-se: nenhum. O que se tem apenas, além de reproduções da narrativa dos autores, são opiniões genéricas e imotivadas que nada agregam em termos técnico-científicos.

Tome-se, a propósito, a parte do laudo intitulada “Conclusão – Análise Técnica”. No item 7, é dito:

Não se pode firmar que a infecção se deu em algum hospital citado na inicial, pois existem várias formas de se contrair o vírus.

É óbvio que existem várias formas de se contrair o vírus. Para chegar a tal conclusão, não se precisaria recorrer a um expert. Igualmente, os autores jamais sustentaram que seria possível apontar um dos hospitais citados como responsável pela infecção. O que se queria do laudo era, à vista dos documentos juntados no processo, uma análise das possibilidades/probabilidades de a infecção ter ocorrido em um dos hospitais citados. Essa visão, sim, é que se poderia esperar de um técnico no caso. Mas evidentemente nada disso veio, pois exigiria a análise cuidadosa dos documentos médicos do processo, o que não aconteceu, preferindo o laudo perder-se em considerações genéricas e imotivadas.

Esse descompromisso com dados concretos fica ainda mais nítido no item 9, que chega a ser caricato para um laudo pericial:

Não se pode imputar culpabilidade aos profissionais ligados ao tratamento da paciente, pois todas as técnicas são repassadas de forma que os riscos sejam eliminados, a humanização do tratamento e a empatia com o paciente são as bases do ato profissional.

Pela visão edulcorada do laudo, erro médico/hospitalar parece algo impossível de existir em solo nacional, dado o respeito absoluto e invariável a valores tão nobres, gerando inclusive a “eliminação” (e não apenas a mitigação) dos riscos. Como a realidade, entretanto, não se comove com ufanismos ocultos, crianças entram no Hospital Darcy Vargas para tratar uma inflamação na testa e saem de lá com parte de um dedo amputado...

Para culminar, sustenta o laudo, no item 10:

Portanto, conclui-se que não foram apresentados elementos técnicos suficientes e capazes de atribuir dano causado a [sic] autora por ato de imperícia, imprudência ou negligência. Não podemos afirmar ou determinar a causa e via de transmissão para a paciente.

Nesse ponto, há um claro desbordamento das funções da perícia. O expert não é o juiz da causa para imiscuir-se em questões eminentemente jurídicas, ainda mais

se se trata de opinião arrimada em exame superficial e meramente panorâmico dos documentos do processo.

Em suma, a perícia deixou de fazer o que dela se exigia, a análise fundamentada dos documentos médicos da causa, e fez o que não poderia ter feito.

Nesse sentido, dispõe o § 2º do art. 473 do CPC:

§ 2º É vedado ao perito ultrapassar os limites de sua designação, bem como emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia.

No mais, o laudo limita-se a reproduzir noções bem conhecidas de todos (e que podem ser encontradas em sites governamentais) sobre a anemia falciforme e o vírus HIV, a exemplo das causas possíveis de contaminação pelo vírus.

Segundo o art. 479 do CPC, “O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”.

Ou seja, o juiz e o tribunal não ficam vinculados ao laudo pericial, devendo dar a este o valor que entendam devido.

No caso, forçoso reconhecer que a prova pericial nada agregou ao processo, pois se eximiu de proceder à tarefa que lhe era primordial – a análise meticulosa dos prontuários médicos acostados aos autos. A (equivocada) sentença de improcedência até cita o laudo pericial, mas poderia nem ter citado, uma vez que não provém do laudo qualquer consideração técnico-especializada obtida de maneira metodologicamente adequada.

3.3 Conclusões deste tópico

Analisadas as provas documental e pericial, pode-se concluir:

► Uma gravíssima lacuna do processo, especialmente em se tratando de um processo que envolve fatos tão pungentes, diz respeito à pouca atenção dada à prova documental produzida, que até agora foi analisada de modo meramente superficial e panorâmico, inclusive pelo laudo pericial.

► A análise detida da prova documental aponta a expressiva chance de a contaminação da primeira autora ter ocorrido na sua internação, por 13 dias, no Hospital Darcy Sarmanho Vargas, da rede pública de São Gonçalo, em julho de 2011, durante exatamente o período de contágio.

► *Data venia*, o laudo pericial produzido mostra-se imprestável para o deslinde da causa, na medida em que se eximiu de proceder à tarefa que lhe era primordial – a análise meticulosa dos prontuários médicos acostados aos autos.

4. O CORRETO EQUACIONAMENTO DA QUESTÃO DOS ÔNUS PROBATÓRIOS, NO CASO, SOB AS LUZES DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO SUBSTANCIAL À JUSTIÇA E DO REGIME COOPERATIVO IMPLANTADO PELO CPC DE 2015

4.1. Outra grande falha do processo (até agora): a insensibilidade para a impossibilidade absoluta de os autores provarem diretamente a sua versão

A sentença de improcedência (ID 511) assim se manifestou sobre a questão probatória:

No caso em apreço, a improcedência dos pedidos decorre da simples leitura da inicial, na medida em que os autores não apontam, de forma específica e individualizada, qual a ação estatal possibilitou que a primeira autora contraísse a doença.

Não bastasse isso, a prova pericial atestou que não foram apresentados elementos técnicos suficientes e capazes de atribuir dano causado a autora por ato de imperícia, imprudência ou negligência por parte dos réus.

Em complemento, o ilustre perito asseverou não ser possível afirmar ou determinar a causa e via de transmissão para a primeira autora.

Nesse cenário, diante da ausência de provas mínimas de que os réus tenham, por meio de seus prepostos, causado os danos narrados na inicial, a improcedência dos pedidos é medida que se impõe.

Deparamos então com a segunda grande falha deste processo até o momento (a primeira, lembre-se, é a pouca atenção dada à prova documental produzida). A saber: a desconsideração de que estamos diante de uma causa muito peculiar, na qual a comprovação das versões de ambas as partes exige “provas diabólicas”.

De fato, os réus não têm como provar que a primeira autora não se contaminou em suas unidades hospitalares. Por outro lado, é completamente impossível a prova de que a primeira autora tenha se contaminado na rede hospital de São Gonçalo ou na rede hospitalar estadual.

Muito comodamente, e sem se analisar detidamente a prova documental produzida, atentou-se apenas para a dificuldade probatória que atinge os réus. Todavia, a impossibilidade de os autores provarem a sua versão foi ignorada, e sequer a inversão probatória foi deferida.

Lendo-se o laudo pericial e a sentença, fica-se até com a impressão de que a atividade probatória dos autores foi deficiente, ou seja, eles poderiam ter feito a prova dos fatos que lhes seriam favoráveis, mas por qualquer razão assim não procederam.

Reproduza-se novamente o primeiro parágrafo da sentença:

No caso em apreço, a improcedência dos pedidos decorre da simples leitura da inicial, na medida em que os autores não apontam, de forma específica e individualizada, qual a ação estatal possibilitou que a primeira autora contraísse a doença.

É dizer: faltou aos autores apontar, de forma específica e individualizada, qual a ação estatal que possibilitou o contágio. A causa, portanto, é muito simples, e tudo se resolve na falha processual imputada aos autores.

Perdoe-se a nossa ironia, mas os valores em jogo são gravíssimos. Uma criança de poucos anos de idade, filha de uma família muito carente e ainda por cima nascida com uma grave doença (anemia falciforme), foi vítima de mais uma tragédia ao se descobrir infectada pelo vírus HIV. Para receber uma justa compensação em face dessa absurda contaminação, e assim obter recursos para o tratamento, a família confiou no Poder Judiciário, sua única e última esperança de justiça.

A causa, pois, deve ser tratada com a necessária profundidade, não se cuidando, longe disso, de um feito em que a ordinária atribuição dos ônus probatórios à parte autora é o suficiente para garantir um resultado razoavelmente justo.

Com todas as vênias, é evidente que os autores não têm – e jamais tiveram – como apontar, “de forma específica e individualizada”, qual a ação estatal que possibilitou o contágio. De resto, isso é praticamente impossível para as pessoas em geral, pobres ou ricas, a não ser em situações absolutamente excepcionais (como a do médico paquistanês soropositivo acusado de infectar propositalmente 437 crianças⁵). Nem por isso, contudo, as pessoas devem resignar-se e aceitar a indenidade e a irreparabilidade de tamanho ilícito.

Como essa identificação da causa do contágio poderia ter acontecido? A cada procedimento invasivo sofrido no Hospital Darcy Vargas, os pais da primeira autora – pessoas muito carentes – poderiam ter exigido a realização de um imediato teste de HIV? Nem isso seria suficiente, dada a existência da “janela” imunológica.

Em outras palavras, estamos diante de uma prova inquestionavelmente diabólica para os autores, e isso não poderia deixar de ter sido reconhecido. Os autores fizeram a prova que lhes era possível fazer (e que não foi, como já demonstrado à sociedade, devidamente analisada).

Sem dúvida nenhuma, a desconsideração dessa impossibilidade probatória representou séria afronta ao direito fundamental dos autores ao acesso substancial à justiça – ou, em fórmula mais sintética, direito fundamental ao processo –, sediado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República, cláusula pétrea de magna importância dentro do nosso Estado Constitucional de Direito (reproduzida no art. 3º, caput, do CPC).

Por sinal, ao mencionar expressamente a petição inicial, a sentença não deixou qualquer dúvida, *data venia*, quanto à afronta ao texto constitucional. O subtexto da fundamentação decisória é muito claro: os autores já entraram em campo derrotados. Nada mais refratário ao acesso substancial à justiça.

Estabelecida a premissa de que há prova diabólica para as duas partes no caso, e considerada naturalmente a imperiosidade de se respeitarem os direitos fundamentais dos autores, vejamos como o sistema processual brasileiro enfrenta a situação da dupla impossibilidade probatória e qual a direção recomendada para o caso concreto.

⁵ Notícia: MÉDICO é acusado de contaminar 437 crianças com o vírus HIV no Paquistão. **Veja**, [s. l.], 30 jul. 2020. Mundo. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/medico-e-acusado-de-contaminar-437-criancas-com-o-virus-hiv-no-paquistao#:~:text=Muzaffar%20Ghangharo%2C%20que%20tem%20Aids,se%20ele%20infectou%20pacientes%20deliberadamente&text=Um%20m%C3%A9dico%20foi%20preso%20no,como%20portadores%20do%20v%C3%A-Drus%20HIV>. Acesso em: 10 dez. 2023.

4.2. Dupla impossibilidade probatória e modelo cooperativo. Quem deixou de colaborar para o esclarecimento (probabilisticamente falando) da situação substancial litigiosa trazida para o presente processo?

Vale repisar e desenvolver ideia ventilada acima. Havendo uma dupla impossibilidade probatória, como ocorre no caso concreto, a causa é peculiaríssima, e deve ser tratada de maneira simetricamente diferenciada, a bem do acesso substancial à justiça.

Peça indispensável desse regime diferenciado é a minimização da importância das regras relativas ao ônus da prova. E nem poderia ser de outra forma. Se ambas as partes estão absolutamente impedidas de provar as suas alegações, ao menos de uma forma direta, a atribuição a qualquer delas dos encargos probatórios, nos moldes tradicionais, consistiria em autêntica iniquidade processual, pois sabido de antemão que os encargos não poderiam ser cumpridos. Nessas hipóteses, já haveria um vencedor antes de o jogo ser jogado, o que significaria séria afronta ao acesso substancial à justiça e ao próprio devido processo legal.

Ressalve-se que se trata de um recuo meramente *ad hoc* das regras atinentes aos ônus probatórios, que continuam a vigorar normalmente nos demais casos.

Firmado tal recuo nas situações de dupla impossibilidade probatória – única forma de resguardar o magno princípio do acesso à justiça –, é de se indagar: qual o critério a ser observado? Mesmo havendo prova diabólica para as duas partes, é vedado o *non liquet* e alguma decisão há de ser proferida.

A resposta sobre o critério reitor pode ser extraída, sem maior dificuldade, da sistemática processual vigente.

O CPC de 2015 não apenas inseriu a cooperação como norma fundamental do processo civil (art. 6º). Mais do que isso, instituiu-se, a partir de 2015, um **modelo cooperativo de processo**, que transcende os tradicionais modelo adversarial e inquisitivo, cuidando-se do “modelo de direito processual civil adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático”⁶. Dessa forma, a cooperação ganhou impressionante força normativa na sistemática implementada em 2015, passando a orientar todos os setores do processo civil, entre eles, evidentemente, o setor probatório.

A influência da cooperação no campo probatório é notável. Havendo ou não dupla impossibilidade probatória, as regras concernentes aos encargos probatórios assumem caráter menos rígido, pois se cobra a participação de ambas as partes na elucidação dos fatos controvertidos. Mesmo quem não detém o ônus – seja em virtude da distribuição estática, seja em virtude da redistribuição do encargo – fica obrigado a cooperar na atividade probatória, sob pena de sofrer as consequências da sua inércia. Não se admite mais, em suma, a postura inerte e acomodada da parte a quem não foi atribuído o ônus da prova, notadamente quando a causa se apresenta complexa.

Eloquente, nesse sentido, é um julgado que aplicou a principiologia do CPC de 2015 a um caso regido formalmente pelo CPC de 1973 (REsp 1.698.696/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02/08/2018). Lê-se no respectivo acórdão: “São inadmissíveis a postura de inércia probatória e a omissão proposital de informações

⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 20. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. 1 v. p. 158.

aptas à elucidação das questões controvertidas por quem comprovadamente detinha condições de apresentá-las, configurando esta conduta violação aos princípios da boa-fé e da cooperação em matéria instrutória, extraível a partir do art. 339 do CPC/73”.

Quando se trata de dupla impossibilidade probatória, a influência do modelo cooperativo, naturalmente, aguça-se ainda mais. A indagação sobre a efetiva cooperação das partes na atividade probatória torna-se decisiva para o deslinde da causa.

Tome-se, a propósito, a figura do “risco de inesclarecibilidade” – pensada exatamente para as situações de prova bilateralmente diabólica –, assim explicada por Fredie Didier Jr.:

[...] No entanto, existem situações em que a prova do fato é impossível ou muito difícil para ambas as partes – é *bilateralmente diabólica*. É o que Marinoni chama de “situação de inesclarecibilidade”. **Em tais casos, não cabe ao juiz manter o ônus da prova com aquele que alegou o fato, tampouco invertê-lo, na fase de saneamento (ou probatória), para atribuí-lo ao seu adversário (art. 373, § 2º, CPC).**

Em razão disso, ao fim da instrução, o juiz pode não chegar a um grau mínimo de convicção, e uma das partes deverá arcar com as consequências gravosas deste seu estado de dúvida – afinal, é vedado o *non liquet*.

Para definir qual será sua regra de julgamento (ônus objetivo), cabe ao juiz verificar, ao fim da instrução, **qual das partes assumiu o “risco de inesclarecibilidade”, submetendo-se à possibilidade de uma decisão desfavorável.** (Grifo nosso)⁷.

A utilização do “risco de inesclarecibilidade” para a definição de causas caracterizadas por dupla impossibilidade probatória, com forte apoio doutrinário, nada mais é do que a materialização da sensível influência da cooperação na seara probatória.

Dessa forma, o grau de cooperação das partes torna-se o critério maior para a solução de causas como a presente, o que não só reverencia o modelo cooperativo abraçado pelo CPC de 2015, mas também preserva o direito fundamental ao acesso substancial à justiça, que não admite, em hipótese alguma, que partes portadoras de um bom direito material abram um processo antecipadamente derrotadas.

Aplicadas tais noções ao processo em tela, é de se indagar: quem deixou de colaborar?

Quanto à parte autora, repita-se: produziu as provas que estavam ao seu alcance. Provas estas, reitere-se, que demonstram uma chance expressiva de a contaminação ter ocorrido, em julho de 2011, no Hospital Darcy Vargas.

No tocante aos réus, o mesmo não pode ser dito, longe disso. O simples relato dos atos processuais já demonstra o pouco empenho dos réus quanto à elucidação dos fatos litigiosos.

