



**DEFESA DOS
DIREITOS HUMANOS**



**PROTEÇÃO
DE DADOS**



**SEGURANÇA
CIBERNÉTICA**





CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Presidente

Ministra Rosa Weber

Corregedor Nacional de Justiça

Luiz Felipe Salomão

Conselheiros e Conselheiras

Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Mauro Pereira Martins

Richard Pae Kim

Salise Monteiro Sanchotene

Marcio Luiz Coelho de Freitas

Jane Granzoto Torres da Silva

Giovanni Olsson

Sidney Pessoa Madruga

João Paulo Santos Schoucair

Marcos Vinícius Jardim Rodrigues

Marcello Terto e Silva

Mário Henrique Aguiar Goulart Ribeiro Nunes Maia

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

Secretário-Geral

Gabriel Matos

Secretário Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica

Ricardo Fioreze

Diretor-Geral

Johaness Eck

Departamento de Pesquisas Judiciárias

Ana Lúcia Andrade de Aguiar, Juíza-auxiliar da Presidência

Gabriela Moreira de Azevedo Soares, Diretora Executiva

Coordenadoria de Gestão da Informação e Memória do Poder Judiciário

Pâmela Tieme Barbosa Aoyama, Gerente da Revista

Renata Lima Guedes Peixoto, Assistente da Revista

Alicia Emily Rodrigues Silva, Estagiária

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Secretária de Comunicação Social

Cristine Genú

Chefe da Seção de Comunicação Institucional

Rejane Neves

Projeto Gráfico

Eron Castro

Revisão de Texto

Marlene Bezerra dos Santos Ferraz

Revista CNJ / Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

– Vol. 1, n. 1 (2015) – Brasília, CNJ, 2015 – Semestral

Até o v. 2, 2017, publicada anualmente.

e-ISSN 2525-45021

Direito – Periódicos I. Brasil, Conselho Nacional de Justiça.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

SAF SUL, Quadra 2, Lotes 5/6,

Brasília-DF

CEP: 70070-600

CNPJ: 07.421.906/0001-29



**DEFESA DOS
DIREITOS HUMANOS**



**PROTEÇÃO
DE DADOS**



**SEGURANÇA
CIBERNÉTICA**



Editor-chefe

Ricardo Fioreze, Secretário Especial de Pesquisas, Programas e Gestão Estratégica do CNJ -
Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho

Conselho Editorial

Alexandre Santos de Aragão, Professor da UERJ
Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Desembargador Federal do TRF2
Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte, Juiz de Direito do TJRJ
Daniela Pereira Madeira, Juíza Federal do TRF2
Erickson Gavazza Marques, Desembargador do TJSP
Flávia Piovesan, Professora da PUC-SP
Guilherme Calmon, Desembargador Federal do TRF2
Guilherme Couto de Castro, Desembargador Federal do TRF2
Gustavo Binenbojm, Professor da UERJ
Heloisa Helena Gomes Barboza, Diretora da Faculdade de Direito da UERJ
Heleno Taveira Torres, Professor da USP
João Batista Lazzari, Juiz Federal do TRF4
Luiz Paulo Araújo, Desembargador Federal do TRF2
Maria Tereza Sadek, Professora da USP
Marcus Abraham, Desembargador Federal do TRF2
Marcus Livio Gomes, Juiz Federal do TRF2
Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, Advogado e Professor da UERJ
Paulo Gustavo Medeiros de Carvalho, Professor e Procurador-Geral Federal da AGU
Pedro Marcos Nunes Borges Barbosa, Advogado e Professor da PUC-RIO
Ricardo Lodi Ribeiro, Reitor da UERJ
Richard Pae Kim, Conselheiro do CNJ
Teresa Arruda Alvim, Advogada e Professora da PUC-SP
Theophilo Antonio Miguel Filho, Desembargador Federal do TRF2
Trícia Navarro Xavier Cabral, Juíza do TJES
Valter Shuenquener de Araújo, Juiz Federal do TRF2
Walter Godoy dos Santos Junior, Juiz do TJSP

Conselho Técnico-Científico e Jurisprudencial

Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Conselheiro do CNJ
Mauro Pereira Martins, Conselheiro do CNJ
Richard Pae Kim, Conselheiro do CNJ
Salise Monteiro Sanchotene, Conselheira do CNJ
Marcio Luiz Coelho de Freitas, Conselheiro do CNJ
Jane Granzoto Torres da Silva, Conselheira do CNJ
Giovanni Olsson, Conselheiro do CNJ
Sidney Pessoa Madruga, Conselheiro do CNJ
João Paulo Santos Schoucair, Conselheiro do CNJ
Marcos Vinícius Jardim Rodrigues, Conselheiro do CNJ
Marcello Terto e Silva, Conselheiro do CNJ
Mário Henrique Aguiar Goulart Ribeiro Nunes Maia, Conselheiro do CNJ
Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho, Conselheiro do CNJ
Maria Cristiana Simões Amorim Ziouva, Assessora de Apoio Interinstitucional do CNJ
Pedro Felipe de Oliveira Santos, Desembargador Federal do TRF6
Gabriela de Azevedo Soares, Diretora-Executiva do DPJ
Wilfredo Enrique Pires Pacheco, Pesquisador do DPJ

Rol de Pareceristas (v. 7, n. 1, jan./jun. 2023)

Alamir Costa Louro
Doutorado em Administração (UFES)
Álvaro Antônio Sagulo Borges de Aquino
Doutorado em Direito Penal (UERJ)
Anderson de Paiva Gabriel
Doutorado em Direito Processual (UERJ)
André Luiz Valim Vieira
Doutorado em Ciências Sociais (UNESP)
André Murilo Parente Nogueira
Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos (Universidade de Coimbra)
Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte
Doutorado em Direito (Universidade de Salamanca)
Antônio César Bochenek
Doutorado em Direito, Justiça e Cidadania (Universidade de Coimbra)
Arthemisia Ferreira Paulo Santiago
Doutorado em Sociologia (UFPE)
Arthur Henrique de Pontes Regis
Doutorado em Bioética (UnB)
Caio Castelliano de Vasconcelos
Doutorado em Administração (UnB)
Clarindo Epaminondas de Sá Neto
Pós-Doutorado em Direito do Trabalho e Relações de Gênero (Universidade de Málaga)
Daniel Marchionatti Barbosa
Doutorado em Direito (USP)
Daniel Marques de Camargo
Doutorado em Ciência Jurídica (UENP)
Elisa Sardão Colares
Doutorado em Ciências Sociais (UnB)
Fábio Henrique Falcone Garcia
Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito (USP)

Felipe Albertini Nani Viaro
Doutorado em Direito Constitucional (USP)
Flávio Henrique de Melo
Doutorado em Ciências Jurídicas (UNIVALI/SC)
Francieli Puntel Raminelli
Doutorado em Direito (UFRS)
Giselle Crosara Lettieri Gracindo
Doutorado em Bioética (Universidade de Porto)
Grasielle Borges Vieira de Carvalho
Doutorado em Direito (Universidade Presbiteriana Mackenzie SP)
Guilherme Ribeiro Baldan
Doutorado em Ciência Jurídica (Universidade do Vale do Itajaí)
Jairo Simão Santana Melo
Doutorado Engenharia de Sistemas Eletrônicos e de Automação (UnB)
Jean Carlos Dias
Doutorado em Direito (UFPA)
Jeferson Ferreira Barbosa
Doutorado em Direito (UNI/Regensburg)
Jordana Maria Ferreira de Lima
Doutorado em Direito Constitucional (IDP)
José Roberto Sotero de Mello Porto
Doutorado em Direito Processual (UERJ)
Keyla Cristina Farias dos Santos
Doutorado em Direito Internacional (UFMG)
Leticia Fontestad Portalés
Doutorado em Direito (Universidad de Malaga)
Lucas Delgado
Doutorado em Direito (University of Manchester)
Lucas Gonçalves da Silva
Pós-doutorado em Direito (Università Degli Studi G. d'Annunzio)
Luciana Paula Conforti
Doutorado em Direito (UnB)

Luciane Cardoso Barzotto
Doutorado em Direito (UFPR)
Luciano Athayde Chaves
Doutorado em Direito (UNIFOR)
Luiz Rodrigues Wambier
Doutorado em Direito (PUC-SP)
Marcelle Coelho do Rosário
Doutorado em Filosofia (UNISINOS)
Marcelo Schenk Duque
Doutorado em Direito (UFRS)
Márcia Michele Garcia Duarte
Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos (Universidade de Coimbra)
Maria Fernanda Dias Mergulhão
Doutorado em Direito (Universidade Gama Filho)
Marilda Silveira
Doutorado em Direito (UFMG)
Paulo Cezar Dias
Pós-Doutorado em Direito (Universidade de Coimbra)
Renato Siqueira de Pretto
Doutorado em Direito do Estado (PUC-SP)
Rodrigo Fernandes Lima Dalledone
Doutorado em Direito (UFPR)
Rubens Beçak
Doutorado em Direito (USP)
Taís Schilling Ferraz
Doutorado em Ciências Criminais (PUC-RS)
Trícia Navarro Xavier Cabral
Doutorado em Direito Processual Civil (UERJ)
Verônica Marques
Doutorado em Ciências Sociais (UFBA)
Wagner Roby Gidaro
Doutorado em Direito do Estado (USP)

SUMÁRIO

7

APRESENTAÇÃO

Editor-chefe Ricardo Fioreze, Secretário Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica do Conselho Nacional de Justiça

9

ENTREVISTA

Profa. Ana Frazão
Advogada e professora de Direito Civil, Comercial e Econômico da Universidade de Brasília (UnB)

ARTIGOS

15

VIOÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA AS MULHERES EM SITUAÇÃO DE RUA E A PANDEMIA DA COVID-19: COMO GARANTIR O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA?