Veja-se em primeiro lugar o Município de São Gonçalo. Em sua contestação (ID 174), sequer juntou documentos (a não ser o estatuto da Fundação Municipal de Saúde, a quem a contestação atribuía a legitimidade passiva *ad causam*). Os prontuários

⁷ DIDIER JR., Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, maio/agosto 2018, p. 157.

médicos da primeira autora só foram entregues (e de forma incompleta, porque ficaram faltando os prontuários relativos às passagens da primeira autora no Pronto Socorro Dr. Armando Gomes de Sá Couto) em virtude de determinação judicial, no momento do saneamento do processo (ID 271 e ID 276). Depois, sequer formulou quesitos para a perícia judicial (somente os autores formularam quesitos – ID 398).

Quanto ao Estado do Rio de Janeiro, é de se reconhecer que foi um pouco menos desinteressado quanto à apuração dos fatos, apresentando, após a contestação, embora de forma intempestiva (mais de três meses após a contestação), esclarecimentos relativos aos atendimentos prestados à primeira autora na rede hospitalar estadual (ID 204). Não obstante, silenciou na fase de especificação de provas (ID 261) e também não formulou quesitos para a perícia judicial (somente os autores formularam quesitos – ID 398).

Acima de tudo, ambos os réus se mostraram completamente omissos em relação ao esclarecimento da situação substancial trazida ao processo. É certo que o fato da não transmissão, porque negativo, estava fora do alcance dos réus. No entanto, havia fatos positivos que poderiam indicar a baixa probabilidade de a contaminação da primeira autora ter ocorrido em suas respectivas unidades hospitalares. Só que não houve a menor preocupação dos réus em comprovar tais fatos.

Sabe-se, com efeito, que, a partir do aparecimento da AIDS (no final da década de 70 e início da década de 80 do século passado), os centros médicos desenvolveram uma série de protocolos para evitar a propagação do vírus. Pois bem, não era difícil aos réus comprovar que seguiam tais protocolos no período de contágio da primeira autora (entre 2011 e 2013) e que suas unidades hospitalares tinham e têm certificações positivas (se é que realmente tinham) nessa área de biossegurança e cuidados profiláticos. Mas nada disso veio aos autos.

Importa acrescentar que a condição da primeira autora – menor em situação de imensa vulnerabilidade –, os direitos fundamentais em jogo e a dramaticidade dos fatos controvertidos exigiam dos réus uma conduta probatória mais ativa do que em outros casos, em respeito mesmo à dignidade humana da primeira autora e de seus pais. Mas não foi isso que se viu no processo, muito pelo contrário.

Por tudo isso, a situação de inesclarecibilidade declarada pela sentença foi mal compreendida, do ponto de vista jurídico-processual, pelo ato decisório. Tendo-se em vista que a situação de inesclarecibilidade não foi provocada pelos autores, e sim pelo atuar pouco cooperativo dos réus, que dessa forma assumiram o risco da inesclarecibilidade, impunha-se na verdade a procedência dos pedidos, nunca a improcedência.

Em suma, estamos, repise-se à exaustão, em um processo marcado pela dupla impossibilidade probatória, no qual não há como levar em conta, no momento decisório, as regras atinentes aos encargos probatórios, sob pena de se ferir gravemente o direito fundamental ao processo. O que mais importa aqui, portanto, é a atuação cooperativa das partes na busca de um esclarecimento mínimo da situação substancial trazida ao processo (esclarecimento que nunca será pleno, mas sim entendido a partir de um juízo probabilístico). Os autores produziram as provas que estavam ao seu alcance, demonstrando a chance

expressiva de a contaminação ter ocorrido, em julho de 2011, no Hospital Darcy Vargas. Já os réus, sobretudo o Município de São Gonçalo, atuaram de forma desinteressada no processo e, acima de tudo, não se preocuparam em demonstrar fatos positivos, ao seu pleno alcance, que indicariam a baixa probabilidade de o contágio ter ocorrido em suas respectivas unidades hospitalares. Dentro desse contexto, a procedência se impõe.

A seguir, traremos um segundo critério para a solução de lides envolvendo dupla impossibilidade probatória, desenvolvido no plano jurisprudencial.

4.3. Outro critério para o deslinde de causas em que há dupla impossibilidade probatória, igualmente favorável à procedência dos pedidos no presente caso

O CPC de 2015 positivou a distribuição dinâmica do ônus da prova, possibilidade que reforça a influência do modelo cooperativo sobre a área probatória e favorece a busca processual da verdade (possível). Mas a riqueza empírica das situações litigiosas, que tende a crescer cada vez mais, não consegue ser captada em sua plenitude pelos avanços legislativos, e sempre haverá causas que desafiam as regras de distribuição dos encargos probatórios, mesmo que se trate de regras mais flexíveis. Muitos são os exemplos disso (um deles, claro, é a presente causa), fazendo com que a jurisprudência se debruce criativamente sobre o problema. Vejamos agora a solução dada pelo STJ para um outro caso de dupla impossibilidade probatória, o caso das pílulas anticoncepcionais defeituosas.

Transcreva-se então a ementa do REsp 918.257 (rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 3/5/2007):

Civil. Processo civil. Recurso especial. Ação de reparação por danos materiais e compensação por danos morais. Consumidora do anticoncepcional 'Diane 35' que engravidou, de forma indesejada, durante a utilização do produto em face de defeito deste, porque cartelas com 20 comprimidos, ao invés de 21, foram colocadas no mercado.

- A consumidora mostrou que fazia uso regular do anticoncepcional, mas não que consumiu, especificamente, uma das cartelas que foram colocadas à venda com defeito. Defende-se a recorrente alegando que, nessa hipótese, ao julgar procedente o pedido indenizatório, o Tribunal responsabilizou o produtor como se este só pudesse afastar sua responsabilidade provando, inclusive, que a consumidora não fez uso do produto defeituoso, o que é impossível.

- Contudo, está presente uma dupla impossibilidade probatória: à autora também era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela defeituosa, e não por negligência como alega a recorrente, mas apenas por ser dela inexigível outra conduta dentro dos padrões médios de cultura do país.

- Assim colocada a questão, não se trata de atribuir equivocadamente o ônus da prova a uma das partes, mas sim de interpretar as normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie. O acórdão partiu de uma prova existente para concluir em um certo sentido, privilegiando, com isso, o princípio da proteção ao consumidor.

- Se for negada a suficiência da prova relativa ao consumo reiterado do produto como sustentáculo para a conclusão do Tribunal, restará, apenas, a opção de

acolher em seu lugar uma presunção de que a consumidora teria proposto a ação para se aproveitar daquele receituário e de uma situação pública de defeito no produto, fazendo-se passar por vítima do evento sem sê-lo.

- Assim, trocar-se-ia uma conclusão resultante da análise de uma prova evidente, da realidade dos fatos e dos princípios jurídicos aplicáveis, por uma outra presunção isolada que depende da indevida inserção de um qualificativo doloso à pretensão da autora.

- A recorrente alega que o nascimento de um filho jamais pode ser causa de dano moral; porém, deve-se anotar que o produto defeituoso é um anticoncepcional, cuja finalidade é proporcionar à mulher uma escolha quanto ao momento de ter filhos. Nesse contexto, a falha do remédio frustra tal opção, e nisso reside a necessidade de compensação pelos danos morais.

- Na presente hipótese, acrescenta-se ainda o fato de que a criança, infelizmente, veio a falecer no parto.

- A alteração do valor fixado a título de compensação pelos danos morais só deve ser revista em hipótese que indique insuportável absurdo, o que não ocorre na presente hipótese. Precedentes.

- A partir da vigência do CC/02, aplicam-se juros de mora de 1% ao mês, nos termos de reiterados precedentes da 3ª e da 4ª Turma.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 918.257/SP, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 3/5/2007, DJ de 23/11/2007, p. 465. Grifo nosso.)

Mais um caso, portanto, de dupla impossibilidade probatória. Se não tivesse havido sensibilidade para esse dado fundamental, como até agora não houve no caso da pequena Maria, a improcedência seria inevitável. Mas a dupla impossibilidade fez toda a diferença.

Acima, vimos que um critério fortíssimo para a resolução desse tipo de lide é a avaliação do grau de cooperação das partes na atividade probatória. O STJ, no REsp 918.257, elegeu outro critério, igualmente ponderoso: a interpretação das normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie. Como se percebe, um critério altamente instrumentalista. O processo é sempre meio para a efetivação do direito substancial. Quando se torna obstáculo, estamos diante de um sério problema.

Também esse critério favorece sobremodo a procedência dos pedidos formulados pelos autores.

De fato, também no caso concreto a proteção do consumidor, imposta constitucionalmente, deve prevalecer. E há muito mais do que isso em jogo.

Maria, atualmente com 15 anos, filha de uma família carente, nasceu com anemia falciforme e poucos anos após foi contaminada pelo vírus HIV, o que complicou ainda mais o seu quadro de saúde, já bem delicado desde o nascimento. Uma reparação, aqui, serviria ao menos para custear o seu tratamento (inclusive psicológico), além de reduzir os imensos obstáculos materiais que se antepõem ao aprimoramento intelectual e profissional de uma moça muito pobre e profundamente sequelada do ponto de vista médico.

Ou seja, no caso do REsp 918.257, a solução foi ditada pelo princípio da proteção do consumidor. Aqui, há muito mais. Não só o comando constitucional da proteção

do consumidor está presente, mas também o direito fundamental à saúde (arts. 6º, caput, e 196 da Constituição) e a prioridade máxima que se deve dar aos direitos das crianças e adolescentes, entre eles o direito à saúde (art. 227, caput, da Constituição).

Fundem-se neste caso, portanto, vários direitos fundamentais de primeira grandeza que pedem atenção e atendimento.

Nunca é demais reproduzir a literalidade do caput do art. 227 da Constituição da República:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Por mais esse critério, portanto, a procedência dos pedidos é a única medida possível para o deslinde da causa, a bem não só de garantias fundamentais processuais, mas também de direitos substanciais postos em destaque no plano constitucional.

4.4. A questão da inversão probatória

Como já mencionado no relatório do processo, a inversão do ônus probatório foi indeferida no momento do saneamento do processo (ID 271).

É certo que, como vimos nos itens anteriores, a solução do presente caso, marcado pela dupla impossibilidade probatória, esquiva-se das regras de atribuição dos encargos probatórios. Pensar diversamente seria desconsiderar o direito fundamental ao acesso substancial à justiça de ambas as partes.

De toda sorte, é evidente que a inversão deveria ter sido deferida, concorrendo para tanto, **em função de tudo que já foi visto**, os requisitos do § 1º do art. 373 do CPC, em especial a impossibilidade de os autores cumprirem o encargo previsto no inciso I do mesmo artigo, considerando ainda a plausibilidade das alegações dos autores (notadamente em relação ao Município de São Gonçalo).

Considerando-se ainda por cima que a Defensoria Pública não foi intimada do indeferimento da inversão probatória, recomenda-se seja impugnada a decisão na preliminar da apelação a ser interposta (nos termos do § 1º do art. 1.009, do CPC), deixando-se claro, sem embargo, que a impugnação tem caráter subsidiário, podendo a procedência dos pedidos ser decretada independentemente da inversão.

Vale aduzir que o STJ, em julgado recente, confirmou o necessário deslocamento da impugnação dessa questão específica para a apelação, seguindo assim, no ponto, a literalidade da lei processual (que consagrou a taxatividade das hipóteses de agravo de instrumento):

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO CONFIGURADA. ÔNUS DA PROVA. ART. 373 DO CPC. CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 1.015 DO CPC. PRECEDENTES. DIFERENÇA NO CASO DOS AUTOS. REGRA ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE

ORIGEM. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que não incorre em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, apenas não acatando a tese defendida pela agravante.

2. O sistema processual brasileiro adotou, como regra, a teoria da distribuição estática do ônus da prova, segundo a qual cabe ao autor provar o fato constitutivo do direito e ao réu cabe provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 373 do CPC).

3. Para dar concretude ao princípio da persuasão racional do juiz, contudo, foi introduzida a faculdade de o magistrado, no exercício dos poderes instrutórios que lhe competem (art. 370 do CPC/2015), atribuir o ônus da prova de modo diverso entre os sujeitos do processo quando diante de situações peculiares (art. 373, § 1º, do CPC/2015), denominada pela doutrina de “teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova”. Precedentes.

4. É cabível o agravo de instrumento nas hipóteses de distribuição judicial do ônus da prova, assim como nas situações em que há inversão autorizada pelo legislador.

5. Na hipótese dos autos, contudo, o Tribunal de origem entendeu, em razão das provas, documentos e autos da origem apresentados, que efetivamente não houve inversão do ônus probatório.

6. Não sendo o caso de inversão ou redistribuição do ônus probatório, mas simples aplicação da regra estática da prova, não é cabível o agravo de instrumento previsto no inciso XI, do art. 1.015 do Código de Processo Civil.

7. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 2.245.224/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 20/10/2023. Grifo nosso.)

5. REFORÇO AO PROVIMENTO DA APELAÇÃO: A IMPERIOSIDADE DE SE APLICAREM AO CASO OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA

Tudo que foi dito até agora já bastaria para o provimento da apelação dos autores. O tópico ora iniciado destina-se a reforçar o pleito recursal. Ao mesmo tempo, expressa ideias afinadas, em sua essência, com a visão humanista e solidarista preconizada em passagens anteriores deste trabalho.

Antes de mais nada, convém citar passagem bem conhecida da obra de Caio Mário da Silva Pereira:

A evolução da responsabilidade civil gravita em torno da necessidade de socorrer a vítima, o que tem levado a doutrina e a jurisprudência a marchar adiante dos códigos, cujos princípios constritores entravam o desenvolvimento e a aplicação da boa justiça⁸.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.3. p. 362.

No tempo atual, em que as possibilidades de dano se multiplicaram tremendamente, as palavras do grande mestre soam ainda mais acuradas, sobretudo no que toca à centralidade, para a responsabilidade civil, do socorro às vítimas. Nesse sentido, afirma Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP, em ensaio sobre “As tendências da responsabilidade civil no século XXI”:

[...] é urgente que deixemos hoje, mais do que ontem, um número cada vez mais reduzido de vítimas irressarcidas⁹.

Antes de tornar ao caso concreto, importa atentar, ainda, para as palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ:

[...] A disciplina da responsabilidade civil, portanto, deve muito mais a escolhas político-filosóficas do que a evidências lógico-rationais, decorrentes da natureza das coisas. [...] De fato, o dano, em si e por si, não é nem ressarcível nem irressarcível (nem “justo”, nem “injusto”). A decisão – ética, política e filosófica, antes de jurídica – deverá ser tomada pela sociedade em que se dá o evento¹⁰.

Das breves passagens doutrinárias colhidas acima, podem-se extrair valiosas diretrizes para o tratamento do caso sob o aspecto da responsabilidade civil.

Especialmente em casos como o presente, envolvendo direitos fundamentais de uma criança, hoje adolescente, profundamente lesada do ponto de vista médico, sobressai a necessidade de reparação dos danos sofridos. E, para se chegar à reparação, não é preciso uma comprovação matemática do nexo de causalidade, de resto algo impossível de alcançar no caso concreto, como já foi visto anteriormente.

De fato, consoante se pode deduzir das lições da Prof^a Maria Celina Bodin de Moraes, o tema da responsabilidade civil não pode ser pautado por rigores naturalistas intransponíveis e infensos a valores sociais maiores. A impossibilidade de se precisarem dia, hora e local em que a primeira autora foi contaminada, insista-se, não pode ser empecilho à responsabilização dos réus, notadamente à vista do regime constitucional pátrio, que tem a solidariedade como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, da Constituição).

Lembre-se, a propósito, que a própria figura do nexo de causalidade não se presta a uma definição fechada, sendo objeto de uma miríade de teorias, mais ou menos elásticas. Também não existe consenso acerca das excludentes de causalidade.

Não causa estranheza toda essa maleabilidade da figura do nexo de causalidade. De longa data – porém de forma mais intensa nas últimas décadas –, a responsabilidade civil é o reino da razoabilidade, não do cartesianismo.

⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As tendências da responsabilidade civil no século XXI. **Revista dos Tribunais**, v. 997, p. 249-268, nov. 2018.

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 21.

Os exemplos são vários. A título de ilustração, tomem-se a responsabilidade pela perda de uma chance e os cálculos de sobrevida provável da vítima. Comparecem aí a lógica do razoável e juízos probabilísticos. Equações trigonométricas não são bem-vindas.

Em sede de responsabilidade civil, a propósito, o STJ encampa a teoria da verossimilhança preponderante, considerada compatível com o ordenamento jurídico-processual brasileiro¹¹.

No caso concreto, vimos que a única explicação possível para a desgraça experimentada pela primeira autora é a contaminação hospitalar, tendo ela frequentado, no período de contágio, unidades de ambos os réus, com destaque para uma internação, por 13 dias, no Hospital Darcy Vargas (São Gonçalo). A grande probabilidade de a contaminação ter acontecido exatamente ali ou em outras unidades hospitalares dos réus durante o período de contágio, somada à postura nada cooperativa dos réus durante o processo, é mais do que suficiente para embasar o provimento da apelação dos autores e a condenação dos réus.

Veja-se. Estamos falando de uma condenação cível, no contexto da socialização da responsabilidade civil, fase evolutiva há muito sedimentada entre nós. Estivéssemos no âmbito penal, os mesmos raciocínios não seriam aplicáveis. Mas se trata de uma condenação cível, em prol do solidarismo constitucional e da efetivação de vários direitos fundamentais de primeira grandeza.

Pontue-se ainda que nada impede a condenação solidária do Município de São Gonçalo e do Estado do Rio de Janeiro. É certo, conforme já visto, que a probabilidade de a contaminação ter ocorrido em unidade hospitalar de São Gonçalo é maior do que a de ter ocorrido em unidade do Estado do Rio de Janeiro. No entanto, a primeira autora, no período do contágio, foi atendida em unidades dos dois réus. Aplicável, pois, a teoria da causalidade alternativa, que é conhecida e utilizada pelo TJ/RJ. Confira-se:

Apelação Cível. Ação indenizatória. Infecção hospitalar por micobactéria não tuberculosa. Paciente que se submeteu a cirurgias em hospitais diversos, não sendo possível identificar com precisão onde ocorreu o acidente de consumo. Aplicação da teoria da causalidade alternativa. Solidariedade. Dano moral e material. Reforma da sentença.

1. À luz do disposto no art. 14, caput, do CDC c/c art. 927, parágrafo único, do CC e da jurisprudência do STJ, a responsabilidade civil dos hospitais por acidentes de consumo decorrentes da prestação dos serviços hospitalares é objetiva pelo risco do empreendimento, não havendo que se falar, pois, em responsabilidade pelo fato de outrem (prepostos).

2. Restou incontroverso que a apelante contraiu infecção hospitalar por micobactéria não tuberculosa, após a realização de duas cirurgias realizadas por hospitais diferentes para tratamento de hérnia.

3. Nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei n. 9.431/97, o conceito de infecção hospitalar compreende qualquer infecção adquirida após a internação de um paciente em hospital, ainda que ela se manifeste após a alta, como ocorreu na hipótese trazida a lume.

¹¹ “[...] A teoria da verossimilhança preponderante, segundo a qual a parte que ostentar posição mais verossímil em relação à outra deve ser beneficiada pelo resultado do julgamento, é compatível com o ordenamento jurídico-processual brasileiro, desde que invocada para servir de lastro à superação do estado de dúvida do julgador. [...]” (REsp n. 1.738.015/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/2/2019, DJe de 15/2/2019.)

4. De acordo com o laudo pericial de fls. 196/210 (pasta 224, do indexador), e que serviu de fundamento para a sentença de improcedência, ainda que se reconheça que a autora tenha contraído a infecção em razão da falha no serviço hospitalar, não é possível aferir com precisão em qual hospital isso ocorreu, porque a infecção por micobactéria não tuberculosa pode se manifestar até um ano após o ato cirúrgico.

5. Ora, com todo respeito devido ao Juízo de Primeiro Grau, penso que a solução conferida ao caso representou uma grande injustiça para a apelante, porque não se discute que o dano por ela suportado tenha sido provocado por uma das instituições hospitalares envolvidas.

6. Nessas situações, em prestígio ao valor da dignidade da pessoa humana e aos princípios da reparação integral do consumidor, da solidariedade e da boa-fé objetiva, mostra-se conveniente aplicar a teoria da causalidade alternativa - a qual possui previsão legal nos arts. 938 e 942, parágrafo único, ambos do CC e vem sido adotada pela jurisprudência em hipóteses análogas, em que não é possível determinar com precisão o nexo de causalidade dos potenciais autores do dano -, reconhecendo-se, assim, a solidariedade dos nosocômios envolvidos.

7. Ademais, ainda que não se aplicasse tal teoria ao caso, persistiria a responsabilidade do apelado, porque ele não se desincumbiu do ônus de demonstrar a inexistência de defeito na prestação dos serviços, uma vez que se trata de inversão automática do ônus da prova (*ope legis*), a teor do art. 14, § 3º, inciso I, do CDC.

8. Dano moral *in re ipsa*. Quantum indenizatório arbitrado em R\$ 20.000,00.

9. Outrossim, cabível a indenização do dano material representado pelos gastos com anestesista demonstrados às fls. 112, no importe de R\$ 531,71.

10. Provimento ao recurso.

(0327063-65.2013.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES - Julgamento: 12/06/2019 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL) [negritamos]

Perceba-se que o caso acima guarda muito semelhança com o caso da pequena Maria. Também no caso acima, a sentença de improcedência lastreou-se em laudo pericial que afirmou não ser possível aferir “com precisão” em que hospital a infecção foi contraída. E, também no caso acima, a improcedência “representou uma grande injustiça para a apelante”.

Em abono a tal solução, invoque-se o entendimento do STJ acerca da responsabilidade do condomínio por objetos caídos do edifício de apartamentos sem autoria identificada:

RESPONSABILIDADE CIVIL. OBJETOS LANÇADOS DA JANELA DE EDIFÍCIOS. A REPARAÇÃO DOS DANOS É RESPONSABILIDADE DO CONDOMÍNIO.

A impossibilidade de identificação do exato ponto de onde parte a conduta lesiva, impõe ao condomínio arcar com a responsabilidade reparatória por danos causados a terceiros. Inteligência do art. 1.529, do Código Civil Brasileiro.

Recurso não conhecido.

(REsp n. 64.682/RJ, relator Ministro Bueno de Souza, Quarta Turma, julgado em 10/11/1998, DJ de 29/3/1999, p. 180.)

O entendimento do STJ, não se deixe de assinalar, ateu-se ao princípio maior da responsabilidade civil contemporânea: a vítima não pode ficar sem reparação:

[...] Também aqui se tratou de buscar um meio melhor de proteger a vítima de danos injustamente sofridos, embora se tivesse, neste caso, de se desviar, de maneira significativa, da letra do dispositivo do Código Civil. Novamente, quem solucionou a difícil problemática foi a jurisprudência, encarregada da aplicação da lei no seu cotidiano. O princípio maior da responsabilidade civil contemporânea estava presente: a vítima não pode ficar irressarcida¹².

Mais uma vez, portanto, fica bem claro que a responsabilidade civil não pode regular-se por juízos estritamente naturalísticos, concernentes à “natureza das coisas”, mas sim por valores sociais profundamente acreditados pela ordem constitucional brasileira.

No caso em questão, por sinal, maior ainda é a necessidade da solução solidária, pois estamos diante de um “condomínio” imposto constitucionalmente, qual seja, o condomínio necessariamente solidário dos entes federativos brasileiros em relação às prestações de saúde, o qual fica responsável pelo “atendimento integral” da população, sobretudo a população carente (arts. 196 e seguintes da Constituição).

Ante todo o exposto, bem se vê que a improcedência decretada, fruto de uma opção ortodoxa pela segurança, representa na verdade uma saída extremamente equivocada do ponto de vista da teoria das fontes, deixando de fazer valer as normas de maior hierarquia aplicáveis à espécie, além de profundamente insegura sob o ângulo da solidariedade constitucional, eis que nega reparação a um dano de grande magnitude humana cuja materialidade é incontestável.

Em suma, a análise da causa sob o ângulo da responsabilidade civil só reforça ainda mais a imperiosidade do provimento da apelação. A causalidade alternativa, como se viu, é perfeitamente aplicável ao caso, embora também se mostre razoável a condenação exclusiva do Município de São Gonçalo, dada a maior probabilidade de a contaminação de Maria ter ocorrido em unidade hospitalar desse ente público. Não importa tanto, porém, se haverá solidariedade ou não na condenação. O que importa, sim, é que danos tão devastadores para a vida de Maria não fiquem sem reparação, a bem da integridade de princípios e direitos constitucionais absolutamente indisponíveis.

6. FINAL

Ao final, compilem-se as principais conclusões deste parecer.

- ▶ Uma gravíssima lacuna do processo, especialmente em se tratando de um processo que envolve fatos tão pungentes, diz respeito à pouca atenção dada à prova documental produzida, que até agora foi analisada de modo meramente superficial e panorâmico, inclusive pelo laudo pericial.
- ▶ Com efeito, o laudo pericial produzido mostrou-se imprestável para o deslinde da causa, na medida em que se eximiu de proceder à tarefa que lhe era primordial – o exame metucioso dos prontuários médicos acostados aos autos.

¹² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, *op. cit.*, p. 151.

- ▶ A análise detida da prova aponta a fortíssima probabilidade de a primeira autora ter sido contaminada em ambiente hospitalar, tendo-se em vista que não concorrem no caso os outros fatores de contágio – ela não tinha vida sexual (contava com pouco mais de três anos quando os fatos se deram); exame ginecológico realizado no HEMORIO não indicou qualquer abuso de ordem sexual; e seus pais e a irmã mais velha testaram negativo para o HIV.
- ▶ A análise detida da prova documental aponta também a expressiva chance de a contaminação da primeira autora ter ocorrido na sua internação, por 13 dias, no Hospital Darcy Sarmanho Vargas, da rede pública de São Gonçalo, em julho de 2011, durante o período de contágio, tratando-se de internação por pneumonia, inevitavelmente repleta de procedimentos invasivos.
- ▶ Além da pouca atenção à prova produzida, uma segunda falha crucial deste processo, até o momento, prende-se à desconsideração de que estamos diante de uma causa muito peculiar, na qual a comprovação das versões de ambas as partes exige “provas diabólicas”.
- ▶ A desconsideração da impossibilidade probatória dos autores representa séria afronta ao direito fundamental ao acesso substancial à justiça – ou, em fórmula mais sintética, direito fundamental ao processo –, sediado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República, cláusula pétrea de magna importância dentro do nosso Estado Constitucional de Direito (reproduzida no art. 3º, caput, do CPC).
- ▶ A própria fundamentação da sentença, ao fazer reparos à inicial, evidencia a desconsideração da impossibilidade probatória dos autores e deixa claro que estes já entraram derrotados no processo, o que ofende inegavelmente o direito fundamental ao acesso substancial à justiça, bem como o devido processo legal.
- ▶ Nos casos de dupla impossibilidade probatória – ou seja, provas “diabólicas” para os dois lados –, critério decisório muito afinado com a sistemática do CPC de 2015 toma como referência o modelo cooperativo adotado, tornando-se capital a indagação sobre a efetiva colaboração das partes para a elucidação (possível) dos fatos litigiosos.
- ▶ “São inadmissíveis a postura de inércia probatória e a omissão proposital de informações aptas à elucidação das questões controvertidas por quem comprovadamente detinha condições de apresentá-las” (REsp 1.698.696/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02/08/2018).
- ▶ A utilização do “risco de inesclarecibilidade” para a definição de causas caracterizadas por dupla impossibilidade probatória, com forte apoio doutrinário, representa a materialização da sensível influência da cooperação na seara probatória.
- ▶ O critério decisório baseado no grau de cooperação das partes não só reverencia o modelo cooperativo abraçado pelo CPC de 2015, mas também preserva o direito fundamental ao acesso substancial à justiça, que não admite, em hipótese alguma, que partes portadoras de um bom direito material abram um processo antecipadamente derrotadas, como aconteceu no presente caso.

- ▶ A parte autora produziu as provas que estavam ao seu alcance, as quais indicam, reitera-se, a chance expressiva de a contaminação ter ocorrido, em julho de 2011, no Hospital Darcy Vargas.
- ▶ Já os réus mostraram desinteresse em relação à instrução processual (a ponto de sequer formularem quesitos para a prova pericial) e, acima de tudo, omitiram-se por completo quanto ao esclarecimento da situação substancial trazida ao processo – esclarecimento que nunca será pleno, mas sim entendido a partir de um juízo probabilístico –, deixando de trazer fatos positivos, plenamente ao seu alcance, que poderiam indicar a baixa probabilidade de a contaminação da primeira autora ter ocorrido em suas respectivas unidades hospitalares (como por exemplo a comprovação da observância de protocolos de biossegurança e a apresentação de certificações positivas em termos de cuidados profiláticos).
- ▶ Outro critério para a definição de causas caracterizadas pela dupla impossibilidade probatória, o critério instrumentalista da interpretação das normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie (REsp 918.257), favorece igualmente a procedência dos pedidos, fundindo-se no presente caso vários direitos fundamentais de primeira grandeza, titularizados pelos autores, que pedem atenção e atendimento.
- ▶ No contexto da dupla impossibilidade probatória, não se mostra capital, para o êxito da demanda, o deferimento da inversão probatória.
- ▶ De qualquer sorte, é evidente que a inversão deveria ter sido deferida, concorrendo para tanto os requisitos do § 1º do art. 373 do CPC, em especial a impossibilidade de os autores cumprirem o encargo previsto no inciso I do mesmo artigo, considerando ainda a plausibilidade das alegações dos autores (notadamente em relação ao Município de São Gonçalo).
- ▶ Considerando-se ainda por cima que a Defensoria Pública não foi intimada do indeferimento da inversão probatória, recomenda-se seja impugnada a decisão na preliminar da apelação a ser interposta (nos termos do § 1º do art. 1.009, do CPC), deixando-se claro, sem embargo, que a impugnação tem caráter subsidiário, podendo a procedência dos pedidos ser decretada independentemente da inversão.
- ▶ A abordagem da causa sob o ângulo da responsabilidade só vem reforçar a necessidade de se dar provimento à apelação dos autores.
- ▶ Tendo-se em vista que o tema da responsabilidade civil não pode ser pautado por rigores naturalistas intransponíveis e infensos a valores sociais maiores, a impossibilidade de se precisarem dia, hora e local em que a primeira autora foi contaminada não pode ser empecilho à responsabilização dos réus, notadamente à vista do regime constitucional pátrio, que tem a solidariedade como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, da Constituição).
- ▶ Em matéria de responsabilidade civil, a propósito, o STJ encampa a teoria da verossimilhança preponderante, considerada compatível com o ordenamento jurídico-processual brasileiro.

- ▶ A grande probabilidade de a contaminação ter acontecido no Hospital Infantil Darcy Vargas ou em outras unidades hospitalares dos réus durante o período de contágio, somada à postura nada cooperativa dos réus durante o processo, é mais do que suficiente para embasar o provimento da apelação dos autores e a condenação dos réus.
- ▶ É aplicável aqui a teoria da causalidade alternativa, muito bem utilizada pelo TJ/RJ em caso com muitos pontos comuns (Apelação 0327063-65.2013.8.19.0001, rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, Vigésima Sétima Câmara Cível, julgamento em 12/06/2019).
- ▶ Não é necessário, sempre, certeza quanto à autoria do ilícito, como se percebe pelo entendimento do STJ acerca da responsabilidade dos condomínios por objetos caídos do edifício de apartamentos sem autoria identificada.
- ▶ No caso presente, maior ainda é a razão da solução solidária, pois estamos diante de um “condomínio” imposto constitucionalmente, qual seja, o condomínio necessariamente solidário dos entes federativos brasileiros em relação às prestações de saúde, o qual fica responsável pelo “atendimento integral” da população, sobretudo a população carente (arts. 196 e seguintes da Constituição).
- ▶ De toda sorte, não importa tanto que a condenação seja solidária, envolvendo ambos os réus, e sim que danos tão devastadores para a vida da pequena Maria não fiquem sem reparação, a bem da integridade de princípios e direitos constitucionais absolutamente indisponíveis e a bem, ainda, do princípio maior da responsabilidade civil contemporânea – a proteção da vítima.
- ▶ Por fim, declinam-se os dispositivos constitucionais e legais que foram violados pela sentença de improcedência:

- **Constituição:** art. 3º, I; art. 5º, incisos XXXII, XXXV e LIV; art. 170, V; arts. 196, 197 e 198, caput e incisos, especialmente o inciso II; e art. 227, caput.