Adriana Ramos de Mello
Marcela Lobo
Taís Scheer

29

A EXTINÇÃO DA PRONÚNCIA E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: DUPLA PERSPECTIVA DE TUTELA AOS DIREITOS HUMANOS

Amaury Silva

45

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NOS ESTADOS-MEMBROS DO MERCOSUL

Claudia Lima Marques
Cíntia Rosa Pereira de Lima
Kelvin Peroli

57

TUTELA JUDICIAL DAS VULNERABILIDADES FEMININAS: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA EFETIVAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA

Eduardo Cambi
Letícia de Andrade Porto Nosaki
Melina Girardi Fachin

73

POR QUE OS JUÍZES DEVEM SE PREOCUPAR COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: RECOMENDAÇÃO CNJ N. 123/2022

Vitor Fonsêca

85

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA NA ERA DOS CIBERATAQUES: UMA ANÁLISE A PARTIR DO ESCOPO PROTETIVO DA LGPD

Gabriel Cemin Petry
Haide Maria Hupffer

99

POLÍTICAS JUDICIÁRIAS TRANSPARENTES, EFICIENTES E RESPONSÁVEIS

José Antonio Dias Toffoli
Richard Pae Kim

109

RESOLUÇÃO N. 10/2018 DO CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E PROCESSO CIVIL: A NECESSÁRIA HARMONIA NO ÂMBITO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS COLETIVAS

Paulo Guilherme Mazini
Lucas Cavalcanti da Silva

123

A IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO FUNDAMENTADOS EM EVIDÊNCIAS NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS PELOS MAGISTRADOS BRASILEIROS

Rafael Souza Cardozo
Maria Cristina Maruschi

139

POR UM RECONHECIMENTO FACIAL ANTIDISCRIMINATÓRIO: O IMPERATIVO DE ASSEGURAR BANCOS DE ROSTOS DIVERSOS E COMBATER VIESES RACIAIS

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega
João Vitor Sales Zaidan

JURISPRUDÊNCIA

151

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. Existência de elementos indiciários de possível prática de infrações disciplinares. Instauração de Processo Administrativo Disciplinar no CNJ. Afastamento cautelar do cargo.

152

CONSELHEIRO MARCELLO TERTO E SILVA

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO 0005797-15.2022.2.00.0000. Oficial de justiça do TJPE. Filho com transtorno do espectro autista. Resolução nº 343/2020. Regime especial de trabalho mediante redução do número de mandados distribuídos.

159

CONSELHEIRO LUIZ FERNANDO BANDEIRA DE MELLO FILHO

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO 0009201-11.2021.2.00.0000: JPA - Portaria nº 2110/2021-GP – Nomeação - Interino - 2º Ofício de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas da Comarca de Canaã dos Carajás - Distância - Município mais próximo - Violação - Art. 5º do Provimento nº 77/CN.

164

CONSELHEIRA SALISE MONTEIRO SANCHOTENE

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. Magistrado. Intimidação. Uso do cargo. Resolução 351/2020. Política de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio no Poder Judiciário. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Resolução 492/2023.

166

CONSELHEIRO RICHARD PAE KIM

ATO NORMATIVO 0006474-79.2021.2.00.0000. Entrega de crianças para fins de adoção no âmbito dos Tribunais de Justiça. Uniformização do procedimento previsto no art. 19-a do ECA. art. 21, "a" da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. direito à convivência familiar e comunitária. Arts. 227 da CF e 5º da Lei nº 13.257/2016. Proteção da mulher, gestante e puérpera. Obrigatoriedade de encaminhamento à justiça da infância e da juventude das gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção.

175

CONSELHEIRO MARCIO LUIZ FREITAS

ATO NORMATIVO 0001930-77.2023.2.00.0000. Aprova a Resolução que institui no Poder Judiciário o Programa Transformação. Regulamenta e estabelece critérios para a inclusão de reserva de vagas nos contratos de prestação de serviço continuados e terceirizados para mulheres em condições de vulnerabilidade.

183

CONSELHEIRO MARIO GOULART MAIA

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO 0004794-25.2022.2.00.0000. Tribunal de Justiça do Estado De São Paulo. Corregedoria Geral. Normas de Serviço dos Cartórios Extrajudiciais. Averbação de CPF. Gratuidade. Provimento CN 63/2017.

PARECER TÉCNICO

187

CRITÉRIO DE ESCOLHA DA RAÇA, COR OU ETNIA NO FORMULÁRIO DE ADOÇÃO DO SISTEMA NACIONAL DE ADOÇÃO (SNA) Fórum Nacional da Infância e Juventude (FONINJ), Eduardo Rezende Melo

APRESENTAÇÃO

A Revista CNJ inicia 2023 com uma novidade em sua publicação: o lançamento de seção dedicada a publicizar os ricos pareceres técnicos solicitados pelo Conselho Nacional de Justiça a especialistas e instituições. Os pareceres são utilizados para a instrução processual de matérias em deliberação no CNJ, em que os Conselheiros e Conselheiras solicitam manifestação, seja por sua natureza técnica e/ou impacto social. Nesta edição, Eduardo Rezende Melo, do Fórum Nacional da Infância e Juventude (FONINJ), analisa se os critérios étnico-raciais do formulário do Sistema Nacional de Adoção (SNA) representam discriminação indireta e se são contrários ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O parecer vai ao encontro da temática da Revista CNJ deste semestre, que publica 10 artigos inéditos que se debruçam sobre o Sistema de Justiça e o Poder Judiciário, com enfoque em três eixos temáticos: defesa dos Direitos Humanos, proteção de dados e segurança cibernética.

Nesse sentido, a presente publicação é composta por 10 artigos, que se debruçam em temas como: violência doméstica em mulheres em situação de rua na pandemia da covid-19; análise da extinção da pronúncia como meio de celeridade processual e tutela aos direitos humanos; panorama comparativo da legislação de proteção de dados nos estados-membros do Mercosul; papel do Poder Judiciário na efetivação de um constitucionalismo feminista; combate aos vieses raciais nos programas de reconhecimento facial; segurança cibernética no escopo da LGPD; reflexões sobre políticas judiciais transparentes, eficientes e responsáveis; importância dos critérios fundamentados em evidências na aplicação das medidas socioeducativas e uma análise sobre as Recomendações do CNJ, em especial a n. 123/2022, que recomenda a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para elucidar e introduzir o, muitas vezes, espinhoso tema da proteção de dados e segurança cibernética, convidamos a ilustre Profa. Ana Frazão, que nos apresenta um raciocínio claro e didático sobre a proteção de dados, a inteligência artificial e os modelos de regulação. Em um diálogo leve e objetivo, os leitores e leitoras da Revista têm a oportunidade de conhecer as reflexões da Profa. Ana Frazão, enriquecendo ainda mais o debate sobre os temas abordados.

Na Seção de Jurisprudência, são publicados 7 votos selecionados pelos Conselheiros e Conselheiras do CNJ: Ministro Luis Felipe Salomão, Conselheiro Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho, Conselheiro Marcello Terto e Silva, Conselheiro Marcio Luiz Freitas, Conselheiro Mario Goulart Maia, Conselheiro Richard Pae Kim e Conselheira Salise Monteiro Sanchotene. Os votos são publicados na íntegra e apresentam um panorama dos temas debatidos em Plenário no primeiro semestre de 2023.

Agradeço aos autores e autoras pelo esforço admirável em desbravar as temáticas e compartilhar os resultados de suas pesquisas. E, aos ilustres pareceristas, sem os quais não seria possível manter o grau de excelência dos dossiês publicados pela Revista CNJ.

Por fim, não poderia deixar de registrar meu agradecimento aos Conselheiros e Conselheiras do CNJ, por suas contribuições à Seção de Jurisprudência, que enriquece a **Revista CNJ** com os brilhantes votos selecionados.

Boa leitura!

RICARDO FIOREZE

Secretário Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica

ENTREVISTA

PROFA. ANA FRAZÃO

ADVOGADA E PROFESSORA DE DIREITO CIVIL, COMERCIAL E ECONÔMICO DA UNB

PROTEÇÃO DE DADOS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: DIÁLOGOS SOBRE REGULAÇÃO

Entrevista concedida à Revista CNJ em 13 de junho de 2023 (24:44 min)

REVISTA CNJ: No livro *Compliance e políticas de proteção de dados (2022)*¹, você faz uma crítica à eficácia do modelo de regulação jurídica baseado unicamente na sanção, e aponta que estudos de economia comportamental, economia neoinstitucional e sociologia econômica, vêm mostrando a insuficiência desse modelo. Nesse contexto, e diante dos desafios na aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), você indica o *compliance* de dados como uma importante ferramenta na regulação jurídica da LGPD. Poderia compartilhar com os leitores e leitoras da Revista CNJ, sua análise e perspectiva quanto a importância de se adotar de um modelo de heterorregulação? E qual seria o papel dos programas de *compliance* de dados nesse contexto? Quais os benefícios de sua adoção pelos agentes econômicos?

AF: Sempre gosto de pontuar que programas de *compliance* não existem no vazio, ou seja, a crítica à ideia de heterorregulação como única forma de regulação, ainda mais quando baseada no modelo comando-controle, não implica necessariamente que a heterorregulação deixe de existir, e que só exista a autorregulação ou iniciativas privadas de agentes econômicos, tais como a que decorrem dos programas de *compliance*. É importante entender que quanto mais uma sociedade é complexa, quanto mais as atividades econômicas são complexas, menos condições o Estado tem para querer regular todos os comportamentos por meio de regras obrigatórias, que se descumpridas, sujeitarão os agentes envolvidos às punições respectivas.