- **Código de Processo Civil:** arts. 3º, 5º, 6º e 8º (normas fundamentais do processo civil brasileiro); art. 373, § 1º; e arts. 473, § 2º, e 479.

- **Código Civil:** arts. 938 e 942, par. único.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 2023.

JOSÉ AUGUSTO GARCIA DE SOUSA

Coordenador Cível

MAURÍCIO DE ANDRADE TRAVASSOS NETO

Subcoordenador Cível

TRABALHO APRESENTADO EM CONGRESSO ILAG

[voltar ao sumário](#)

CHALLENGES FOR ETHNIC EQUALITY AND RACIAL DIVERSITY IN RECRUITING STAFF FOR LEGAL AID SERVICES IN THE FUTURE: POSSIBLE IDEAS BASED ON THE EXPERIENCE OF THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE IN RIO DE JANEIRO

DESAFIOS PARA A IGUALDADE ÉTNICA E DIVERSIDADE RACIAL NO RECRUTAMENTO DE PESSOAL PARA SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA NO FUTURO: POSSÍVEIS IDÉIAS BASEADAS NA EXPERIÊNCIA DA DEFENDERÊNCIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO

Cleber Francisco Alves

Defensor Público e Professor Universitário
Doutor em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio
Pós-Doutorado pelo IALS, da Universidade de Londres

Livia Casseres

Defensora Pública
Mestre e Doutoranda em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio

In a racist society, it is not enough to be non-racist, we must be anti-racist.
- Angela Y. Davis

Nota Explicativa: Este artigo corresponde a um *paper* que foi elaborado especificamente para ser apresentado no Congresso Bienal do ILAG – *International Legal Aid Group*¹, realizado em junho de 2023. O evento ocorreu na prestigiosa Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, no âmbito do *Center for Legal Profession*. O tema do Congresso de 2023 foi “Desafios do Acesso à Justiça” (*Challenges of Access to Justice*). Dentre os painéis previstos na programação do Congresso, um deles, realizado na tarde da quinta-feira, dia 22 de junho, tinha por tema o seguinte: *Where legal aid lawyers will come from in the future?*, ou seja, “De onde virão os advogados dos serviços de assistência jurídica no futuro?”. Diante do provocativo questionamento, ainda na fase de organização do Congresso, quando foram publicados os editais de chamamento para apresentação de propostas de *papers*, o primeiro autor lembrou-se de uma fala enfática num vídeo que fora gravado por Bryant Garth² para ser usado numa disciplina do currículo do Doutorado na UFF. Nessa fala, trazendo à tona o movimento que ficou mundialmente conhecido como *black lives matter*, discor-

¹ O ILAG – International Legal Aid Group consiste num grupo formado por pesquisadores, professores e dirigentes públicos de sistemas oficiais de assistência jurídica gratuita, que vem se reunindo bienalmente há mais de três décadas, em diferentes países, com o objetivo de atualizar as discussões e compartilhar experiências sobre a realidade da assistência jurídica pública estatal aos hipossuficientes, nos mais diversos recantos do mundo. A participação nesses congressos é restrita a pessoas previamente convidadas pelos dirigentes do grupo. Para mais informações, consultar a página eletrônica do grupo, acessível pelo link: <http://www.internationallegalaidgroup.org/>.

² As declarações do Prof. Bryant Garth estão acessíveis no canal do Youtube pelo link: <https://youtu.be/XwJZCqeEDpU> (veja, em especial, o que foi dito após 5min30segundos).

rendo sobre desafios para o acesso à justiça no futuro, o professor Garth enfatizava a importância de esforços para assegurar maior representatividade da diversidade racial na composição das equipes de profissionais prestadores de serviços jurídicos em geral, e particularmente nos serviços de *legal aid*, no que se refere à realidade demográfica específica do público-alvo, ou seja, dos usuários desses serviços.

Instigado por essa reflexão do Prof. Garth, e diante da provocativa questão proposta para discussão no painel acima referido, que integraria o Congresso Bienal do ILAG em Harvard, o primeiro autor teve a ideia de propor uma parceria à segunda autora, para elaboração de um *paper* com o objetivo de relatar os esforços e a experiência concreta levada a efeito pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, da qual ela fora uma das protagonistas. Tal experiência teve dentre seus propósitos exatamente assegurar maior diversidade e representatividade racial no processo seletivo para admissão de futuros defensores públicos.

Foi então preparado um resumo (*abstract*) com uma síntese da proposta do que seria o artigo (*paper*). Tendo tal proposta sido aprovada pelos organizadores do Congresso, foi então elaborado o texto que ora é publicado nesta edição da Revista da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, que corresponde ao que foi também publicado nos anais eletrônicos do Congresso realizado em Harvard em 2023³, cuja síntese foi objeto de apresentação oral durante o evento. A finalidade desta publicação é fazer o registro histórico-institucional dessa importante participação de representantes da Defensoria Pública fluminense num evento de âmbito internacional difundindo esse esforço de implementação de experiência destinada a assegurar maior diversidade racial na composição do *staff* de profissionais jurídicos do serviço estatal de assistência jurídica integral e gratuita.

Resumo: Os serviços de assistência jurídica financiados com recursos públicos visam garantir a igualdade de acesso aos direitos e à justiça, especialmente para pessoas em situação de vulnerabilidade econômica, financeira e social. Em muitos países, especialmente nos menos desenvolvidos economicamente, este grupo populacional é quantitativamente majoritário, embora social e politicamente excluído. Dentre tais situações de exclusão social, destaca-se a origem étnico-racial, especialmente em países que vivenciaram a escravização dos negros africanos que perdurou até o século XIX. E isto tem sido causa direta de preconceito social e da reprodução de um ciclo vicioso de pobreza que prejudica gravemente a promessa de igualdade efetiva, inerente ao Estado Democrático de Direito. Paradoxalmente, os serviços de assistência judiciária - reproduzindo a mesma lógica que normalmente prevalece no domínio das profissões e carreiras jurídicas - ainda que tenham entre os seus clientes majoritariamente pessoas pertencentes a estes grupos étnico-raciais - são normalmente prestados por advogados e defensores públicos recrutados junto dos grupos étnicos socialmente privilegiados. Esta parece ser uma realidade independentemente dos diferentes mecanismos de recrutamento habitualmente adotados: tanto em países que aplicam critérios de admissão supostamente mais “imparciais” ou “neutros”, como é o caso do sistema de concursos

³ Todas as informações a respeito do congresso, no que se refere à programação, participantes, e acesso à íntegra dos trabalhos apresentados podem ser obtidas na página eletrônica do evento acessível pelo seguinte link: <https://clp.law.harvard.edu/ilag-2023-challenges-of-access-to-justice/>

públicos que procura selecionar aqueles que obtêm os melhores resultados/pontuações em avaliações de conhecimento técnico-jurídico (como é utilizado no Brasil, por exemplo) ou aqueles que adotam critérios de recrutamento mais “flexíveis”/“discricionários” por meio de avaliação de curriculum vitae e entrevistas para verificar desejada qualificação exigida para a função (como é o caso dos Estados Unidos, por exemplo). O esforço para alcançar níveis mais eficazes de igualdade racial nas sociedades contemporâneas justificou medidas e políticas públicas de ação afirmativa. Neste artigo - que se inspira no movimento de defesa e respeito dos direitos dos afrodescendentes denominado “Black Lives Matter” - pretendemos sensibilizar para a importância de ações concretas que visem garantir uma maior igualdade racial no recrutamento de profissionais jurídicos que trabalham nos serviços de assistência judiciária/jurídica do futuro: apresentaremos os resultados concretos de um projeto voltado para esse objetivo, desenvolvido pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, no Brasil, que já começou a produzir efeitos positivos neste respeito.

Palavras-chave: diversidade racial no recrutamento de profissionais jurídicos; processo seletivo para Defensoria Pública; relações raciais institucionais.

Abstract: Legal aid services financed with public funds aim to ensure equal access to rights and justice, especially for people in situations of economic, financial and social vulnerability. In many countries, especially in the less economically developed, this population group is quantitatively the majority, although socially and politically excluded. Among such situations of social exclusion, the ethnic-racial origin stands out, especially in countries that experienced the enslavement of black Africans that lasted until the 19th century. And this has been a direct cause of social prejudice and of the reproduction of a vicious cycle of poverty that seriously harms the promise of effective equality, inherent to the Democratic Rule of Law. Paradoxically, legal aid services - reproducing the same logic that normally prevails in the field of legal professions and careers - even if they have among their clients mostly people belonging to these ethnic-racial groups - are usually provided by lawyers and public defenders recruited from socially privileged ethnic groups. This seems to be a reality regardless of the different recruitment mechanisms that are usually adopted: both in countries that apply supposedly more “impartial” or “neutral” criteria for admission, as is the case of the public examination system that seeks to select those who obtain the best results/scores in assessments of technical-legal knowledge (as is used in Brazil, for example) or those that adopt more “flexible”/“discretionary” recruitment criteria through curriculum vitae (resume) assessment and interviews to verify the desired qualification required for the function (as is the case in the United States, for example). The effort to achieve more effective levels of racial equality in contemporary societies has justified public affirmative action measures and policies. In this paper - which is inspired by the movement to defend and respect the rights of Afro-descendants called “Black Lives Matter” - we intend to raise awareness of the importance of concrete actions aimed at ensuring greater racial equality in the recruitment of lawyers working in the legal aid services of the future: we will present the concrete results of a project aimed at this objective, developed by the Public Defender’s Office of the State of Rio de Janeiro, in Brazil, which has already started to produce positive effects in this regard.

Keywords: Racial diversity in the recruitment of legal professionals. Selection process for the Public Defenders career. Institutional race relations.

§§§§§§§§§§§§§§§§§§

There are many challenges on the future horizon for “legal aid” services around the world. In recent decades, many countries that, in the context of the heyday of the welfare state period, experienced a kind of “boom” in expanding and facilitating access to justice (and to rights) for a wide range of their population, have experienced times of austerity and retraction. It was even considered that the complete collapse and closure of public legal aid services was imminent in some countries. It is true that, despite this phenomenon of retraction of legal aid services in those countries that had originally led the dissemination of such services, on the other hand, in certain regions of the planet, in countries that once had very precarious and limited systems of public legal aid services, were blooming innovative and promising initiatives and experiences with the implementation and expansion of programs aimed at promoting equal access to rights and justice⁴.

Taking as a reference the real and current world framework, which we glimpse at the present moment, especially in these times still under the dramatic impact of the COVID-19 pandemic, it still raises reflections and questions about the possible and probable future horizons for public legal aid services and programs⁵. The situation is even more dramatic because we are faced with the global phenomenon of a high rate of displacement of people seeking to escape the most diverse ills, such as natural disasters, wars, political and religious persecution, in short, in search of better living conditions and better opportunities.

In this context, the guarantee of the effectiveness of equal access to the most basic existential rights and the protection of the guarantees provided by the various state justice systems become a major challenge. And this is particularly true in regions marked by ethnic-racial and cultural differences.

These disparities exist not only in countries impacted by current migratory movements, but also in countries whose demographic formation is marked by historical cracks resulting from past realities of discrimination and exploitation, as happened in places where the slavery regime prevailed, especially for black Africans. Although this issue receives greater visibility worldwide due to the current reality, especially in some countries of the American Continent, notably in the USA, it also has repercussions in many other countries, mainly in Western Europe, where it is also particularly impacted by contemporary migratory movements, which, in addition to black Africans, include

⁴ Among these experiences that have taken place in recent decades of implementing, expanding and/or improving state legal aid programs around the world, we can cite the cases of South Africa and the Republic of Fiji, Asian countries such as China, Japan and Taiwan, Latin American countries such as Argentina, Brazil and Chile.

⁵ Among the contemporary works that are focusing on the issues that are glimpsed on the future horizon of legal aid services, in the post-covid-19 pandemic context and the challenges and perspectives that open up with technological advances, we have the book that is about to forthcoming, by Bloomsbury Publishing, entitled “*Legal Aid and the Future of Access to Justice*”, by Catrina Denvir, Jacqueline Kinghan, Jessica Mant and Daniel Newman. Although the purpose of the book is focused on the reality of England and Wales, the reflections proposed there will certainly be valid for scholars and researchers on the subject...

other ethnicities and racial groups, with cultures and worldview very different from the white population of European origin. Regretfully, and surprisingly, even in the middle of the 21st century, strong feelings of prejudice and racial discrimination still remain latent⁶, especially related to skin color, which violates fundamental rights, especially for black people.

Bearing in mind all these questions and challenges, it is always opportune to recall that legal aid services financed with public funds aim to ensure equal access to rights and justice, especially for people in situations of economic, financial and social vulnerability. There is no doubt that, in many countries, perhaps in most of them, and this is true, for sure, in the less economically developed ones, these specific groups are quantitatively the majority of the people, although they are the most socially and politically excluded. Very often, this situation of social and political exclusion is related to the fact of belonging to marginalized ethnic groups. These people are, therefore, the main targets and recipients of public legal aid services, which makes these even more essential.

Thinking about the future of legal aid services, particularly in countries where this reality of wide racial diversity occurs and in which some ethnic groups, despite being numerically high, are also proportionally the most underprivileged in terms of access to rights and justice, necessarily involves a reflection on the search for mechanisms aimed at expanding the presence of representatives of such groups among those who will form the staff of legal aid service providers.

In fact, in recent years, a theme that has become a global agenda, based on the very serious episodes of discrimination and racial violence that have occurred in the USA, has been the fight for respect for fundamental rights and for the improvement of the living conditions of black people, forming the movement which became known as “Black Lives Matter”.

The present paper is inserted exactly in this context. The inspiration to address the issue and bring to light the concrete experience lived by the Public Defender’s Office in Rio de Janeiro, Brazil, originated in a speech by Dr. Bryant Garth in which - presenting reflections on the importance of the Global Access to Justice Project⁷ that had just been launched - he made some considerations on issues that he considered important in the future horizons of legal aid services. And, in his speech, he drew attention to the need to raise awareness to the importance of ensuring greater racial diversity within the scope of legal professions so that black people and other disadvantaged minorities - quoting here exactly the lines spoken by Professor Garth – *“are taught more by people like them, are represented in Court more by people like them, are judged and policed by more people like them”*⁸.

⁶ The recent episodes that have had worldwide repercussions, which occurred in Spain, of hateful behavior of prejudice and racial discrimination by soccer fans, offensive to the black Brazilian player Vini Jr, seem to show this sad reality of the contemporary world. See the article published by the BBC on its website: <https://www.bbc.com/news/world-europe-65685661>.

⁷ For more details about the Global Access to Justice Project, see the link: <https://globalaccesstojustice.com>.

⁸ The statements made by Prof. Bryant Garth is accessible on the Youtube channel by the link: <https://youtu.be/XwJZCqeEDpU> (see, in particular, what was said after 5min30seconds)

Therefore, the purpose of this paper⁹ is to raise a reflection on the importance of ensuring racial diversity - compatible with the representativeness¹⁰ of the different ethnic groups that make up the service's target public - in the recruitment of lawyers who will work providing legal aid in the future. This issue fits perfectly with the proposal of one of the panels that make up the ILAG Conference program, whose theme is the provocative question: "Where will legal aid lawyers come from in the future?"