Em muitos casos, o Estado não tem nem como ter os instrumentos necessários para fiscalizar, supervisionar e aplicar essas sanções. Especialmente em um contexto como o da Lei Geral de Proteção de Dados, que a princípio se aplica a todas as pessoas em maior ou menor grau. Por isso, é muito importante contar com iniciativas individuais, com iniciativas voluntárias dos agentes econômicos, que partam da premissa de que ao cumprirem com essas normas estarão não apenas fazendo isso *pro forma*, mas estarão contribuindo para a construção de uma cultura de integridade e, ainda, gerando benefícios aos seus negócios. Então, o convencimento dos agentes econômicos é muito importante.

Isso não quer dizer que a heterorregulação deixe de ter o seu papel. Ela continua com um papel importantíssimo. É só verificar, a título de exemplo, os modelos de regulação responsiva, que por mais que sejam baseados em interações muito mais complexas entre agentes econômicos e Estado, mantêm o poder sancionatório do Estado, ainda que procurando restringi-lo para que seja utilizado somente naquelas hipóteses em que outras estratégias regulatórias não se mostraram eficientes. Esse é um caso que exemplifica que quando falamos hoje em *compliance*, em autorregulação, temos que pensar esses mecanismos a partir de uma ótica mais ampla. Daí porque, inclusive, se faz menção à autorregulação regulada ou mesmo à correção, porque a ideia de

¹ FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bóas (coords.). *Compliance e políticas de proteção de dados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Ebook.

que heterorregulação, *compliance*, autorregulação se juntam e formam um conjunto de iniciativas que convergem em um objetivo comum, sendo que cada qual tem um papel. E o papel da heterorregulação continua a ser muito importante.

Primeiramente porque em vários pontos as sanções precisarão ser utilizadas. Ou seja, não é possível imaginar que os agentes vão cumprir uma série de obrigações que normalmente contam em seus programas de *compliance*, tão somente porque acreditam naquilo ou porque são bons cidadãos corporativos. É importante que eles saibam que, em determinadas situações, o Estado existe e estará disposto e pronto a acionar mecanismos sancionatórios para os agentes que descumprirem esses direitos. Mas vejam que a atuação do Estado vai muito além disso. É uma atuação que vai procurar mostrar as razões pelas quais os agentes devem cumprir essas obrigações. Não se trata apenas de evitar uma sanção, mas também de gerar benefícios para o próprio negócio e para a sociedade como um todo.

O Estado vai criar incentivos para que os agentes possam, por meio dos seus programas de *compliance*, atender aos objetivos previstos na lei. E em várias situações vai facilitar a ação desses agentes privados, já que muitas vezes, as obrigações legais são dotadas de uma série de incertezas interpretativas e questões técnicas que precisam ser esclarecidas. Muitas vezes, com uma boa regulamentação de determinados temas, a própria autoridade reguladora estatal também dará um passo muito importante no cumprimento desses programas. É importante frisar que a heterorregulação continua tendo seu espaço. A ideia é pensarmos hoje num ambiente de correção ou autorregulação regulada e que, é claro, que nesse ambiente, o Estado tem o seu papel e as iniciativas espontâneas também dos agentes econômicos têm o seu papel. É essencial que os agentes econômicos tenham noção da importância desses programas, não apenas do ponto de vista do cumprimento formal de obrigações, mas também do impacto disso na reforma de uma cultura corporativa que, em última análise, vai trazer benefícios para todos, para a sociedade, para os consumidores ou, no caso, os titulares de dados pessoais, se estamos falando de programas de *compliance* de dados, mas também para o próprio negócio. A ideia de que faz parte dos negócios a contenção de risco, inclusive do dever de diligência dos gestores de atividades empresariais.

E programas de *compliance* se encaixam precisamente nessa ideia de contenção de riscos, de criar uma organização compatível com os riscos assumidos, a fim de evitá-los ou, não sendo possível que seja possível identificá-los tão logo aconteçam, tentar mitigar os seus efeitos e tentar fazer ajustes na organização, a fim de evitar qualquer tipo de reincidência. É importante mostrar que a cultura de *compliance* gera valor para o negócio, deixa o negócio muito menos exposto a uma série de riscos (não só, mas também) reputacionais que, em última análise, podem até inviabilizar a médio e longo prazo a própria permanência do negócio. Nesse ponto, os programas de *compliance* trazem inúmeros benefícios, e é importante que os agentes econômicos tenham ideia da extensão desses benefícios.

REVISTA CNJ: Em suas publicações, você pondera que o papel e o alcance da LGPD têm a delicada missão de encontrar um equilíbrio entre inovação e eficiência econômica, por um lado, e preservação dos direitos dos indivíduos e da própria sociedade, por outro. Como você vê o papel e a atuação do Poder Judiciário, em especial, do Conselho Nacional de Justiça, no cumprimento dessa complexa missão?

AF: O papel do Judiciário nesse equilíbrio entre inovação e eficiência, o que certamente vai ter que ser um dos fios condutores na interpretação de várias das soluções legais, é de extrema importância, mas não pode ser ultra valorizado e nem utilizado como pretexto para sobrecarregar o Poder Judiciário. O que estou querendo dizer com isso? Estamos falando de questões de alta complexidade, e em muitos casos de uma complexidade que não é só jurídica, mas também técnica. É por

essa razão que a própria ideia de uma autorregulação regulada parte da premissa de que há vários riscos que não devem ser assumidos, e há uma série de danos que podem e devem ser evitados. Consequentemente, se assim for, nem mesmo surgirão os conflitos que eventualmente exigiriam ser levados ao Poder Judiciário. A ideia é a de que um ambiente de correção ou autorregulação regulada que funcione bem, desonere o Poder Judiciário, no sentido de que a própria regulação já seria suficiente para evitar e prevenir uma série de danos e conflitos.

Dito isso, sabemos que até por ser a última instância na solução desses conflitos, por mais que possa haver uma redução de danos e de conflitos, sempre haverá um percentual expressivo de discussões que chegam ao Poder Judiciário. Mas é importante que essas discussões não resultem, em princípio, de falhas regulatórias. O ideal seria que o Estado tentasse, dentro do possível, fazer o seu papel ao regular esses mercados, de forma a evitar que todas as decisões difíceis, por assim dizer, sejam deixadas para o Poder Judiciário. Do ponto de vista da regulamentação dessas matérias, o ideal seria que o Estado regulador também possa oferecer ao Judiciário os parâmetros e as diretrizes necessárias para a apreciação desses conflitos. Por exemplo, a segurança da informação, que é um assunto relativamente usual e bastante comum em questão de proteção de dados, isso envolve a utilização de algumas tecnologias. Que tecnologias podem ou devem ser consideradas adequadas para propiciar os níveis de segurança adequados? Que níveis de segurança seriam esses? Me parece que essas são questões que têm que ser resolvidas pelo Estado regulador.

Porque se deixarmos que o Estado juiz tenha que, a todo momento, entrar nessas discussões, praticamente tendo que rever méritos de decisões que teriam que partir do Estado regulador, estaremos não apenas sobrecarregando o Judiciário, como gerando uma insegurança muito grande. Porque cada juiz pode entender aquela situação sobre diferentes aspectos e até que a gente encontre meios de uniformização de jurisprudência, pode haver um número muito acentuado de decisões conflitantes, o que é um problema imenso para o cumprimento dos direitos e deveres constantes de qualquer lei, especialmente da LGPD.

REVISTA CNJ: No livro *O Direito Civil na era da inteligência artificial (2020)*², você destaca a necessidade de se reavaliar o instituto jurídico da revisão de decisões automatizadas, de forma a se recuperar a dimensão linguística das decisões algorítmicas. Nesse sentido, analisa a natureza e a infraestrutura do direito e da tecnologia como modalidades regulatórias, e ressalta as diferenças entre a linguagem algorítmica e a linguagem natural (direito). Como você avalia o impacto do uso da inteligência artificial na regulação das decisões automatizadas?

AF: Eu avalio com bastante preocupação, ainda mais quando estamos diante de decisões complexas que envolvem análises valorativas, análises subjetivas, e que podem impactar diretamente na vida das pessoas. Porque são essas decisões algorítmicas que decidirão quais empresas terão acesso a determinados produtos e serviços, e mediante que condições, quem terá acesso a crédito e a que taxa de juros, quem vai ser contratado ou recrutado por uma determinada empresa, e até questões de precificação individualizada.

O problema das decisões algorítmicas acontece em diversas ordens. Em primeiro lugar, uma absoluta falta de transparência e, segundo alguns autores, os quais eu me filio, um problema de falta de inteligibilidade dessas decisões. Isso porque não se consegue compreender como, a partir de determinados *inputs*, se chegou a determinados *outputs*. É por isso, inclusive, que muitos autores dizem que sempre teria que haver um controle de resultados, porque esse processo algorítmico,

2 FRAZÃO, Ana; GOETTENAUER, Carlos. O jogo da imitação jurídica: o direito à revisão de decisões algorítmicas como um mecanismo para a necessária conciliação entre linguagem natural e infraestrutura matemática. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (coords.). *O Direito Civil na era da inteligência artificial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Ebook.

como regra, seria incompreensível. E mesmo um cientista de dados não teria como avaliar os resultados apresentados pelas máquinas. A esse problema soma-se a questão de segredo de indústria, ou seja, geralmente as empresas também não querem abrir mão de seus códigos, o que dificulta ainda mais a compreensão da decisão algorítmica, e de diversos outros problemas, como de erros, alucinações, resultados não intencionais, etc. Mas o que precisamos entender é que a linguagem algorítmica é normalmente baseada em associações que são importantes, por um lado, mas que não abrangem a totalidade da complexidade do fenômeno humano e social.