For the development of this work, we sought to survey and review studies and research published on the issue. However, although we have found many papers dealing with the importance of ensuring greater racial parity between users and service providers in various professional areas (notably in the fields of education, medicine and even law)¹¹, we were not able to identify research specifically regarding this issue of adequate mechanisms to ensure greater equality in the selection processes for the recruitment of members of discriminated ethnic groups to overcome the reality of their underrepresentation in the staff of service providers in public positions and professions of greater social prestige.

A preliminary issue that needs to be considered, so that this question related to the convenience and importance of ensuring greater racial diversity in the universe of public service providers, specifically in the field of legal professions, concerns the ways of recruiting the respective staffs. There are countries that adopt more flexible mechanisms and with some margin of discretion for hiring the professionals (in this case, the lawyers) to work in legal careers, through curriculum vitae (resume) assessment and interviews to verify the desired qualification required for the function, as is the case in the United States, for example. In this case, there is greater flexibility to consider the respective ethnic-racial origin as a differential to be prioritized among the candidates who are running for available vacancies. It is even admitted to have a proactive posture, as can be seen, for example, in the initiative carried out by the Federal Public Defender's office in Seattle, in the State of Washington, which launched a "Diversity Hiring Plan" on its website.

⁹ The present work is largely based on the article entitled "Caminhos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em prol da Equidade Racial", by Livia Casseres, Daniele da Silva Magalhães and Adriana Britto, published in 2022 in the "Revista Defensoria Antirracista", by Public Defender Office of the State of Rio de Janeiro.

¹⁰ This pretense of representativeness is supported by the so-called theory of "representative bureaucracy", whose references, among others, consist of the studies of J. Donald Kingsley, in his work "*Representative Bureaucracy: an interpretation of the British Civil Service*", published in 1944 by Antioch Press, and also by F. C. Mosher, in his book "*Democracy and Public Service*", published in 1968, by Oxford University Press. According to this theory, public officials from disadvantaged backgrounds can play a role in incorporating underrepresented groups' interests into the policy process, thereby contributing to better and more equitable policy outcomes.

¹¹ On the importance and practical consequences of seeking greater diversity/racial parity in relations between users and providers of public services, it is worth consulting the following paper: Janet Ward Schofield PhD, Lu-in Wang JD & Pat Chew JD and MEd (2007), "*Culture and Race in Provider-Client Relationships*", In: *Social Work in Public Health*, 23:2-3, 1-33, DOI: [10.1080/19371910802147984](https://doi.org/10.1080/19371910802147984). As argued by the authors, in addition to raising a shared feeling of hateful social injustice, the lack of racial diversity, which rarely corresponds to the effective demographic composition of the population of a given country (or region), that is, the deficit of effective presence of members of different ethnic groups in certain professional activities traditionally carried out by members of the elites – as is the case of legal careers, medicine, and even teaching – produce several harmful/negative effects specifically in the relationship established between service provider and user.

But this becomes slightly more complex in countries that adopt more strictly objective models, called “meritocratic”¹², that is, “impartial” or “neutral” criteria for hiring staff, as is the case of the public examination system that seeks to select those who obtain the best results/scores in assessments of technical-legal knowledge. This is the system adopted in Brazil¹³, for example where, despite the “good intentions” inherent in the meritocratic model, an undesired consequence of this model ends up raising controversy about its virtues, with regard to criteria of justice and greater social inclusion¹⁴. This is because what ends up happening is that privileged social and economic elite groups, mostly white-skinned, find themselves in an advantageous position to reach the top positions in the exams carried out, and thus obtain the available (and normally highly competitive!¹⁵) vacancies to the detriment of people from the less favored social and economic strata (where blacks are usually found).

Advancing in the reflections we are proposing, it is first necessary to discuss the appropriateness - or not - of taking aspects such as belonging to certain ethnic-racial groups, specifically related to skin color, as relevant and pertinent with regard to the composition of the staff of public service providers. Although in biological terms, there is a great consensus that the notion of race is a scientifically inoperative concept, incapable and inadequate to explain the diversity of physical characteristics existing among the diverse groups that form the human species¹⁶, it remains unequivocal that in social, cultural and historical perspectives the idea of race is an undeniable reality that is directly related to the structure of society and to the power relations that govern it. Indeed, the concept of race that we use today has nothing biological about it. So much so that the concepts of black, white and mestizo do not mean the same thing in Europe, the United States, Brazil or South Africa, for example.

Even though some anti-racist biologists have suggested that the concept of race should be banned from dictionaries and scientific works (to avoid ideological uses

¹² For further reflections on the virtues of the meritocratic model of recruitment for public service careers, we recommend the work “*Meritocracy for Public Service Excellence*”, published by the UNDP Global Center for Public Service Excellence (GCPSE), in 2015, available for free download at: <https://www.undp.org/publications/meritocracy-public-service-excellence>. And, for a critical view of the ills of strictly meritocratic systems and the risk of ending up producing dominant elites, without being accountable by the majority, resulting in deepening inequalities and social division, harmful to the common good, see the book “*Against Meritocracy: culture, power and myth of mobility*”, by Jo Littler, available for download at: <https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/25903>.

¹³ As Anders Sundell points out, “recruitment to the civil service is, in order to prevent patronage, often centralized and based on performance in competitive examinations is generally assumed to be the most meritocratic method of recruitment (...) however, while some applicants may have skills suited for a specific position, they may not perform best in a general examination. As long as the system is not abused, a more flexible recruitment process based on, for example, interviews and CV screening, may be more meritocratic.” And, adds the same author that “formal civil service examinations to recruit civil servants can be the most meritocratic only in countries where the risk for patronage is high”. Precisely to avoid such risks, very high in countries like Brazil, that the Federal Constitution of 1988 adopted as a mandatory general rule that access to public civil service positions - which includes the careers of the Judiciary and the Public Defender’s Office - only occurs by this mechanism. See: Sundell, Anders. 2014. “*Are Formal Civil Service Examinations the Most Meritocratic Way to Recruit Civil Servants? Not in All Countries.*” In: *Public Administration* 92 (2): 440-457.

¹⁴ In order to avoid these distortions, the virtues of a representative bureaucracy model are proposed, as mentioned above, to the detriment of traditional bureaucracy models, which defend strict isonomy and meritocracy as absolute values, while those affirm the need for the bureaucratic body to be representative of the composition of the society in which it is inserted.

¹⁵ In the last access exam for the public defender’s career in Rio de Janeiro, there were more than 300 candidates competing for each vacancy.

¹⁶ MUNANGA, Kabengele. *Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia*. Palestra proferida no 3º Seminário Nacional Relações Raciais e Educação-PENESB-RJ, 05/11/2003. Available at: https://www.geledes.org.br/kabengele-munanga-uma-abordagem-conceitual-das-nocoes-de-raca-racismo-identidade-e-etnia/?gclid=Cj0KCQjwmtG-BhDhARIsAEqfDEdVQ_CgzAwgiViP0GcMnHS8jIN_n1cTkVoBbOkpUTbQR7U8nkmFd8caAnx8EALw_wcB

that would demean human groups based on this outdated classification), studies and research in the social sciences continue to use the category of race to describe reality on the social and political sphere.

Racism is a serious contemporary reality that must be seen as a global issue. Racism has been a recurring component of European history, and it is also present in countries on other continents of the globe. In the European case, a study of social attitudes conducted at Harvard University from 2002 to 2015 identified the countries in Europe with the highest incidents of racial bias, based on data from 144,038 Europeans¹⁷. The weakest racial discrimination was found in Serbia and Slovenia, and the most substantial racial bias was found in the Czech Republic, Lithuania, Belarus, Ukraine, Moldova, Italy, Portugal, Slovakia, and Malta. In other parts of the world, racism is also, unfortunately, a common problem. This also happens in Asian countries such as China and Japan. In an MSNBC article¹⁸, Yaqiu Wang¹⁹ wrote, “for those who think the official line from Beijing is bad, check out the Chinese internet, where the rampant racism against Black people is often too appalling to repeat.” Wang described numerous other extreme instances of racism, including in a south Guangzhou city where Chinese authorities started a campaign requiring African residents to “forcibly” be tested for COVID-19 and ordered them to remain in quarantine in designated hotels. The African-American professor Baye McNeil, residing in Japan, in an interview with the BBC channel, points to “a level of everyday casual racism he experiences”²⁰.

In particular, as an effort to fight to overcome situations of hateful violence and discrimination to which black people around the world have been subjected, mention should be made of the Black Lives Matter Movement, founded in 2013, which achieved projection and became a reference worldwide, mobilizing the international community to face and overcome racism, especially against black people, which is a scourge still present in our societies. This movement has not only raised awareness initiatives, but also concrete actions aimed at eradicating structural racism²¹ and promoting effective ethnic-racial equality, which is a regrettable reality in most countries in the world.

In many countries that face this deplorable reality of profound racial inequality in the social, cultural and economic structure, for some time, especially from the sixties of the last century, a struggle is being waged to implement public policies of “affirmative action” (racial quotas) aimed at ensuring greater racial diversity in sectors and social activities that were originally restricted to members of the elite formed by white people²², increasing the proportion of black people in these spaces.

¹⁷ For more details, see: <https://theconversation.com/this-map-shows-what-white-europeans-associate-with-race-and-it-makes-for-uncomfortable-reading-76661>

¹⁸ The text can be accessed at: <https://www.msnbc.com/opinion/covid-blackface-tv-china-s-racism-problem-runs-deep-n1258125>.

¹⁹ She is a senior China researcher at the international NGO “Human Rights Watch”.

²⁰ See: <https://www.bbc.com/news/world-asia-53428863>.

²¹ For a systematic view of the idea of structural racism, see: ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é Racismo Estrutural?* Belo Horizonte: Literacy, 2018.

²² This elite was traditionally formed mainly by white men, who traditionally occupied the main positions and prominent functions, for example, in universities and in the public service.

In the case of Brazil, this struggle only gained strength in the early 2000s, originally through a policy of quotas for Afro-descendant students in public/state universities. Years later, the National Statute of Racial Equality was approved by the Brazilian Parliament, an important law passed in 2014, which also established a similar policy of quotas, with reservation of vacancies percentage for black people in exams (with written and oral tests)²³ to which interested people must submit to get a position or function in any career in the administrative-governmental sector of the civil public service, at the federal level, in Brazil. In 2011, similar legislation had already been approved, specifically for exams for access to civil service positions and careers at the state level in Rio de Janeiro. Thus, in compliance with this state law, since 2012, a policy of racial quotas has been implemented in the exams for access to the initial position of the public defender career in the State of Rio de Janeiro.

However, despite this reservation of quotas (20% of the vacancies for black candidates, and also for the physically disabled), due to the competitiveness of these tests that stems from the very high number of people enrolled in the exam in opposition to the reduced number of positions to be filled, it follows that the minimum score required to succeed in these exams was so high that none of the candidates who submitted intending to obtain one of those vacancies (reserved to be occupied by blacks and people with disabilities) managed to be approved. This same situation was repeated in the exams carried out in the years following 2012, generating a great debate and reflection on the need to rethink the model that had been adopted until then.

The selection procedure that was then being used was conceived requiring a minimum “cut-off” score, which was applied to all candidates, as a condition to pass the initial stage of the exams (in which objective written tests are carried out, with multiple choice questions). This mechanism’s purpose then used has always been to make a very restricted screening to drastically reduce the number of competitors approved to the second phase, in order to allow more sophisticated assessments to be carried out in this next step of the exams, in which the candidates had to answer essay questions aimed at assessing technical-legal knowledge and also verifying the candidates’ affinity with the specific professional profile of the career, in this case, the profile expected for a future staff of Public Defender’s Office.

The new team chosen to rule the Public Defender’s Office of Rio de Janeiro, which took over in 2015, led by Public Defender André Castro, considered that this issue of increasing racial diversity, especially with the admission of black people into the staff, was a priority. Several meetings and seminars were held with the participation of representatives of civil society, leaders of the black people movement, scholars and researchers dedicated to the subject. In 2017, a deep change was approved in the rules

²³ As already mentioned, in Brazil, access to positions in the civil public service is done through a system that purports to be “meritocratic”, that is, an objective selection process, in which candidates for available vacancies undergo examinations of technical knowledge in the respective professional area, and those who obtain the best result/scores, according to the classification order, have the legal and constitutional right to be hired. In the case of vacancies and positions that require higher education, and whose labor regime offers very attractive remuneration (compared to the market average for similar activities) and also tenure of office regime, as is the case of the careers in the Justice System (judges, prosecutors and public defenders) there is usually a very high rate of competitiveness. The result is that, therefore, predominates among those who succeed white people from more privileged social strata, who have better opportunities to access a better quality educational standard. For example, in the last contest for the initial position of the Public Defender’s Office in Rio de Janeiro, in 2021, there were only 38 vacancies available and a total of 11,247 candidates running for such vacancies, which generates a rate of more than 300 candidates per vacancy.

of the selection process, establishing a distinguishing “cut-off point” for the approval of candidates from the first to the second stage of the exams, with a view to increasing the chances of access for black people in the final stages of the selection process selection.

Even despite these modifications, again in the 2017 selection process, no black person was able to obtain approval to fill the racial quotas that had been previously reserved as affirmative action. It then became evident that more effective and adequate measures were needed to achieve the objective. Thus, in 2019, a process of rebuilding the understanding of institutional racism began within the Public Defender’s Office of Rio de Janeiro. The aim was to conceive structuring measures to face this undesirable reality of exclusion that was being repeated, successively, in the selection processes for the admission of new public defenders.

In 2017, a working group was created to strengthen and monitor the institutional affirmative action policy within the Public Defender’s Office of Rio de Janeiro. Faced with this problem of the low level of effectiveness of the racial quota system in overcoming the barrier that prevented black people from accessing the Public Defender’s career²⁴, the group took this issue as a priority. It initially sought to make a diagnosis of the main points that caused this barrier to the success of black people²⁵ (and also other minorities such as disabled people, economically disadvantaged people and even indigenous people which, it should be noted, in demographic terms, are very few in the area of the State of Rio de Janeiro) in the selection process. At the end of December 2019, a Seminar was held to expand the discussion on the problem. The working group carried out comparative studies in several other Public Defenders in Brazil and even in other state legal careers to identify successful experiences in the effective selection and admission of black people to their staff.

These proposals were systematized in a report and presented to the Institutional Chief, who approved and submitted them to the Superior Council of the Public Defender’s Office²⁶, which is the autonomous body responsible for defining the rules to be observed in each selection process for admitting new members to the career. Among these measures were:

- a) suppression of the barrier clause in the first stage of the selection process (i.e. requirement of minimum score to be approved to the next phase), for registered candidates applying to occupy the quotas;**
- b) reduction of the minimum scores, required for approval in the second stage of the selection process, to a total of 30 (thirty)**

²⁴ It should be noted that this problem is not restricted to the career of the Public Defender in Brazil. In reality, at least in our country, this disparity in access to other legal careers in the public service, such as judges and prosecutors, is perhaps even more pronounced. And common sense says that this reality seems to be repeated all over the world. Indeed, it seems unequivocal that the justice system is not very permeable/influenced by the specific perspectives of minorities... So, parity can help to better ‘shape’ the system and contribute to its evolution.

²⁵ The purpose of including disadvantaged minorities also included disabled people, economically disadvantaged people and even indigenous people which, it should be noted, in demographic terms, are very few in the area of the State of Rio de Janeiro.

²⁶ This is a collegiate body with attribution to define the superior guidelines and policies to be observed by the agency/institution.

percent of correct answers in each panel²⁷, adopting as an approval criterion the minimum of 50 (fifty) percent of correct answers as the minimum arithmetic average for approval²⁸ to the third phase of the exams (oral examination);

- c)** participation as a member of the examining board (which is normally composed of 03 members) of at least 1 external examiner, observing race and gender parity;
- d)** increase in the percentage of vacancies reserved from 20% to 30% of the total, for black, disabled and indigenous people;
- e)** the oral test, the last stage of the selection process, became just classifying and no longer eliminatory.