O *machine learning*, normalmente, é uma linguagem algorítmica que se desenvolve a partir da identificação de padrões e de estatísticas. Algumas formas de inteligência artificial mais sofisticadas se baseiam, por exemplo, em cálculos probabilísticos. É claro que é importante utilizarmos padrões, estatísticas, e cálculos probabilísticos, mas essas associações têm inúmeras limitações. A estatística, por si só, implica que uma pessoa vai ser julgada pelo grupo a que ela pertence, não propriamente por suas características individuais, dando ensejo ao problema da discriminação estatística. Veja do ponto de vista da discriminação algorítmica, quanto mais uma discriminação é presente numa sociedade, mais ela tenderá a ser vista por um algoritmo como um padrão e mais ela tenderá a ser replicada no futuro. Cálculos probabilísticos complexos são importantes, mas não dão conta de situações nas quais estamos diante de grandes incertezas.

Muitos assuntos humanos e sociais são marcados por essas características. Para além de tudo isso, importa salientar que algoritmos ainda não fazem, e segundo alguns nunca farão, alguns juízos que são típicos do raciocínio humano. Algoritmos não trabalham com causalidades, porque a causalidade é um juízo complexo que envolve diversas apreciações e enquadramentos, eles trabalham com correlações. Algoritmos não trabalham com constrições, nem com contrafactuais. Ao contrário dos seres humanos, não fazem enquadramentos diversos dos quais dependerão as soluções a serem tomadas. Isso é importante para saber que o tratamento totalmente automatizado pode apresentar algumas vantagens em relação ao raciocínio humano, reduzindo o que alguns autores chamam de ruído, mas reforça outros problemas, como o próprio viés. Isso sem contar que ele apresenta alguns riscos próprios, como os incidentes de segurança.

É possível invadir um sistema algorítmico e manipular o resultado das suas decisões, então esse é um risco adicional que não ocorre, por exemplo, nas decisões humanas. Essas questões são importantes para ressaltar que temos que aproveitar o melhor que os algoritmos têm a oferecer, o melhor que a inteligência artificial tem a oferecer, mas nunca numa perspectiva de delegação total de decisões humanas complexas para essas máquinas. É fundamental que haja supervisão humana, e mais do que supervisão, a complementação humana. Ou seja, é necessário entender quais são as limitações e restrições dos julgamentos algorítmicos para que, a partir disso, possamos tentar suprir essas limitações. É necessário entender que, além das diversas vantagens, as máquinas não têm responsabilidade moral pelos resultados apresentados. E a responsabilidade moral é um elemento fundamental na análise de assuntos que envolvem questões éticas, valorativas e subjetivas de alta complexidade.

Então eu vejo com grande preocupação essa automação total das decisões, uma espécie de delegação de decisões humanas complexas para as máquinas. Embora ache que podemos evoluir muito para uma complementação dos resultados das máquinas com os julgamentos humanos. Mas para isso, é necessário entender as limitações dos julgamentos algorítmicos, e compreender melhor a relação entre homens e máquinas, para que seja um processo de aprendizado recíproco, de complementação, e não propriamente um processo de substituição da análise humana pela análise das máquinas.

REVISTA CNJ: Conte-nos um pouco sobre sua formação e trajetória acadêmica. Qual foi seu ponto de partida? Como escolheu seu campo de atuação e pesquisa, e como essa escolha impactou em sua carreira profissional?

AF: Essa é uma pergunta difícil, porque têm alguns aspectos da nossa carreira e trajetória que são fruto de algum planejamento, mas vários outros decorrem de uma série de circunstâncias sobre as quais não temos nenhum controle. Acho que o elemento de aleatoriedade é realmente muito grande, e é importante estarmos atentas às oportunidades que aparecem, mesmo que um pouco fora do que havíamos planejado, porque podem ter um impacto muito importante na definição da nossa trajetória. O que posso dizer é que a minha trajetória foi construída, por assim dizer, em torno de duas características que marcam muito meu trabalho.

Eu brinco que sempre gostei do direito, mas sempre gostei muito das ciências sociais e da filosofia. Então eu sempre questionei muito e nunca me vi realmente como operadora do direito, no sentido da pura aplicação de uma doutrina ou de uma jurisprudência. Eu queria entender por que acontecia, queria entender por que deveria ser mantido, ou como e por que poderia ser modificado. Acho que essa inquietação, de certa forma, marca muito o meu trabalho, porque já mostra um esforço de interdisciplinaridade, de multidisciplinaridade, e que se projeta também em outra ideia, outro incômodo grande da minha parte, que é o de ver o direito a partir de caixinhas muito restritivas. Ou você é civilista, ou você é comercialista, ou você atua no direito econômico etc.

E eu sempre gostei muito de discussões relacionadas a poder econômico, a configuração dos mercados. Sempre entendi que relações econômicas, de fato, estão embutidas em relações sociais mais complexas. Eu queria estudar esses assuntos tentando unir todas essas áreas do direito, ou seja, o direito comercial com o direito civil, com o direito econômico, mas também com as ciências sociais, com a economia, com a sociologia, com todas as outras formas de conhecimento que me dariam um olhar mais abrangente, mais amplo desses temas.

É claro que esse caminho pode parecer mais difícil, e nem sempre as pessoas o entendem. Durante muito tempo, eu me vi um tanto quanto uma estranha em alguns ambientes, porque se eu estava entre os comercialistas, era vista como alguém do direito da concorrência. No direito da concorrência, era vista como comercialista. E em determinados grupos, vista como alguém diferente, que não tinha um compromisso tão intenso como o dos seus pares com aquela área específica. E durante muito tempo, eu me questionei se essa opção seria válida, porque por um tempo ela me trouxe algumas limitações, algumas restrições de acesso a determinados ambientes, porque era como se, ao não ter abraçado propriamente uma especialização, eu não tivesse autoridade ou talvez perfil para estar nos ambientes em que se discutem determinadas matérias.

Felizmente, hoje com um pouco mais de estrada, vejo o quanto essa opção foi boa. Me causou algum trabalho, talvez, para conseguir um certo espaço, uma certa voz em alguns ambientes. Foi mais trabalhoso do que se eu tivesse, desde o início, adotado uma especialidade ou uma área de forma muito nítida, mas no fim das contas, o que ela me deu em termos de resultados positivos foi, realmente, muito, muito maior. Eu não teria, realmente, como atuar no direito sem ter essa visão mais ampla, ainda que o caminho tenha sido um pouco mais sofrido.

REVISTA CNJ: Em sua trajetória profissional, quais os maiores desafios que enfrenta ou enfrentou?

AF: Parte dessa resposta foi contemplada na pergunta anterior, mas acho que lidar com essa perspectiva mais inter/multi/transdisciplinar gerou muitos desafios, e acho que paguei um preço relativamente alto por isso em vários momentos da minha vida. Mas de forma geral, considero que meus desafios foram pequenos, principalmente quando comparados aos desafios de outras pessoas.

Eu me considero uma pessoa muito privilegiada, sou filha de dois médicos e sempre tive acesso às melhores oportunidades de educação, então acho que dentro do possível, eu simplesmente consegui aproveitar as oportunidades que a minha própria condição socioeconômica me propiciou.

Quanto ao mais, destaco apenas uma questão que acho fundamental, que é a questão de gênero. Eu não tenho a menor dúvida que as mulheres precisam trabalhar muito mais que os homens para terem o mesmo nível de reconhecimento. Nós somos julgadas com muito mais severidade, com muito mais rigor, é como se o mercado de trabalho tivesse um espaço para o homem médio, mas não tivesse espaço para mulheres médias ou boas, no sentido de que sempre se espera um nível de excelência das mulheres, uma infalibilidade, que além de ser totalmente incompatível com a condição humana, é totalmente injusta quando verificamos como o caminho traçado pelos homens se coloca de uma forma muito mais fácil.

Quando ouvimos discursos sobre a dupla jornada, eu sempre parti da premissa de que as mulheres têm uma tripla jornada como regra, porque elas acumulam a jornada profissional com a jornada doméstica e os afazeres de mãe etc., mas além de tudo, na própria jornada profissional, normalmente temos que trabalhar muito mais do que um homem teria que trabalhar para ter os mesmos resultados. Isso sem falar que vários aspectos da ascensão profissional estão ligados ao capital social, às interações sociais, a vários aspectos que não estão ligados necessariamente à competência profissional e, para isso, as mulheres têm dificuldades muito maiores.

Considerando uma série de peculiaridades dessas próprias relações, é muito mais fácil que homens tenham acesso àqueles que já estão no poder, uma vez que o poder é ocupado por homens. Nesse sentido, é claro que diferenças e questões de gênero dificultarão o acesso de mulheres que têm pretensões de ocupar esses espaços de poder. Não é sem razão que percebemos, inclusive, como as mulheres, embora já sejam maioria em várias carreiras, continuam tendo sérios problemas de ascensão a cargos de liderança. E muitas vezes, achamos que as questões são apenas profissionais, mas não, cada vez mais eu vejo o quanto as interações sociais são fundamentais para esse tipo de questão. Acredito que como todas as mulheres, também enfrentei esse tipo de problema, também já fui muito mais exigida, muito mais demandada, e julgada com muito maior rigor. Então, me parece que esse é o grande desafio. Acho que as coisas estão mudando, as mulheres da minha geração já conseguiram encontrar um cenário mais favorável. E talvez as mulheres da próxima geração encontrem um cenário melhor do que aquele que encontrei, mas ainda vejo a questão de gênero como um problema muito grave no Brasil.

REVISTA CNJ: Quais são os autores ou obras marcaram sua formação acadêmica e profissional? E atualmente, que referências teóricas lhe permite reflexões, e por quê?