The XXVII selection recruitment process, with public examinations for admission to the Public Defender's Office of Rio de Janeiro took place between 2020 (in the midst of the COVID pandemic) and 2021, implementing the aforementioned changes approved by the Superior Council. The first effect of these alterations was a significant increase in the total number of people enrolled in the recruitment process, specifically applying for racial quotas, further increasing the disproportionality in the "candidates x vacancies" ratio. (in the 2018 contest there were 276 people enrolled in the quotas and in 2021 there were 1703 candidates who declared themselves black to apply for one of the racial quota vacancies). But this would be a good sign that black people who - until then - had not enrolled in the contest for not seeing any chance of success, felt motivated to try. The number of black candidates who passed to the second phase also increased significantly: there were 53 in 2018 and the number increased to 1273 in 2021. At the end of the selection process, it was finally possible to effectively fill the quotas that had been reserved. The total number of approved was 74 people, of whom 21 (twenty-one) were black candidates, and 20 (twenty) of them managed to enter exactly within the percentage that had been reserved for racial quotas.

This number still has a very small impact if we consider the total number of lawyers' staff who make up the Rio de Janeiro's Public Defender's Office. Of the total of 732 Public Defenders, in the year 2021, only 99 declared themselves to be of the color/race black (which is equivalent to only 13.6% of the total, being disproportional, since the official bodies calculate that this percentage reaches 55 % in the state of Rio de Janeiro). Although the persistent under-representation of blacks and indigenous peoples in the cadres, and despite the historical non-compliance with the racial quotas policy in force in the State of Rio de Janeiro, since 2011, still place the Public Defender's Office in a position very far from the ideal of equity, the fact is that the degree of effectiveness of these measures of affirmative action was unprecedented, and this will be recognized as a historic landmark for the institution, a decisive step towards the

²⁷ The exams are carried out before 03 different examining boards (panels): one for evaluation in the area of private law, another in the area of criminal law and another in the area of public law.

²⁸ This allows the approval of candidates registered for vacancies in the quotas who, although they have achieved a lower performance in a certain area (such as private law, for example), but have obtained higher marks in another area (such as criminal law, for example), reaching the minimum grade of approval of 50% in the average of the three evaluation boards.

construction of a new – and more inclusive - Public Defender’s Office. So we believe that if the recruitment model adopted in the last selection process is maintained - and perhaps even improved – the percentages of black people admitted to the Public Defender’s career will gradually increase, until the desired racial parity is approached.

In order to further accelerate this increase in the percentage of black people who succeed in the selection process for the Public Defender’s Office in the near future, other measures were conceived and are also being implemented. Indeed, as already mentioned, the low approval rate of black people in the selection for admission to the Public Defender’s career (and other state legal careers) is largely due to difficulties in accessing quality education in their basic training, as well as the economic and financial limitations of their families. Thus, most of these young blacks do not have the opportunity - during the period in which they attend the Law Course - to dedicate themselves exclusively to their studies. They usually attend evening courses at private universities. And, after graduation, they need to continue working for their own livelihood, which makes it extremely difficult to have time to dedicate to deepening their studies specifically in preparation for the highly competitive selection process - with the level of intensity necessary to obtain results competitive enough to gain approval. On the other hand, young people from the white economic-financial elites receive all the support from their families so that - even after completing their law degree - they dedicate themselves almost exclusively to complementary courses and studies specifically aimed at preparing for success in the selection process of the Public Defender (and other legal careers).

It should also be noted that, in parallel with the efforts to ensure success in the policy of racial quotas, to increase the percentage of black people composing the institutional staff, efforts were also made to implement proactive measures to fight structural racism, seeking to bring the issue to the debate, discussing the various forms of prejudice and racial discrimination culturally impregnated many times in a subconscious and subliminal way.

In the context of demands and debates for the implementation of affirmative actions in the Rio de Janeiro PDO, the importance of creating a specific thematic coordination to think about and fight against institutional racism emerged. A body located within the management structure was considered necessary, which could plan actions on the subject and make the institutional commitment visible to society as a whole.

In 2020, COOPERA - Coordination for the Promotion of Racial Equity of the Public Defender’s Office was created. This was a pioneering step in the Brazilian justice system. It has the mission of confronting institutional racism, internally to the Public Defender’s Office, as well as the role of a body that formulates anti-racist policies for access to justice.

This coordination has the challenge of qualifying the legal assistance provided by the Public Defender’s Office to ensure greater racial equality in the provision of the service, as well as taking an internal look at the challenges of deconstructing a bureaucracy built under the hegemony of a racial group that traditionally occupies almost all of the institution’s spaces of power. COOPERA has had, since its creation, as one of the priority lines of work to promote the racial “literacy” of the professionals

of the Public Defender's Office of Rio de Janeiro, in the most varied hierarchical levels, from diverse initiatives of awareness and interactional improvement - through courses, workshops, etc - to better understand the subliminal dynamics of racism present in the institutional functioning and operation.

Another important initiative was the "First ethnic-racial census of people working in the Public Defender's Office", in partnership with the Department of Research and Access to Justice, which had the objective of producing a diagnosis of who are the people who make up the institution, how they interact from the point of view of racial dynamics and what they think about issues such as racism and the inequalities that result from it. Yet another measure implemented, aimed at identifying and more accurately recording the profile of the public effectively assisted by the Public Defender's Office, was the mobilization to fill in the race/color question of users in the electronic systems for recording services, which was the subject of the preparation of a booklet that established guidelines for filling in, in addition to carrying out training actions.

But, returning to the issue of the struggle to overcome the historical difficulty that black people have always faced in order to succeed in the selection processes for admission to the Public Defender's Office, based on the reflections around racial equity conducted by COOPERA, a special program was conceived granting scholarships aimed at interfering in the competitive environment of students/professionals who intend to take examinations to access the public legal careers (not only the Public Defender's Office, but also for the careers of judges and prosecutors, among others), of in order to expand the opportunities for black people to achieve effective access to such public positions. This program, launched in 2021, was named the Abdias do Nascimento²⁹ Program, in honor of an important black Brazilian leader who dedicated his life to the cause of racial justice.

The idea of creating a scholarship program with the purpose of encouraging black candidates to prepare for the selection process for admission to the Public Defender's Office came up in meetings held with representations of civil society and groups of the black people's movement. The intention was to strengthen and give effect to affirmative action policies and guarantee the fulfillment of racial quotas³⁰.

This initiative is fully in line with the ideas proposed in the paper "Culture and Race in Provider-Client Relationship", already mentioned above, whose authors highlighted that an important step (to ensure greater racial diversity) would be

"to adopt multi-faceted policies specifically designed to encourage underrepresented minorities to pursue careers in these fields. Such policies could range from efforts to stimulate minority students' interest in pursuing such careers through internships and mentorship experiences to the forgiveness of educational loans for individuals who find employment in specific fields to support of professional schools' programs to recruit promising minority undergraduates" (p. 27).

²⁹ For a summary of his biography, see: https://en.wikipedia.org/wiki/Abdias_do_Nascimento.

³⁰ This initiative is fully in line with the ideas proposed in the paper "Culture and Race in Provider-Client Relationship", already mentioned above, whose authors highlighted that an important step (to ensure greater racial diversity) would be "to adopt multi-faceted policies specifically designed to encourage underrepresented minorities to pursue careers in these fields. Such policies could range from efforts to stimulate minority students' interest in pursuing such careers through internships and mentorship experiences to the forgiveness of educational loans for individuals who find employment in specific fields to support of professional schools' programs to recruit promising minority undergraduates" (p. 27).

There was a similar precedent, considered successful, within the scope of the Brazilian Government, at the Rio Branco Institute (official preparatory school for the diplomatic career in Brazil). It was decided that the program would be implemented with financial resources from the budget³¹ of the PDO Center for Legal Studies - CEJUR (a complementary body aimed at training and professional improvement of the Public Defender's Office staff) with the support of *Escola Superior da Defensoria Pública* - FESUDEPERJ (training school attached to the Public Defender's Office that offers preparatory courses for candidates for the public defender's career, which usually have to pay tuition to attend courses).

According to the budget possibilities, 12 grants were offered, in the amount of R\$ 13,000 (thirteen thousand brazilian reais), to be paid in 10 monthly installments of R\$ 1,300 (one thousand, three hundred brazilian reais). Of these grants, 10 would be for black people and 02 for people with disabilities. During these 10 months, scholarship holders would have the obligation to attend intensive courses offered free of charge at FESUDEPERJ; submit monthly summary sheets of the content of two subjects that are part of the public exams program for the career of Public Defender; participate in weekly monitoring and coaching meetings; present a monthly report on activities carried out, such as a study schedule, indicating the courses and classes attended.

The program had the participation of veteran public defenders and some recently approved in the last selection process, who freely accepted the mission of offering individual mentoring to fellows, helping with the planning of studies in order to optimize their preparation to take the tests.

The results of this first group of PAN (Abdias do Nascimento Program) scholarship holders were considered positive. Two black people were approved in the last selection process for admission to the Public Defender's Office in Rio de Janeiro, in 2021. Another was approved in the public examination for the same career in the state of Bahia. Another fellow was successful and managed to pass the public exam for the career of Federal Police Chief. Three of the fellows participating in the program had reached the final stages of the selection process for public defenders in the states of Paraná, Mato Grosso and Sergipe. According to testimonies of participants in the first group of PAN, the program proved to be truly transformative, enhancing their chances of success in the selection process, not only for the Public Defender's Office but also broadening horizons and alternatives for eventually applying for other positions in public legal careers.

Thanks to the success achieved, it was possible to obtain the support of an international organization, the Open Society Foundation, which signed an agreement with the Public Defender's Office of Rio de Janeiro and will be offering financial support for the continuity of the PAN.

Through the initiatives described above, although still with a quantitatively small impact, an attempt was made to point out creative and promising paths for a transformation of the profile of the future members of the staff of the Public Defender's Office of Rio de Janeiro, seeking greater ethnic diversity towards the desired racial parity in the composition of career members.

³¹ The CEJUR budget comes from amounts received from attorney fees arising from cumbence paid when the party sponsored by the Defender's Office wins the case.

This experience - still incipient, as it depends on future improvements - can serve as inspiration, especially in countries that adopt supposedly “meritocratic” models of professional recruitment, where the admission of new lawyers depends strictly and objectively on the score obtained in evaluation tests of legal knowledge. As already mentioned, this seeks to raise awareness of the importance of concrete actions aimed at ensuring greater racial equality in the recruitment of lawyers working in the legal aid services of the future.

CONTOS E HISTÓRIAS

[voltar ao sumário](#)

UMA HISTÓRIA SOBRE JUSTIÇA E DIREITO

A STORY ABOUT JUSTICE AND LAW

Adolfo Filgueiras Etienne

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro
Mestrando em Sociologia e Direito

Resumo: Trata-se de um artigo em formato de narrativa, em que, por meio de uma simples história, procura-se demonstrar as diferenças existentes entre o Direito e a Justiça. Através da narrativa, procura-se enfatizar o conflito existente entre ambos os conceitos, que, por vezes, são tidos pelos profissionais do Direito como sinônimos. A história contempla uma situação hipotética em que um juiz, por ironia do destino, vem a julgar dois de seus filhos, e então mostra-se toda a tensão existente entre a aplicação da lei e da justiça.

Palavras-chave: Direito; Justiça; distinção.

Abstract: This is an article in narrative format, where through a simple story, it seeks to demonstrate the differences between Law and Justice. Through the narrative, we try to emphasize the existing conflict between both concepts, which are sometimes seen by Legal professionals as synonyms. The story contemplates a hypothetical situation in which a judge, by irony of fate, comes to judge two of his children, and then all the existing tension between law enforcement and justice is shown.

Keywords: Right; Justice; distinction.

1. INTRODUÇÃO

Hoje em dia achamos que Justiça e Direito são sinônimos, mesmo porque é a Justiça – Poder Judiciário - que aplica o Direito. Sendo assim, como poderia a Justiça não fazer justiça? Às vezes uma história pode nos fazer visualizar algumas coisas que não enxergamos.

2. A HISTÓRIA

2.1. O início

Era uma vez um jovem chamado Jailson, que morava em uma zona rural no interior do Brasil. Seu pai tinha um pequeno sítio, onde plantava verduras, legumes e frutas para consumo próprio e para vender em feiras e pequenos supermercados localizados na zona urbana do município. Sua mãe trabalhava em casa, e auxiliava o seu pai no plantio e também na venda dos produtos nas feiras livres.

De vez em quando, o pai de Jailson contratava umas duas ou três pessoas, de forma temporária, para ajudar na colheita e no plantio. Em uma dessas vezes, contratou Raimundo, que levava sua jovem filha, Rosineide para ajudá-lo.

Jailson estudava na escola estadual local, e sempre que podia, ajudava seu pai e sua mãe nos afazeres. Contudo, seu pai e sua mãe, embora analfabetos, sempre lhe falaram da importância da educação para que a pessoa fosse “alguém na vida”. Por isso, embora poucos jovens da zona rural estudassem, Jailson, remou contra a maré, e foi um desses.

Rosineide não teve a mesma sorte. Sua mãe havia falecido quando a filha era nova. Seu pai achava que estudar era perda de tempo. Assim, a menina, seguindo os passos do pai, era analfabeta, e o ajudava em seu trabalho.

Por vezes, Rosineide e Jailson se cruzavam, e um interesse recíproco brotou. Logo depois já estavam namorando. Mesmo depois que o pai de Rosineide parou de trabalhar no sítio dos pais de Jailson, o relacionamento permaneceu.

Todavia, certo dia, os pais de Jailson, lhe falaram que teria que prosseguir com seus estudos em uma cidade maior. Falaram que iriam lhe mandar para a capital do Estado, para que conseguisse um trabalho, e assim pudesse arcar com os custos de sua faculdade. Disseram ainda que, com grande sacrifício financeiro, conseguiriam enviar algum dinheiro para ajudá-lo a se manter enquanto procurava seu primeiro emprego.

Jailson ficou feliz e ao mesmo tempo triste com a notícia. Feliz, pois efetivamente queria melhorar de vida, e tinha curiosidade sobre como seria viver em uma grande cidade. Triste, pois gostava muito de Rosineide, e efetivamente, não pensava em separar-se dela. Todavia, decidiu que iria para a cidade trabalhar e continuar seus estudos, e de lá namoraria à distância com Rosineide.

Contudo, os planos de Jailson não se concretizaram. Rosineide ficou muito triste com a sua decisão, e achou que o namorado a estava abandonando. Diante disso, ela resolveu romper o relacionamento, e Jailson foi para a cidade grande com o coração também partido.

2.2. O meio

O tempo passou, e Jailson tinha conseguido um emprego no setor administrativo de um grande banco. O dinheiro ainda não era suficiente para pagar a faculdade, mas ele ainda não havia desistido de seu sonho. Depois de alguns meses, já era uma pessoa bem-quista no banco, começando a ter acesso muitas vezes aos diretores da instituição financeira.

Nesses encontros e desencontros que a vida nos proporciona, Jailson acabou ficando amigo da filha do dono do banco, que se chamava Elizabeth, e trabalhava lá como uma diretora. Aos poucos a amizade foi virando afeto, e de afeto, paixão. Os dois começaram um grande relacionamento amoroso às escondidas de todos.

Depois de certo tempo, o inesperado aconteceu. Elizabeth é surpreendida por uma gravidez não planejada. Não sabia o que fazer. Gostava muito de Jailson, mas não pensava em se casar com ele, pois tinham estilos de vida muito diferentes, e Elizabeth ainda pensava sobre o que sua família e seus amigos fariam sobre ter um relacionamento com um funcionário do baixo escalão do banco de sua família.

Diante disso, tomou uma decisão. Iria ter o filho, contaria sobre a criança a Jailson, mas não manteria o relacionamento. Dito e feito, contou tudo para Jailson, e ele, não

tendo nada a fazer, chorou e foi embora. Embora rompidos, decidiram que o nome da criança seria Henrique. Quando do nascimento do menino, Jailson o registrou.