AF: Essa é uma pergunta bastante complexa e difícil para uma geminiana, especialmente para uma que adora ler, e que lê assuntos e temas dos mais diversos, desde ficção, literatura, livros jurídicos, livros de outras ciências sociais etc. Mas vou ficar com *A Grande Transformação*, do Karl Polanyi, porque esse livro, de fato, representou para mim – é interessante o título – também uma grande transformação. Eu sempre me preocupei muito com as relações entre direito, economia e sociedade, como essas relações se estruturaram para possibilitar não apenas regimes econômicos, mas a criação de ordens sociais, qual é o papel do direito, inclusive do direito oficial nessa equação. E quando eu li esse livro, de fato, inúmeras portas e janelas se abriram para mim. Foi uma oportunidade, um incentivo para me aproximar de áreas do saber que até hoje são superimportantes para mim, como a economia, especialmente no que diz respeito ao institucionalismo mais original, a própria sociologia, especialmente a sociologia econômica e tantas outras questões. Então, se eu tivesse que ficar com apenas um livro, seria ele.

VIOÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA AS MULHERES EM SITUAÇÃO DE RUA E A PANDEMIA DA COVID-19: COMO GARANTIR O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA?

DOMESTIC VIOLENCE AGAINST HOMELESS WOMEN AND THE COVID-19 PANDEMIC: HOW TO GUARANTEE THE RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE?

Adriana Ramos de Mello

Marcela Lobo

Taís Scheer

RESUMO: Com a pandemia de covid-19, o número de pessoas em situação de rua no Brasil cresceu, evidenciando a necessidade de reformulação de políticas públicas que possam facilitar o acesso a direitos. O presente artigo discute o acesso das mulheres em situação de rua e em situação de violência doméstica à justiça, durante a pandemia de covid-19. Apoiando-se na metodologia do estudo de caso, investiga-se o perfil de mulheres atendidas nesse período, em processos selecionados que tramitaram no Juizado de Violência Doméstica do Rio de Janeiro/RJ, objetivando a identificação das interseções, realçando o funcionamento da rede de atendimento à mulher e seus eventuais obstáculos. Ao final, sugerem-se medidas que possam facilitar a inclusão dessas mulheres, resguardando seus direitos e atendendo ao dever de aproximação do Poder Judiciário à sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Violência doméstica; Mulher em situação de rua; Pandemia; Inclusão digital.

ABSTRACT: With the COVID-19 pandemic, the number of homeless people in Brazil has grown, highlighting the need to reformulate public policies that can facilitate access to rights. Thus, this article discusses the access of women living on the streets and in situations of domestic violence to justice during the COVID-19 pandemic. Based on the case study method, the women profile who were assisted in this period is investigated, in selected cases that were processed in the Domestic Violence Court of Rio de Janeiro/RJ, aiming at the identification of intersections and highlighting the functioning of the assistance network to women and possible obstacles. In the end, measures are suggested that can facilitate the inclusion of these women, safeguarding their rights and meeting the approximation duty of the judiciary to society.

KEYWORDS: Domestic violence; Woman on the street; Homeless woman; Pandemic; Digital inclusion.

1. INTRODUÇÃO

A Política Nacional para a População em Situação de Rua (PNPR) foi instituída pelo Decreto n. 7.053/2009, que em seu art. 1º, parágrafo único, caracteriza a população em situação de rua como:

o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória. (BRASIL, 2009).

De acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em março de 2020, o número estimado de pessoas em situação de rua no Brasil era de 221.869,

com predominância na região Sudeste, que congrega mais da metade dessa população – 124.698 pessoas. Chama atenção também o crescimento bastante significativo na região Norte, possivelmente resultado de questões fronteiriças (NATALINO, 2020).

A dificuldade de implantação de políticas públicas para a população em situação de rua parte da inexistência de dados oficiais desse segmento social, o que cria obstáculos para a atuação governamental e reafirma o local de invisibilidade dessas pessoas.

Além da invisibilidade, a pobreza extrema e o preconceito as tornam pessoas ainda mais excluídas dos direitos básicos, como o direito à saúde, à educação, à moradia, e não é diferente em relação ao direito de acesso à justiça. É fato que a população em situação de rua aumentou em todo o país nos últimos dez anos, mas de acordo com o pesquisador da Fiocruz, Marcelo Pedra,

[...] a maneira mais adequada é falar em populações, no plural. Em que pesem todos os elemen-

tos da exclusão social brasileira – uma população predominantemente negra, masculina e com baixa escolaridade –, esses dados podem simplificar a questão, como se fossem capazes de explicar o fenômeno da rua de uma maneira geral. Na Política Nacional para a População em Situação de Rua, de 2019, fala-se em uma população em situação de pobreza extrema, rompimento de laço familiar e sem moradia convencional (PEDRA, 2021).

Neste artigo, aborda-se a violência doméstica contra as mulheres em situação de rua durante a pandemia, analisando fatores que podem ter impactado no direito de acesso à justiça por essas mulheres. Particularmente, o Comitê CEDAW da ONU já observou, na Recomendação Geral CEDAW n. 33, a existência de uma série de restrições que impedem as mulheres de acessar a justiça nas mesmas condições de igualdade em relação aos homens, e que esses obstáculos ocorrem em um contexto de discriminação estrutural e de desigualdade (ONU, 2015).

Conforme pontua a Recomendação, na prática há obstáculos e restrições que impedem as mulheres de efetivar plenamente seu direito de acesso à justiça, em todas as suas dimensões. Entre esses obstáculos, está, por exemplo, a sistemática falha em “assegurar que os mecanismos judiciais sejam física, econômica, social e culturalmente acessíveis a todas as mulheres” (ONU, 2015). Há, desse modo, persistentes violações dos direitos humanos das mulheres que requerem do Estado o compromisso de superá-los.

As mulheres em situação de rua são mais vulneráveis a múltiplas categorias de violências, praticadas por seus companheiros, familiares ou terceiros. Estão, ainda, suscetíveis a violências institucionais, praticadas inclusive por órgãos de segurança, que se somam a violências recorrentes contra seus corpos, dada a ausência de espaços adequados para descanso e higiene. Há, ainda, riscos relativos ao abuso de drogas e álcool (SANCHOTENE, 2019). A concomitância de tantos fatores evidencia a hipervulnerabilidade delas.

Lançando luzes a essas vulnerabilidades e aos desafios impostos pelo período pandêmico e apoiando-se na pesquisa documental e na metodologia do estudo de caso, foram selecionadas ações penais que tramitaram no I Juizado de Violência Doméstica no Rio de Janeiro (RJ), campo escolhido para esta pesquisa.

Os casos tratam de fatos ocorridos depois de março de 2020, caracterizados como violência doméstica que envolviam mulheres em situação de rua. O recorte temporal considera a decretação do estado de calamidade no Brasil em decorrência da pandemia do coronavírus causador da covid-19 (BRASIL, 2020).

Como amostra não probabilística, elegeram-se três autos que apresentam essas características, com sentença proferida no primeiro grau de jurisdição. O objetivo

é identificar pontos de interseção entre os casos, além dos fatores de riscos associados a essas mulheres e as dificuldades vinculadas ao acesso à justiça, com foco no funcionamento da rede de enfrentamento da violência contra a mulher.

Entende-se, para esse fim, que o conjunto articulado de ações decorrentes da integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria e das áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação, nos termos do art. 8º, I, da Lei n. 11.340/2006 sinaliza o funcionamento ideal da rede.

Utilizando-se da obra de Katherine T. Bartlett (2020), aplica-se aos casos uma perspectiva feminista, fazendo-se a pergunta pela mulher, de modo que se possa corporificar a destinatária do atendimento pelo Poder Judiciário, assinalando seu percurso e evidenciando os aspectos associados ao seu acolhimento.

Como recorda Kimberlè Crenshaw (2002), a violência contra a mulher está marcada pela interseccionalidade. As múltiplas violências sofridas pela mulher em situação de rua evidenciam a imperiosa necessidade de se construir políticas públicas que lhe sejam específicas, devendo o Poder Judiciário participar ativamente desses debates.

Discutem-se, ainda, o papel desempenhado pelo Poder Judiciário e as alternativas gestadas para um acesso inclusivo à justiça, que caminha para se tornar cada vez mais digital, mas parece ainda desconhecer as particularidades e as dificuldades de aproximação de um grupo socialmente vulnerável.

Ao final, são apresentadas iniciativas relevantes e sugeridas alternativas que possam ser gestadas e amadurecidas no âmbito dos tribunais, de modo a permitir a expansão dos serviços para as mulheres que, submetidas a múltiplas camadas de vulnerabilidade, são mais duramente prejudicadas em seus direitos fundamentais.

2. AS MULHERES EM SITUAÇÃO DE RUA E OS DESAFIOS DO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM CENÁRIO PANDÊMICO À LUZ DA METODOLOGIA FEMINISTA

A violência de gênero contra as meninas e mulheres é um desafio a ser enfrentado em todo o mundo com políticas públicas efetivas para combater as desigualdades sociais e de gênero. De acordo com a Organização Mundial da Saúde, as agressões contra as meninas e mulheres ocorrem cada vez mais cedo, envolvendo vítimas sempre mais jovens, e são frequentemente praticadas por parceiros íntimos ou por pessoa conhecida da vítima (ONU, 2021).

Desde 1979, com a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (BRASIL, 2002), o mundo passou a contar com um relevante documento que formalmente reconhece a condição de discriminação sofrida pelas mulheres e incentiva sejam estabelecidas medidas que busquem garantir efetiva igualdade entre gêneros. A Recomendação Geral n. 33 da CEDAW aprofunda o debate sobre a proteção à mulher, reconhecendo expressamente: “o efetivo acesso à justiça otimiza o potencial emancipatório e transformador do direito” (ONU, 2015, p. 3).

Contudo, o Comitê observou que a discriminação contra as mulheres com base em estereótipos de gênero, estigmas, normas culturais nocivas e patriarcais afeta-as de forma desproporcional e tem um impacto adverso sobre a capacidade de obterem justiça. Outros fatores que podem dificultar o acesso delas à justiça – o analfabetismo, a criminalização da prostituição e o uso de drogas e de álcool, por exemplo – estão associados às mulheres que vivem nas ruas, pois além do preconceito de gênero, elas sofrem por estarem nessa situação de vulnerabilidade social (ESMERALDO e XIMENES, 2022).

Para além disso, essas mulheres não reportam as violações sofridas às autoridades públicas por medo de serem humilhadas, estigmatizadas, presas, torturadas ou submetidas a outras formas de violência, inclusive por agentes do Estado que estão obrigados a cumprir a lei (ROSA e BRÊTAS, 2015). O gênero, portanto, é um dado que precisa ser considerado na análise dos contextos de opressão e de exclusão em que vivem as pessoas em situação de rua.

Durante a pandemia da covid-19, a desigualdade de gênero se acentuou, conforme detectado pelo recente relatório da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), publicado em 8 de março de 2022, *Gender and health analysis: COVID-19 in the Americas*. As mulheres submetidas a duplas ou triplas jornadas, em razão do papel de cuidadora, estavam mais expostas a contrair o vírus e eram a maioria dos profissionais de saúde, vivendo, portanto, um alto grau de estresse e de sobrecarga física e emocional.

Outras mulheres enfrentaram os *lockdowns* com uma maior exposição ao perigo da violência doméstica; em alguns países, as linhas diretas de atendimento a esses casos aumentaram 40%; em outros locais, caíram drasticamente, o que pode caracterizar ampla subnotificação (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE, 2022).

No Brasil, a pesquisa *Sem parar: o trabalho e a vida das mulheres na pandemia*, realizada pelas organizações Gênero e Número e Sempreviva Organização Feminista (SOF), destaca que 50% das mulheres brasileiras passaram a cuidar de alguém na pandemia, o que evidencia a “crise do cuidado” com a sobrecarga de jornada e a desvalorização desse trabalho; 41% das mulheres que

seguiram trabalhando, em razão da manutenção de salários, afirmaram trabalhar mais na quarentena; 58% das mulheres desempregadas são negras; 91% das mulheres acreditam, na pesquisa de percepção, que a violência doméstica aumentou ou se intensificou durante o período de isolamento social (GN e SOF, 2022).

A pandemia da covid-19 impôs, entre outros, o desafio de acesso à justiça às mulheres em situação de rua vítimas de violência doméstica e familiar. Isso porque, nesse período, houve um aumento considerável dessa população e, como consequência direta, o aumento de processos de violência doméstica cujas vítimas eram essas mulheres.

Segundo Boaventura de Souza Santos (2021, p. 104-105), existem dois grupos que separam a humanidade, um grupo constituído pelos seres plenamente humanos, dotados de toda a dignidade humana, e os seres sub-humanos, ontologicamente inferiores, populações descartáveis. Nesse cenário, estão as pessoas excluídas e oprimidas, como a população em situação de rua, que não tem acesso a direitos e a justiça (exclusões abissais). O autor prossegue afirmando que a pandemia aumentou a gravidade das exclusões, confirmou e agravou a tragédia humana das comunidades sujeitas a exclusões abissais.

Com o advento do estado de calamidade e a suspensão parcial ou total de serviços públicos, inclusive judicial, a pandemia dificultou o acesso à justiça pelos grupos mais vulneráveis, reforçando as barreiras já existentes. As desigualdades de renda, de gênero e de raça já existiam em momentos anteriores, criando obstáculos a um acesso efetivo. Nesse novo momento, somam-se a elas a exclusão digital de categorias sociais (MOITA *et al.*, 2022).

O problema que deve aqui ser destacado é que se a distância dos cidadãos em relação à administração da Justiça já é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem, tendo esse afastamento razões não apenas econômicas, mas também por fatores sociais e culturais, em um cenário de pandemia com o aparato judiciário operando em sistema remoto, tal distância se torna ainda maior e mais aparente (GONZAGA; LABRUNA; AGUIAR, 2020, p. 58).

Para compreender, portanto, as particularidades das mulheres em situação de rua e suas dificuldades no acesso à justiça, faz-se fundamental a aplicação de um método feminista. Uma perspectiva feminista de análise do direito ou de categorias jurídicas implica trazer para o centro “as mulheres”, ou seja, a questão da mulher (*the woman question*) ou “onde estão as mulheres?”, o que, para Katherine Bartlett (2020), constitui um método de análise feminista. A partir dessa pergunta pretende-se “identificar as implicações de gênero embutidas em nor-

mas e práticas que, não fosse por tal interpelação, poderiam se passar por neutras ou objetivas” (BARTLETT, 2020, p. 254).

Pondera-se como alguns aspectos das normas e dos fazeres judiciais, normalmente entendidos como neutros, podem repercutir práticas masculinas. Nesse sentido, seria, por exemplo, a centralidade conferida ao réu nos procedimentos judiciais, colocando à margem necessidades e anseios das mulheres vítimas em situação de violência, em especial o seu direito a uma regular assistência jurídica. Ao formular a pergunta pela mulher, a teoria jurídica feminista ou jurídico-feminista pretende responder apontando a importância de mudança de premissas, de paradigmas e de foco na aplicação do Direito. Nesse ambiente, a criação das leis e a aplicação das normas devem ocorrer por meio das lentes de gênero.

É inviável, em contextos tão desiguais, assumir um único conceito de mulher; para além disso, a construção de políticas públicas adequadas passa por realçar, com clareza, a sua destinatária.

A mulher que está nas ruas é, como dito, tocada por múltiplas carências. Os obstáculos e as restrições enfrentados pela população em situação de rua no Brasil são enormes: falta de acesso à saúde, água potável, alimentação, higiene, e total ausência de direitos e de políticas públicas têm gerado ainda mais vulnerabilidade a essa parcela da população.

Além disso, por serem predominantemente mulheres negras e pardas, tocam-lhes, também, as opressões decorrentes do racismo e o silenciamento das violências por elas sofridas.

É frequente entre as mulheres negras a suposição de que as mulheres negras tendem a denunciar menos os seus agressores, sobretudo se negros. Elas tenderiam a protegê-los por medo dos estigmas que acompanham os homens negros na relação com os órgãos de repressão (CARNEIRO, 2020, p. 189).

Sueli Carneiro (2020, p. 198) também destaca a ausência de formulação de políticas públicas específicas, negando-se o Brasil a perguntar: “que cara têm as mulheres desse país?”. Assim, a interseccionalidade é um elemento importante para a reflexão, ao sugerir que nem sempre se está a lidar com grupos distintos, mas grupos sobrepostos (CRENSHAW, 2002), que podem, em razão disso, reforçar a exclusão de categorias específicas, como mulheres negras em situação de rua. Essas mulheres são alcançadas, inclusive, por pesquisas específicas sobre a sua condição, ainda que sejam poucos os estudos sobre o tema (NARDES e GIONGO, 2021).

Em que pese a existência de estruturas que, em tese, viabilizam um amplo acesso aos serviços de segurança (delegacia, ministério público, defensoria, Poder Judiciário) durante a suspensão dos serviços na pandemia, é fundamental entender que esse acesso não é igualitário. Serviços públicos estão instalados longe das populações vulneráveis, a exclusão digital é uma realidade em nosso país, e as delegacias de mulheres, em muitos locais, não funcionam em tempo integral. Além disso, para as mulheres que não possuem endereço fixo, localizá-las para disponibilizar qualquer ferramenta de atenção pode ser um verdadeiro desafio.

Com base nessas premissas, passa-se ao exame dos casos selecionados, buscando-se identificar nos discursos apresentados os pontos de aproximação e melhor compreensão da atuação do sistema de justiça e de outros serviços públicos no atendimento dessas mulheres quando em situação de violência doméstica.

3. LANÇANDO LUZES SOBRE AS HISTÓRIAS DAS MULHERES EM SITUAÇÃO DE RUA

Para este estudo, foram selecionados três casos de violência doméstica contra mulheres em situação de rua na cidade do Rio de Janeiro ocorridos durante a pandemia, cujos réus foram presos em flagrante delito. Em todos eles, as mulheres foram vítimas de violência física praticada pelo companheiro ou namorado.

A seguir, apresenta-se um resumo, seguido da análise de cada um deles, visando apontar elementos comuns e apresentar, ao final, uma proposta de intervenção pelo Poder Judiciário na realidade das mulheres em situação de rua, no intuito de garantir-lhes o direito de acesso à justiça.

No primeiro caso¹, uma mulher de 35 anos, que se identificou como negra, foi vítima de lesão corporal pelo seu companheiro. Vivendo em situação de rua, afirmou não desejar medidas protetivas de urgência. O réu, um homem negro de 40 anos, sem endereço definido, também alegou ser pessoa em situação de rua. O fato teria ocorrido em outubro de 2020, no centro da cidade do Rio de Janeiro, ou seja, durante o período da pandemia. A agressão foi praticada com um objeto cortante, mediante golpes que atingiram peito, mão e rosto da mulher. A vítima relatou ainda a existência de agressões antecedentes contra si praticadas pelo denunciado, além do uso de drogas e de bebidas alcoólicas por ele.

O réu, por sua vez, ostenta múltiplas anotações criminais com trânsito em julgado e é reincidente. Houve prisão em flagrante, logo após a ocorrência, por intervenção da polícia militar. Na audiência de custódia, foi

1 PROCESSO n. 0206034-04.2020.8.19.0001.

convertida em prisão preventiva. O acusado ainda foi submetido a exame de corpo de delito que constatou lesões leves.

Distribuído o procedimento ao juízo natural, em outubro de 2020, foram concedidas medidas protetivas em favor da ofendida, consistentes em proibição de aproximação e de contato com a vítima; além disso, ela e seus dependentes foram encaminhados à rede de atendimento, um programa oficial ou comunitário de proteção às mulheres.