Logo depois, Elizabeth o procurou e falou o seguinte:

– Jailson, você é uma pessoa muito importante pra mim, e é pai do meu filho. Desejo o melhor pra você. Sei que sempre foi um sonho seu ir para a faculdade de Direito e continuar seus estudos. Acredito muito em você, e não poderia deixar de ajudá-lo. Vou lhe dar um presente, que é o mínimo que eu poderia fazer depois de tanta felicidade que você me proporcionou. Amanhã depositarei na sua conta bancária 10 milhões de reais. Esse dinheiro vai ser suficiente para você se manter, tendo em vista a sua saída do banco, e também poderá pagar a sua tão sonhada faculdade.

Diante de tal fala, Jailson ficou extremamente feliz, e ao mesmo tempo sem palavras. Contudo, recuperando o fôlego, exclamou:

– Não posso aceitar. Você não me deve nada. Também fui muito feliz durante o tempo em que estivemos juntos.

Elizabeth replicou:

– Jailson, você sabe a história da minha família. Sabe que desde longa data ela é extremamente abastada, sendo o meu pai, filho de banqueiro, e o pai dele também banqueiro. A riqueza de nossa família é inestimável há várias gerações. O que eu estou lhe dando não representa absolutamente nada para mim. É realmente uma ninharia. Não me fará falta, e você sabe muito bem.

Jailson respondeu:

– Sendo assim, Elizabeth, vou aceitar esse dinheiro, até mesmo porque vai me ajudar nos estudos, e quero que o nosso filho se orgulhe de ter um pai “doutor” um dia.

Elizabeth acabou a conversa da seguinte forma:

– Quero te pedir um favor. Que você não mantenha mais relacionamento comigo, e nem com o nosso filho, pelo menos enquanto ele for criança. Depois de adulto, ele decidirá por si próprio o que lhe convém.

Jailson, sem entender muito bem, concordou, abaixou a cabeça e saiu.

Dinheiro já não era mais problema para ele. Por isso, deixou de trabalhar e passou a se dedicar de forma integral aos estudos. Sonhava em passar para a melhor faculdade de Direito do país – na época uma faculdade federal. Passou um ano inteiro estudando, frequentando os melhores cursinhos e obtendo os melhores livros e materiais de apoio.

Enfim chegou a hora do vestibular. E depois a hora do resultado. O seu sonho estava realizado. Tinha passado para a melhor faculdade do país! Durante os anos de faculdade, tomou ainda mais gosto pelos estudos e resolveu que iria, ao final do curso, fazer prova para juiz de direito.

Dito e feito. Fez a prova para juiz tão logo terminou a faculdade, mas infelizmente, embora tenha tido bons resultados, não foram suficientes para que fosse aprovado. Ainda assim, não desistiu, continuou estudando para o próximo concurso. Três anos depois, inicia-se um novo concurso para a sua carreira pública desejada. Depois de alguns meses de provas, muito estresse, e estudos, enfim Jailson é aprovado.

Entrou para a magistratura, e quando podia, preferia ficar nas varas cíveis, pois era a matéria que mais lhe agradava. Sendo assim, depois de certo tempo, conseguiu ser Juiz Titular de vara cível na Comarca da Capital.

Com o passar do tempo, conheceu uma mulher chamada Rosana, com quem iniciou um namoro; depois se casaram, e depois experimentaram uma plenitude de vida com mais dois filhos. O mais velho se chamava Marcelo e o mais novo, Rodrigo.

Os anos se passaram, e Jailson, pôde se dedicar com muito amor à criação de seus filhos, que se tornaram, os dois, homens bem-sucedidos no meio empresarial, alcançando grande sucesso financeiro.

Por vezes, olhando seus dois filhos, pensava no seu primogênito Henrique, com quem não tinha tido nunca mais contato. Mesmo depois de longos anos, nunca o procurou. Todavia, de longe checava na internet notícias sobre ele. Henrique tinha se tornado diretor do banco de sua família, e era considerado um grande empresário, pois tinha conseguido aumentar ainda mais o patrimônio de sua bilionária família.

Figurava nas revistas de negócio, mas também nas de esportes, e nas dedicadas às pessoas da alta sociedade. Enfim, sabia viver, era um exímio esportista, viajava pelo mundo todo, e ainda conseguia fazer a fortuna de sua família se multiplicar.

Jailson sentia saudades dele, mas reconhecia que a vida de ambos era muito diferente. As diferenças sociais eram muitas. Jailson era uma pessoa de classe média, seu filho Henrique, um bilionário dono de banco.

E assim foi seguindo a vida de Jailson, entre o trabalho na magistratura, a criação dos filhos e o relacionamento amoroso com sua esposa.

Contudo, a vida ainda iria lhe pregar uma grande peça!

Jailson tinha acabado de almoçar e retornou ao seu gabinete para despachar os processos. De repente, foi interrompido pelo seu assessor, que em tom de brincadeira, falou:

– Dr. Jailson! Será que o senhor não tem nenhum outro filho perdido por aí? Olha só o nome deste réu nesta ação de execução: Jailson Júnior!!!

Jailson, divertindo-se, respondeu:

– Kkkkk. Até parece! Esta é boa! Nunca vi na minha vida um Jailson Júnior! Deixa-me ver a foto do cara, pra ver se se parece comigo. Kkkkk!

Jailson olhou o processo e procurou a identidade do tal Jailson Júnior. Olhou, olhou e exclamou:

– É... até que parece um pouco comigo, você não acha?

O secretário respondeu:

– Doutor, o senhor é muito mais bonito!!!

Os dois caíram então na gargalhada.

Contudo, depois de prestar um pouco mais de atenção, reparou que o nome da mãe era Rosineide da Silva Duarte, justamente o nome de sua namorada na juventude. Ficou inquieto. Começou a pensar o impossível. Será que este homem é meu filho!? Por que Rosineide nunca me falou sobre isso?

– Não é possível! – exclamou.

Dias se passaram, e Jailson não parava de pensar naquilo. Foi então que resolveu fazer contato com seu pai e sua mãe para começar a “investigar o caso”. Ligou para seus pais, e indagou sobre Rosineide, se tinham notícias dela, e se ela tinha tido um filho.

Seus pais então responderam que depois que Jailson tinha se mudado para a capital, nunca mais tinham visto ela, mas ficaram sabendo que ela teria tido um filho,

mas não sabiam informar quem era o pai. Disseram, ainda, que encontraram depois de certo tempo com o pai de Rosineide, que falou que ela passava por muitas dificuldades financeiras, e por isso tinha ido tentar a vida na capital, onde também não estava tendo uma vida fácil.

Jailson falou:

– Mãe, me passa o telefone do pai da Rosineide. Preciso falar com ele, é uma questão urgente!

Sua mãe falou que ia tentar conseguir o contato e depois lhe daria retorno. Alguns dias se passaram, sua mãe lhe telefona e diz:

– Olha, meu filho, não foi fácil conseguir o telefone do Raimundo, pai da Rosineide; por isso, espero que ajude.

Imediatamente depois de desligar o telefone, Jailson ligou para Raimundo. Depois de alguns toques, uma pessoa atendeu:

– Alô, quem tá falando?

Jailson respondeu:

– Raimundo, aqui é o Jailson, filho do Flávio e da Lúcia, que têm um sítio onde você trabalhava de vez em quando com sua filha Rosineide.

A conversa continuou, e depois de se identificar, e falar que já tinha sido namorado de Rosineide, perguntou se ele tinha notícias dela.

Raimundo então respondeu que sua filha, quando jovem, tinha ido para a capital com um filho ainda neném, e que não sabia quem era o pai. Falou que sua filha sempre viveu com bastante dificuldade, e que certa vez ficou sabendo que ela chegou a morar em um abrigo da prefeitura local. Disse ainda que talvez ela tivesse morado até na rua com seu filho ainda pequeno.

Finalizou a conversa, afirmando que tinha anos que ela não dava notícias, e que tinha receio de que ela não estivesse mais viva. Falou ainda que mal conheceu seu neto.

Após a conversa, Jailson ficou pensativo. Afinal, não conseguiu esclarecer se era ou não pai do tal Jailson Júnior. Contudo, passava cada vez mais a acreditar nessa possibilidade.

Voltou a examinar o processo detalhe por detalhe, tentando achar alguma coisa que pudesse esclarecer sobre sua paternidade recém-descoberta. Olhou o processo e viu que o seu suposto filho morava em uma favela, estaria desempregado, tendo, segundo a narrativa do processo, já trabalhado como servente. Ao verificar melhor sua assinatura na carteira de identidade, e na contrafé do mandado de citação, dava claramente para ver que o rapaz era analfabeto, ou semianalfabeto.

Ficou refletindo sobre a situação difícil que seu filho teria vivido até ali. Foi olhar a petição inicial da execução, e viu que se tratava de uma dívida decorrente de financiamento pessoal. Observou que o valor que seu filho tinha tomado emprestado não era muito, mas o banco estaria cobrando quase oito vezes o valor inicial da dívida.

A petição da defensoria pública, que estava representando seu filho, afirmava que estava desempregado, mas era pessoa trabalhadora, e morava sozinho com sua filha, e que o empréstimo havia sido tomado, pois o mesmo não tinha mais como alimentar a filha e arcar com o aluguel do barraco em que vivia na favela.

Contudo, na petição, ainda havia um pedido de parcelamento do débito, eis que Jailson Júnior efetivamente pretendia pagar a dívida, mas no momento não tinha condições.

Olhando tudo aquilo, Jailson pensou na triste situação de vida por que seu filho mais velho estava passando, e que até então nunca pôde ajudá-lo. Enquanto isso, pensava nos seus outros filhos, afortunados: um bilionário banqueiro, e os outros dois, empresários bem-sucedidos.

Suspirou e exclamou:

– Minha nossa, como a vida é injusta! Como pode alguns irmãos terem uma vida de fartura e soberba, enquanto outro vive na miséria total!

Examinando sem parar o processo, reparou que o banco que estava executando seu filho Jailson Júnior era o banco que pertencia à família de seu filho Henrique. “Mais uma ironia do destino”, pensou.

– Já sei! – Exclamou.

– Vou marcar uma audiência de conciliação entre os dois irmãos, e quem sabe esse processo tem um final feliz de verdade!

Proferiu um despacho designando uma audiência de conciliação, e em vez de determinar a intimação do banco, como é de praxe, determinou especificamente a intimação de seu filho Henrique. Em relação ao filho Jailson Júnior, determinou a sua intimação por oficial de justiça.

Passados alguns dias, de extrema ansiedade para Jailson, finalmente chega a data da audiência. Logo no início do dia, ficou refletindo sobre como transcorreria. Várias indagações vieram à sua cabeça. “Como estarão os meus filhos?” “Será que estão felizes?” “Será que eles ficarão amigos?” “Será que vão me perdoar pelos vários anos de ausência em suas vidas?”

Chegando a hora de ir para o fórum, ele colocou o seu melhor terno. Estava feliz, apreensivo, e ao mesmo tempo, receoso. Depois, já em seu gabinete, faltando alguns minutos para a audiência começar, pediu ao secretário para verificar se, no corredor do fórum, os seus filhos já estariam presentes à espera da audiência.

Depois de alguns instantes, seu secretário retorna:

– Doutor, vi somente quatro pessoas lá fora no corredor. Acredito que sejam as partes e os advogados deste processo mesmo.

Jailson indagou:

– Como eles são, me diga?

– Um deles é realmente pobre. Está com uma calça jeans e camisa velhas, e um chinelo de dedos, e com um boné. Aparenta ter uns 50 anos. Ele está acompanhado de uma mulher, que acredito ser defensora pública. O outro é um rapaz extremamente arrumado, e parece bem jovem. Enfim, parece ser uma pessoa bem importante, disse o secretário. Ele está acompanhado de um advogado.

Faltando poucos instantes para o início da audiência, o juiz voltou a pensar sobre como conduzir tal ato. Foi ficando cada vez mais apreensivo, e então exclamou:

– Bem, já que eles estão aí, faça o pregão, e vamos iniciar a audiência.

Ao entrarem na audiência, os três ficaram frente a frente. O seu filho Jailson Júnior estava meio assustado, diante de um juiz, e de uma pessoa de aparência tão

importante do outro lado da mesa, acompanhada igualmente de um ilustre advogado. O seu filho Henrique parecia extremamente incomodado, estranhando aquela situação.

Então disse o juiz:

- Esta audiência é extremamente especial. Por isso, peço aos patronos das partes que aguardem alguns minutos lá fora, e depois chamarei a senhora e o senhor.

As partes e seus patronos se olharam com um pouco de espanto, mas fizeram o que o magistrado tinha determinado. Logo após, disse o juiz:

- Henrique, você sabe quem eu sou?

- Dr. Jailson. Nunca tinha vindo em uma audiência em que o meu banco estava cobrando uma dívida. E nunca imaginei que isto iria ocorrer com uma de valor tão irrisório. Por isso, achei muito estranho toda a situação. Mas depois de olhar com mais atenção o mandado de intimação, vi que o juiz era o meu pai.

Em seguida, o magistrado falou que estava profundamente arrependido por não ter participado de sua criação, e estado ausente todos esses anos. Afirmou que isso tinha sido um pedido da mãe de Henrique, mas que ainda assim, deveria ter relutado, e tentado, ao menos com o passar dos anos, uma reaproximação. Henrique falou que realmente, diante de tantos anos de afastamento, não o considerava como um pai, e que não via qualquer chance de reaproximação entre ambos.

Triste, pediu desculpas então ao seu filho, e indagou:

- Henrique, você sabe quem é este homem que está na sua frente?

- Não tenho a menor ideia! – Respondeu Henrique.

- Ele é teu irmão mais velho! Ele também é meu filho! – Exclamou o juiz.

De repente os dois irmãos se olharam com cara de espanto, não entendendo nada do que estava acontecendo. Então prosseguiu o juiz:

- Jailson Júnior. Eu sou seu pai, Jailson. Quando era novo eu tive um relacionamento com sua mãe, mas depois nunca mais a vi. De repente apareceu o seu processo aqui, e diante da inusitada situação do seu nome, olhei sua identidade, e vi que você é filho de Rosineide. Vi sua data de nascimento, e a data provável em que ela engravidou é justamente a época em que nós estávamos juntos. Não tenho dúvidas. Você realmente é meu filho!

- Excelentíssimo, eu não estou entendendo. Acho que deve haver alguma confusão. Eu sempre vivi na pobreza. Minha mãe morreu de doença de pobre quando eu tinha 12 anos. Já morei na rua. Já fiquei em abrigo à espera de ser adotado, o que infelizmente nunca aconteceu, por eu já ser mais velho que a maioria das crianças. Quando completei 18 anos, tive de sair do abrigo. Atualmente vivo em um barraco alugado na favela. Nunca tive pai. Na minha carteira de identidade não consta o nome do meu pai. Minha mãe sempre me falou que o meu pai tinha me abandonado, disse Jailson Júnior.

- Jailson Júnior. Como eu poderia ter te abandonado, se eu nem sabia que você existia? Eu fiz contato com o seu avô, e ele me falou a vida difícil que você e sua mãe tiveram. Agora eu estou aqui, e vou ajudá-lo, meu filho! – Disse o magistrado.

- Excelentíssimo, a coisa que eu mais queria era acreditar nisso. Mas realmente não tem como uma pessoa como eu ser seu filho. – Disse Jailson Júnior.

A conversa prosseguiu e os dois concordaram em manter contato, para se conhecerem, estreitarem a relação, e esclarecerem melhor as coisas. Em seguida, o magistrado deu prosseguimento à audiência, e disse:

– Henrique, como você pode ver, Jailson Júnior, que é seu irmão por parte de pai, vive em uma situação de grande pobreza. Teria como você perdoar essa dívida?

– Dr. Jailson, não considero o senhor que está na minha frente meu familiar. Além disso, não posso perdoar a sua dívida, pois agindo assim, estaria sendo injusto com todos os demais devedores do meu banco, pois não é costume que nós perdoemos as dívidas dos outros.

Estarrecido, o juiz perguntou a Jailson Júnior o que ele tinha a dizer, tendo este respondido:

– Excelentíssimo, eu não tenho como pagar esta dívida agora. Sei que estou errado, mas estou desempregado. Tento ganhar algum dinheiro vendendo bala no metrô pra sustentar a minha filha. Não estou conseguindo emprego. Eu não sei ler, nem escrever direito. Está realmente muito difícil pra mim toda esta situação. Se a dívida pudesse ser parcelada em valores bem baixos, eu poderia tentar pagar.