Durante o atendimento da ofendida pela equipe multidisciplinar do juizado de violência doméstica, assustada com a gravidade da violência sofrida, a vítima temia a soltura do acusado. Na ocasião, confirmou ter mantido relação íntima de afeto com ele por aproximadamente três anos, quando decidiu terminar o relacionamento. A violência sofrida seria, então, uma retaliação em razão dessa decisão. A mulher declarou também não possuir renda autônoma e disse frequentar o Centro de Atenção Psicossocial da Prefeitura e a Clínica da Saúde da Família do território onde residia no momento da agressão.

A equipe multidisciplinar, além de tê-la encaminhado ao Centro de Atendimento às Mulheres (CIAM) do Estado (para avaliar a possibilidade de orientação e de acompanhamento psicológico e jurídico), destacou que associado à violência sofrida, existia um quadro de vulnerabilidade socioeconômica e de saúde da ofendida.

Na ocasião, preencheu-se um formulário de avaliação de risco destacando que a vítima teria sido violentada com o uso de uma faca, que o agressor apresentava comportamentos abusivos, além de já tê-la perseguido – impedindo-a de encontrar amigos e familiares – descumprido medidas protetivas e que as agressões se agravaram nos últimos meses. A ofendida declarou também não aceitar abrigo temporário. Em audiência realizada em novembro de 2020, não foi mais possível localizá-la para a oitiva, ocasião em que foi determinado um estudo social.

O réu, por sua vez, foi encaminhado para atendimento pela equipe multidisciplinar, em novembro de 2020. Na ocasião, relatara que se relacionava com a ofendida há mais de quatro anos, que havia brigas frequentes, motivadas por ciúmes, e que o uso excessivo de bebidas alcoólicas agravava a situação entre eles. Por fim, mencionou que gostaria de aderir a um tratamento para dependência de álcool. A tentativa de oitiva da ofendida, no entanto, foi frustrada, pois não fora localizada.

Em contato telefônico com pessoas que se identificaram como parentes próximos da ofendida, a equipe colheu algumas informações: ela possui problemas com álcool há mais de 11 anos e a família não consegue ajudá-la, dada a sua recusa em prosseguir com o tratamento; além disso, aquela não fora a primeira agressão perpetrada

por seu companheiro. Proferida em janeiro de 2021, a sentença condenou o réu a 1 ano e 2 meses de detenção em regime inicial semiaberto; interposto recurso de apelação, o tribunal de justiça, em acórdão de abril de 2021, manteve a condenação imposta.

No segundo caso aqui analisado², a vítima também sofreu lesão corporal pelo companheiro quando ambos viviam em situação de rua. A agressão teria sido praticada após uma discussão, por meio de vários golpes com uso de vassoura, além de socos que a atingiram principalmente no rosto e na cabeça, resultando em lesões que foram descritas no laudo de exame de corpo de delito. O agressor, um homem de 40 anos, negro, sem endereço definido, era pessoa em situação de rua, com ensino fundamental completo e sem trabalho formal.

A mulher ofendida, por sua vez, tinha 41 anos de idade e vivia como convivente do denunciado. De pele parda, moradora de rua, trabalhava com “garimpo urbano” e residia esporadicamente no Município de Japeri. Na ocasião, relatou a existência de agressões antecedentes contra si praticadas pelo acusado, além do uso de drogas (maconha e cocaína) e de bebidas alcoólicas pelo agressor.

O denunciado ainda possuía algumas anotações criminais, mas sem condenação transitada em julgado, consistentes em inquéritos policiais referentes a crimes de ameaça e lesão corporal. No caso aqui analisado, a prisão em flagrante ocorreu pela polícia militar logo após a agressão. Depois da audiência de custódia, o flagrante foi convertido em prisão preventiva.

Distribuído o procedimento ao juízo competente, a denúncia foi recebida e os autos remetidos à equipe técnica para atender os envolvidos. No entanto, a equipe do juizado não obteve sucesso ao contatar vítima e acusado.

Com o desenrolar da questão, a prisão preventiva foi mantida e, após novo contato da equipe técnica, concedeu-se a medida protetiva de proibição de aproximação de 250 metros. Todavia, na audiência de instrução e julgamento, a vítima informou que a medida não era mais necessária, levando à revogação da prisão preventiva. Houve, então, uma nova audiência, com a presença de nova testemunha, ocasião em que o acusado se mantivera em silêncio durante todo o interrogatório.

Quanto à ofendida, a equipe multidisciplinar constatou a relação de vulnerabilidade entre as partes, visto que ambos viviam em situação de rua, local em que não podiam usufruir do direito à privacidade e de cuidados. Ambos demonstraram o desejo de reatar o relacionamento e a inexistência de situações de violência doméstica. Além disso, informaram que nenhum deles era dependente químico ou alcoólico e que possuíam uma residência em Japeri, mas que, em razão do desligamento do réu do trabalho formal, a necessidade de sustentar a

2 Processo n. 0294319-70.2020.8.19.0001.

família os levava a vagar pelas ruas em busca de subsistência, ainda que visitassem o próprio lar a cada duas semanas ou uma vez por mês.

Como ambos negaram possuir algum nível de dependência química, não havia que se falar em encaminhamento pela rede. E, tendo em vista a dificuldade de localizar a vítima, não fora preenchido qualquer formulário de avaliação de risco.

No terceiro caso aqui descrito³, a vítima, de 31 anos, também sofreu lesão corporal pelo companheiro, em via pública. Detentora do ensino fundamental incompleto, é mãe de três filhos de até 11 anos (todos os filhos não estão mais sob sua guarda), e vive em situação de rua vendendo doces com o acusado. O réu, solteiro, 22 anos, de pele parda, com ensino fundamental incompleto, é pai de duas meninas que vivem com a genitora; além disso, nunca tivera um trabalho com vínculo formal.

Segundo a denúncia, o acusado teria desferido um soco na boca da vítima, gerando uma grave lesão, que o levou à prisão em flagrante. A vítima, por sua vez, que conheceu o acusado há um ano e sete meses, afirmava que ele a protegia dos perigos da rua e que os desentendimentos (brigas) do casal ocorriam em razão das substâncias ilícitas utilizadas por ambos.

No dia da lesão corporal, explicou a vítima, ela se irritou com o fato de o acusado tentar impedi-la de comprar mais entorpecentes com o único dinheiro do casal. No que diz respeito às demais constatações dos autos, explicou que as agressões diziam respeito ao fato de ser pedinte da Central do Brasil, local em que foi vítima de outras lesões. Ademais, por ser usuária de drogas, já vivenciara situações de violência nas quais se alternava como vítima e como autora. No dia da agressão aqui estudada, ao descobrir que o companheiro seria preso, decidiu não prosseguir, alegando que ele não poderia responder por algo que não fez. Por fim, afirmou não temer por sua integridade física.

O acusado, apesar de todo o ocorrido, afirmava querer manter o relacionamento, demonstrando que os relatos das partes eram consoantes entre si. Soma-se a isso o fato de ressaltar que admirava a vítima pela situação de abandono vivida por ela, o que, de certa forma, justificaria seu comportamento. A vítima, por sua vez, dispensou medidas protetivas e preencheu o formulário nacional de avaliação de riscos revelando, entre outros fatos, que o acusado, no passado, já a agredira com um soco, consumia substâncias entorpecentes (maconha), já havia tentado o suicídio ou falado sobre se suicidar e enfrentava dificuldades financeiras – estava desempregado ou possuía dificuldade em manter o emprego.

Ao declarar sobre a dependência econômica mantida em relação ao acusado, a vítima informou que ele a ajuda a trabalhar e a se sentir mais protegida na rua. Em se-

guida, ao ser indagada se percebia a gravidade dos fatos, disse não temer por sua integridade, visto que, segundo ela, ele não era uma pessoa agressiva, por isso, desejava manter o relacionamento. Apesar disso, reconheceu que, em alguns momentos, o acusado apresentava alterações de humor e que se envolvia em outras situações de violência, sem especificar quais seriam elas. Ao final, decidiu-se encaminhar o caso à rede de saúde mental, conduta com a qual a vítima concordou.

4. PRINCIPAIS ELEMENTOS ENCONTRADOS NOS CASOS SELECIONADOS

Nos três casos escolhidos representativos de conflitos que envolviam violência doméstica e população em situação de rua, verifica-se aproximação entre as histórias contadas, suas abordagens e dificuldades. Em seus pontos de interseção, todos abordam mulheres e homens em situação de rua e em condições de extrema vulnerabilidade social e pobreza. A pandemia, por sua vez, reforçou as desigualdades e agravou a situação das mulheres nessas condições, já historicamente discriminadas e oprimidas.

Da análise dos três casos, observa-se que a pandemia foi um fator relevante para a situação de rua dos envolvidos, além da dependência econômica das três mulheres em relação aos agressores, o uso de álcool e drogas também surgiu em dois dos três casos analisados. A redução dos atendimentos da saúde, da assistência e do acolhimento institucional durante o período impactou os números da população em situação de rua, aumentando a violência com o envolvimento dessas pessoas.

O estudo recente realizado pelo Núcleo de Pesquisa em Gênero, Raça e Etnia (Nupegre) “Mulheres, pandemia e violência: impacto da pandemia de Sars-Cov-2 no acesso à justiça e na política judiciária de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher” elencou os principais motivos da dificuldade de acesso das mulheres ao sistema de justiça durante a pandemia: “a dependência econômica do agressor, a insegurança alimentar, o fechamento de creches e escolas (que dificultou a rotina de mulheres que precisavam trabalhar e não tinham com quem deixar seus filhos e outros dependentes, como idosos e doentes), o fechamento de delegacias e o medo de contaminação.” (EMERJ/NUPEGRE, 2022, p. 23).