Diante da resposta de Jailson Júnior, Henrique se manteve irredutível, e falou que a sua política, que era a política do banco, era de não parcelar ou dar qualquer abatimento no valor das dívidas.

O juiz então exclamou:

– A que ponto chegamos! Temos aqui dois irmãos. Um precisando de ajuda e outro que, podendo ajudá-lo, não faz nada. Não foi assim que eu criei os meus outros dois filhos. Pois é, não contei a vocês, mas tenho mais dois filhos, de quem sempre cuidei, ao contrário do que aconteceu com vocês. Sempre dei tratamento igual a esses filhos, procurei ajudar o que mais precisava, e sempre falei para um ajudar e compartilhar com o outro suas coisas.

Henrique então respondeu:

– Dr. Jailson, já falei que não considero o réu meu irmão. Além do mais, não sou obrigado pela lei a dar qualquer desconto na dívida, ou parcelar. Doutor, peço que seja feito justiça de acordo com a lei!

O magistrado então exclamou:

– Justiça e direito não são a mesma coisa! A lei não é justa, pois se fosse não haveria tanta injustiça em nosso mundo! Em toda audiência, a injustiça entra nesta sala, aplico a lei, e a mesma injustiça sai pela porta! Vejo, agora, que eu nunca fiz justiça em toda a minha carreira na magistratura.

– Dr. Jailson, não estou entendendo. Só estou pedindo a aplicação da lei! Disse Henrique.

– Meu filho, quem não está entendendo é você. Minha vida inteira nesta sala, e só tenho mantido e aumentado a injustiça deste mundo. Mas agora é diferente. Vocês dois são meus filhos! Não posso, principalmente depois de tantos anos de ausência, tratá-los de forma injusta. Já que não tem um acordo, vou proferir sentença.

2.3. O fim

Chamou então a defensora pública e o advogado para dentro da sala, e em seguida, o juiz proferiu a seguinte sentença:

SENTENÇA

Meu filho Henrique, que já nasceu bilionário, vindo de uma família de banqueiros, sempre teve tudo o que os bens materiais podem lhe dar. Além disso, teve amor e carinho no seu seio familiar. Virou esportista, viajante e um empresário bem-sucedido.

Meu filho Jailson Júnior, ao contrário, não teve a mesma sorte. Nasceu na miséria, e dela nunca conseguiu sair, aliás, como é a regra. Sua mãe morreu cedo, de doença que atinge normalmente só pessoas pobres. O filho viveu nas ruas e em abrigos à espera de uma adoção. Efetivamente, é quase impossível para alguém que nasce na mais absoluta miséria sair desta condição. Não sabe ler e nem escrever. Vive, hoje, vendendo balas para sustentar sua filha.

O segundo precisou pedir dinheiro emprestado – R\$ 2.000,00, para não ser despejado de seu barraco na favela, e conseguir alimentar sua filha. Pediu dinheiro ao autor – que agora sabe-se que é seu irmão.

Como de praxe, o empréstimo foi concedido a juros exorbitantes. Pois é, como todos sabemos, quanto mais pobre é a pessoa, mais altos são os juros. Como também sabemos, Jailson em nenhum momento pôde negociar o valor dos juros, e também os encargos decorrentes de eventual inadimplemento. Sendo assim, teve que aceitar as altas taxas, mesmo achando-as injustas, eis que não tinha outra opção.

Depois de algum tempo, meu filho Jailson Júnior não conseguiu pagar o valor das parcelas, e sua dívida, depois de poucos meses, passou para R\$ 15.000,00, segundo consta na inicial de execução do banco de meu filho Henrique.

Hoje foi esclarecido a ambos que são irmãos, e foi tentada uma conciliação. Mesmo sabendo das dificuldades por que passa o outro irmão, meu filho Henrique se negou a ajudá-lo, pedindo que seja aplicada a lei, não sendo assim possível uma conciliação.

Este é o relatório. Passo para a fundamentação.

Desde sempre, nos meus quase 30 anos de magistratura, venho aplicando cegamente a lei, e posso dizer que através dela nunca fiz justiça nesta vida. A velhice me mostrou que a lei é feita pelos ricos, para preservar e aumentar suas riquezas. Por isso não tem como ser justa. O governo, assim como a lei, serve aos interesses da classe mais rica, e também visa aumentar a riqueza dos mais ricos. Assim, mesmo quando a lei é um pouco benéfica à população mais pobre, ela não é aplicada pelo governante, que age em favor dos ricos, e assim, a lei não sai do papel. Este é o destino das leis, que em tese seriam de interesse dos mais pobres.

Sendo assim, hoje, eu não vou aplicar a lei, pois entre os meus filhos eu faço justiça. Sempre agi assim em relação aos meus outros dois filhos, com quem tive a oportunidade de conviver, que pude criar e ser pai de verdade. Com os meus filhos Henrique e Jailson Júnior não poderia ser diferente.

Pois bem. Como dito no relatório, meu filho Henrique nasceu bilionário, estudou nas melhores escolas e universidades, viajou, praticou esportes, foi criado com amor por sua mãe, de quem teve toda a atenção. Além disso, segundo ele e a imprensa dizem, conseguiu multiplicar o patrimônio de sua família, sendo então um banqueiro bem-sucedido.

O outro, como já dito, nasceu na miséria, viveu na rua e não teve qualquer estudo. Pode-se dizer que foi bem-sucedido, pois nascido nessa condição, conseguiu estar vivo até hoje! Pois é, muita gente que nasce nessa condição morre cedo, seja com problemas de saúde que somente atingem as pessoas pobres, em razão das condições indignas em que vivem (ausência de rede de esgoto, sujeira de quem mora na rua etc.), seja pela ausência de tratamento de saúde digno, face à precariedade do serviço público que os ricos destinam a essa classe excluída da população. Além disso, a vida de quem é morador de rua, ou de favela, é repleta de perigos e violência. Sendo assim, pode-se ter certeza, tendo Jailson Júnior, apesar de todas as adversidades, conseguido se manter vivo até hoje, é digno de grande mérito.

O mesmo não posso dizer do meu filho Henrique. Este já nasceu com a vida ganha! Já nasceu bem-sucedido! Segundo dizem, conseguiu multiplicar seu patrimônio. Uau! Não vejo isso como mérito. De fato, vivemos em um sistema econômico que favorece o aumento da riqueza dos mais ricos. Funciona assim: quanto mais dinheiro você tem, mais dinheiro você ganha. Este é o sistema capitalista. Isto quer dizer o seguinte: a riqueza tem uma força inercial neste sistema, que a faz se multiplicar sozinha. Exemplos disso são as aplicações financeiras. Basta o bilionário investir o seu dinheiro e vê-lo multiplicar-se. Sendo assim, considerando que tudo no atual sistema favorece o crescimento da riqueza dos mais ricos, não vejo nenhum mérito neste feito do meu filho Henrique. Na verdade, seria um demérito se o mesmo não tivesse permitido sua fortuna se multiplicar.

Na verdade, creio que se o lugar de ambos tivesse sido trocado, os resultados seriam semelhantes, ou, talvez um pouco diferente pelo menos em relação ao meu filho Henrique, pois as chances de morrer cedo quando se nasce na mais absoluta miséria são grandes. Sendo assim, pode ser que ele pudesse estar morto, ao contrário do que ocorreu com seu irmão Jailson Júnior. Já este, creio que não teria dificuldades em multiplicar o patrimônio de sua família, uma vez que isto é da natureza do capitalismo. Todas as forças econômicas se dirigem a esta direção. Portanto, certamente Jailson Júnior seria um bilionário “bem-sucedido”.

Quanto ao mais, não se pode deixar de registrar a grande injustiça que ocorre entre os dois desde o nascimento, eis que um nasce bilionário, sem nada ter feito para gerar essa fortuna, enquanto outro nasce na miséria absoluta, sem nada ter feito para nascer nessa condição.

Tendo sido dada oportunidade ao meu filho Henrique de corrigir minimamente esta injustiça, o mesmo se quedou inerte, se negando a dar qualquer ajuda ao seu irmão Jailson Júnior. Ao contrário, manteve o seu desejo de enriquecer de forma infinita, às custas de seu irmão, que vive em total condição de miséria.

Narradas estas peculiaridades, afirmo que pra mim o principal critério de justiça é o amor. Foi com amor que pratiquei a única justiça até hoje. Foi através do amor,

que tratei com justiça meus filhos Marcelo e Rodrigo. Será então, através do amor, que julgarei este caso.

Pois bem. Já de cara considero plenamente nulo o contrato celebrado entre os dois irmãos. Irmãos não devem contratar entre si, mas sim se ajudar. Além do mais, o contrato, como sei muito bem, é sinônimo de injustiça. Aliás, não por outra razão ele sempre é feito pelos mais ricos, e estes por evidente não vão perder a oportunidade de aumentar ao máximo sua riqueza às custas do outro contratante, que somente tem a opção de aderir, nunca a de discutir qualquer cláusula.

Considerando a obrigação recíproca de se ajudarem. Declaro, assim, que Jailson Júnior nada deve ao seu irmão Henrique. Mas vou além. Irmãos devem ser tratados de maneira igual. Irmãos devem compartilhar. Era isso o que eu falava para os meus filhos Marcelo e Rodrigo em relação a seus brinquedos e suas coisas. Todos os brinquedos eram dos dois! Tudo era dos dois! Eles deviam sempre dividir um com o outro suas coisas. Sendo assim, declaro que a metade da fortuna de Henrique pertencerá ao seu irmão Jailson Júnior. Assim, estarei corrigindo uma injustiça que vem desde o nascimento de ambos.

Todavia, assim como fazia em relação aos meus filhos menores, creio que Henrique merece um castigo. Ele ficará dois anos, somente, sem poder desfrutar da metade que lhe cabe da fortuna, sendo esta colocada em um banco, que não seja o seu, ficando indisponível. Isso será um tentativa de fazer com que Henrique possa imaginar as dificuldades pelas quais seu irmão Jailson Júnior passou pela vida. Sei muito bem que tal castigo nunca irá fazer com que o mesmo passe pelo que passou Jailson Júnior, pois mesmo sem patrimônio, as condições de educação, *networking*, relacionamentos, entre outras, certamente não o deixarão na pobreza.

Contudo, de alguma forma, Henrique tem que aprender a ser uma pessoa menos egoísta e a ajudar o seu irmão e outras pessoas que não tiveram a mesma sorte que ele.

Depois de passados os dois anos, Henrique voltará a ter à disposição metade de sua fortuna, resguardando a igualdade entre os irmãos.

Vou além, e vou condenar os dois a se abraçarem e fazerem as pazes e se tratarem com amor, daqui em diante, pois pra mim é assim que irmãos devem se comportar.

Acredito, assim, que esta é a justiça adequada.

Enfim, passo ao dispositivo desta sentença.

Do exposto:

- a)** julgo improcedente o pedido de execução formulado pelo meu filho Henrique em face de meu filho Jailson Júnior;
- b)** declaro nulo o contrato efetuado entre ambos, e inexistente a dívida de meu filho Jailson Júnior para com meu filho Henrique;
- c)** condeno meu filho Henrique a dividir toda a sua fortuna na proporção de 50% com meu filho Jailson Júnior;
- d)** declaro que meu filho Henrique ficará, durante dois anos, sem a disponibilidade dos 50% de sua fortuna, que ficará bloqueada em um banco que obviamente não seja o seu;

- e) por fim, condeno ambos a se abraçarem e fazerem as pazes, e se tratarem com amor, daqui em diante.

Quanto às custas do processo. Condeno meu filho Henrique a pagá-las, eis que é bilionário. Quanto aos honorários, condeno meu filho Henrique a pagar R\$ 1.000.000,00 à Defensoria Pública, para que ela continue na sua tarefa, quase impossível, de trazer um pouco de justiça aos mais pobres.

Depois de proferida a sentença, Henrique se levantou e falou:

– Eu vou recorrer! Isso não existe! Que absurdo!

Em seguida, saiu da sala de audiências acompanhado de seu advogado.

O juiz então olhou para o seu filho Jailson Júnior e falou:

– Filho, este é o julgamento da minha vida. E não poderia ser de outra forma.

Certamente seu irmão recorrerá, e a sentença que eu proferi será reformada. Contudo, pode ter certeza que você não viverá mais na miséria. Eu irei ajudá-lo. A vida foi muito injusta com você, e não poderia deixar de corrigir essa injustiça. Vou te ajudar a ter uma vida digna, junto com sua filha, que agora chamo de neta.

Jailson Júnior olhou para seu pai e falou:

– Meritíssimo. Eu nasci na pobreza, e já estou até acostumado com ela. Sei que a vida não foi justa comigo. Mas na verdade, me acostumei com a injustiça do mundo. Fico muito gracinado pela ajuda oferecida, mas eu vou ter que dispensar. Não existe justiça para os pobres. Isso somente vai mudar quando os pobres forem deputados, governantes e juizes. Quando este dia chegar, na verdade não haverá mais pobres e nem ricos, mas simplesmente pessoas. Enquanto os ricos forem os deputados, governantes e juizes, tudo continuará como está.

Em seguida, Jailson Júnior saiu pela porta.

O juiz então abaixou a cabeça e começou a chorar. Depois de um tempo, pegou o martelo de madeira que estava em sua mesa e tacou no lixo. Saiu de seu gabinete, e nunca mais voltou para o fórum. Viu que depois ter feito justiça pela primeira vez em toda a sua carreira na magistratura, não conseguiria agir como antes. Não poderia mais fazer injustiça.

Desde então, os seus estudos foram dedicados a encontrar a origem da desigualdade entre os homens, e como acabar com ela. Virou sociólogo, ativista político e integrante de uma cooperativa.

E, assim, acabou a nossa história.

3. CONCLUSÃO

Qual o papel do Poder Judiciário em contexto de tantas injustiças no nosso país? Será que é manter a injustiça? Será que é aumentar a injustiça? Ou será que é fazer *jus* ao nome que lhe é atribuído – Justiça – e realmente fazer justiça?

Por fim, uma outra pergunta. Será que a justiça somente deve ser aplicada aos irmãos? Somente irmãos têm direito à justiça? Ou será que ela deve ser aplicada a todos, independentemente de parentesco? Qual seria a resposta mais justa para estas perguntas?

Conforme as palavras de José Augusto Garcia de Sousa, a quem prestamos todas as homenagens por sua condução impecável da Direção-Geral do CEJUR por quase uma década, na apresentação da Revista nº 32, "a Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro não é um veículo neutro". A Defensoria Pública tem lado e, mais do que isso, tem duríssimas lutas ainda a travar.

A Revista nº 33 é composta por 08 (oito) artigos doutrinários, 03 (três) peças processuais, 01 (um) parecer, 01 (um) trabalho em língua inglesa apresentado em Congresso ILAG, e 01 (um) conto, modalidade de escrita acolhida pelo Conselho Editorial nesta edição.

O CEJUR da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro agradece imensamente a todas as pessoas que participaram de alguma forma da confecção desta Revista. A arte de escrever, assim como a arte de se organizar no tempo para tanto, sem sombra de dúvidas, traduz-se em esforço que revela muito do comprometimento desses autores em relação ao mundo jurídico e à tentativa de seu melhoramento.

A qualidade da Revista nos revela verdadeiro gáudio pelo esforço feito em sua produção. Espera-se que a Defensoria Pública prossiga em sua árdua caminhada de construção intelectual de sua doutrina, de mobilização da comunidade jurídica e da sociedade civil como um todo. Acreditamos que o Direito não se separa da vida das pessoas, e o Direito só é válido se ele é apto a gerar reforma. Ou seja, sejamos forças capazes de alteração do mundo factual, porque a manutenção do estado de injustiça na vida de tantas pessoas é algo contra o que devemos incessantemente lutar.

(Trecho extraído da **Apresentação** da Revista)

REALIZAÇÃO



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



APOIO



Fesudeperj
Fundação Escola Superior da Defensoria
Pública do Estado do Rio de Janeiro