4.1. Perfil racial das mulheres em situação de rua

Nos três casos, as vítimas se autodeclararam pretas ou pardas, assim como os denunciados, reforçando os dados

3 Processo n. 0167578-48.2021.8.19.0001.

que apontam ser a população preta e parda a maioria em situação de rua (CASSAL, 2020). Dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) apontam que entre as vítimas de feminicídio, 61,8% eram negras, 36,5% brancas, 0,9% amarela e 0,9% indígena. Entre as vítimas dos demais homicídios femininos, 71% eram negras, 28% eram brancas, 0,2% indígena e 0,8% amarela (BUENO, BOHNENBERGER, SOBRAL, 2021, *online*).

Nos três casos, as mulheres viviam em situação de extrema vulnerabilidade social e econômica; em todos, há histórias de desemprego, abandono familiar, perda do contato com a rede de apoio, uso de álcool e dependência química, fatores que interseccionados deixam as mulheres em situação de rua mais sujeitas à violência doméstica.

O racismo e o sexismo produzem efeitos violentos sobre a mulher negra (GONZALEZ, 2021) e pioram quando ela está em situação de rua, visto que sofrem preconceito e discriminação por parte das instituições que deveriam protegê-las, sobretudo, do sistema de segurança pública e do próprio Poder Judiciário. As mulheres negras em situação de rua não acessam os serviços públicos por medo das humilhações e das hostilidades sofridas, e muitas são submetidas à violência institucional.

No Brasil, assim como nos Estados Unidos, a população negra é alvo de violência policial de forma desproporcional, ou seja, é a mais atingida pela desigualdade econômica, além de enfrentar altas taxas de desemprego, o que leva grande parte dela a atuar na informalidade. Durante a pandemia, o racismo que permeia a sociedade brasileira agravou as desigualdades e fez com que as mulheres negras fossem mais impactadas, sobretudo as empregadas domésticas, cujo percentual é bem mais elevado (68%) (PINHEIRO; LIRA; REZENDE; FONTOURA, 2019, *online*). De acordo com Boaventura de Souza Santos (2021, p. 107), trata-se de uma herança tóxica de convergência entre o capitalismo, o colonialismo e o patriarcado, que leva as mulheres negras a se submeterem a relações abusivas e desumanas, tornando-as vítimas privilegiadas do coronavírus.

Segundo estudo realizado por Scarleth Nardes e Carmem Regina Giongo, as mulheres em situação de rua preferem viver em grupos para se protegerem e se submetem a parceiros para se sentirem seguras, mas se tornam mais vulneráveis à violência sexual:

No que se refere ao contexto brasileiro, as informações sobre a violência sofrida por mulheres da população geral não são notificadas, visto que a maior parte possui receio em denunciar o agressor por desacreditar na segurança que o Estado deveria lhes conceder. Este processo não é diferente com as mulheres em situação de rua, possivelmente de maneira mais grave, embora ainda não haja exatidão nessa afirmação. **Rosa (2012)** destaca em seu

estudo que, para as mulheres, viver nas ruas faz com que busquem constituir relações que proporcionem a viabilidade cotidiana da sua vida, visto que, sozinhas, se apresentam mais vulneráveis às violências. Izalene **Tiene (2004)** corrobora esse fato, ressaltando que as mulheres em situação de rua não vivem desacompanhadas e buscam conviver em grupos para se protegerem. Em muitos momentos, acabam procurando parceiros para se sentirem seguras e submetem-se sexualmente para garantir a segurança. Nas palavras de Tiene (2004, p. 156): “as mulheres mantêm a submissão sexual em troca de proteção e pagam muito caro por isso. Seus corpos revelam traços de ‘utilidade – obediência’” (NARDES e GIONGO, 2021, p. 2).

As mulheres em situação de rua enfrentam vários obstáculos e restrições para acessar os serviços públicos, são estigmatizadas e humilhadas, sobretudo perante os serviços de saúde e segurança pública, o que impacta o direito delas de acesso à justiça. Isso se deve à ausência de políticas públicas para enfrentar a questão. A falta de documentos e o uso de álcool e de drogas atravessam a realidade das mulheres em situação de rua e as colocam em um contexto suscetível a privações e riscos, fato observado nos casos analisados neste estudo, pois nos três processos estudados a intervenção da polícia só ocorreu em função de uma situação em flagrante delito, ou seja, não houve a procura espontânea das mulheres.

4.2. Vulnerabilidade econômica e pobreza

Outra situação observada durante a análise dos processos foi a vulnerabilidade econômica dos envolvidos. Com a pandemia, o aumento do desemprego, que atingiu o maior índice desde 2012 (BARROS, 2021), levou mais pessoas a viverem em situação de rua (DELGADO, 2022), condição que também pode causar violência doméstica. As mulheres que vivem nas ruas do Rio de Janeiro, em grande parte, enfrentam questões de saúde mental ou uso de álcool e drogas. Durante a pandemia, e como consequência do aumento do desemprego, houve um aumento significativo dessa população nas ruas da cidade.

Em todos os casos, vítimas e réus trabalhavam no mercado informal, não tinham condições de arcar com moradia e, por isso, a solução encontrada foi morar nas ruas. Em apenas um dos casos, o casal afirmava possuir uma residência em outro município, que era visitada esporadicamente.

É fato que a pandemia teve um impacto muito maior na vida das mulheres (ONU, 2021, p. 30). Muitas delas que sustentavam seus filhos sozinhas perderam seus em-

pregos, viram-se numa situação de extrema pobreza e, como consequência, foram viver nas ruas.

Além das dificuldades de viver nessas condições, com a violência urbana, os projetos higienistas, o uso de drogas e o medo constante de sofrerem violência sexual – assunto relatado por várias mulheres no estudo – e dos riscos comuns da rua, outro fator chamou a atenção: a violência doméstica entre parceiros íntimos, o que deixa as mulheres ainda mais vulneráveis à violência. Como garantir que as mulheres em situação de rua participem de uma audiência virtual tendo em vista a situação de total vulnerabilidade social, econômica e política? São pessoas invisíveis e excluídas que precisam de políticas públicas judiciais para acolhê-las e assegurar seus direitos de acesso à justiça.

A ausência de dados sobre as mulheres em situação de rua dificulta a criação de políticas públicas no Brasil. Entretanto, algumas pesquisas internacionais, como a realizada na cidade de Nova Iorque, com 141 mulheres que vivem nessas condições, apontou para índices significativos de violência física e de estupro. Das 141 entrevistadas, 21 foram estupradas, 42 relataram ter sido estupradas e agredidas e 62 foram agredidas, sem ocorrência de abuso sexual. Segundo os pesquisadores, a maior parte das necessidades de assistência à saúde era consequência dessa realidade, como o cuidado com traumas físicos ou problemas de saúde mental (D'ERCOLE; STRUENING, 1990) (NARDES e GIONGO, 2021).

As dificuldades vividas pelas mulheres em situação de rua são diversas, pois muitas enfrentam o medo constante de sofrer violência sexual, a violência por espaço nas ruas e, infelizmente, ficam em posição de subalternidade em relação aos homens para sobreviver e serem respeitadas. Tudo isso associado ao uso de drogas e ao abandono dessas pessoas pela família. Por isso, são necessárias estratégias urgentes visando a enfrentar o fenômeno da violência doméstica contra as mulheres em situação de rua.

4.3. Falta de acesso à justiça

Nos três casos aqui estudados, as prisões ocorreram em flagrante delito, após a polícia militar ser acionada pela ofendida. No último deles, após tomar conhecimento de que seu companheiro seria preso, a ofendida retratou-se de suas declarações afirmando não ter sido ele o autor das agressões. Segundo a mulher agredida, seu companheiro a “protegia das ruas”, o que evidencia a hipervulnerabilidade da vítima e sua sujeição a contextos violentos em dinâmica de relação íntima de afeto como instrumento para reagir à violência das ruas.

No que diz respeito à atuação interna do sistema de justiça, observou-se a dificuldade de não se localizar as mulheres para intimá-las às audiências e manter o acompanhamento pela equipe multidisciplinar do juizado de

violência doméstica. Esse foi um primeiro obstáculo enfrentado pela equipe técnica do Juizado de Violência Doméstica (JVD).

A falta de informação sobre os direitos mais básicos tem gerado obstáculos que impedem as mulheres de realizar o direito fundamental de acesso à justiça. Ademais, outros fatores de intersecção afetam algumas delas em âmbitos diferentes, por exemplo, raça e etnia, condição de indígena, localização urbana/rural, estado de saúde, deficiência, identidade como mulher lésbica ou transexual ou pessoa em situação de rua.

O defensor público do Rio de Janeiro Renan Vinicius Sotto Mayor Oliveira, em sua pesquisa empírica realizada durante a participação em eventos, seminários e audiências públicas, constatou: “o espaço da rua reflete o racismo, o machismo e a homofobia estruturantes em nossa sociedade” (OLIVEIRA, 2019, p. 21).

Sobre o discurso das mulheres, destaca: [elas] “que narraram a brutalidade da vida na rua, relatando que o estupro é uma prática comum, visto que são, por diversas vezes, assediadas também por homens em situação de rua ou até mesmo domiciliados” (OLIVEIRA, 2019, p. 22). “Prefiro ser estuprada por um do que por vários” foi a frase dita no 3º Encontro do MNPR, em 2015, realizado em Brasília/DF. A mulher esclareceu que mantinha um relacionamento afetivo abusivo, mesmo assim, preferia continuar esse vínculo para ter uma “segurança” (OLIVEIRA, 2019, p. 22).

As mulheres em situação de rua sofrem violência de diversas formas: institucional, praticada por intolerantes contra as pessoas em situação de rua (PSR); entre as pessoas em situação de rua por disputas pessoais e de espaço; violência planejada com intenções higienistas; e sexual. Esta é frequentemente relatada pelas mulheres.

O cenário de incertezas trazido pela pandemia pode ter contribuído fortemente para o afastamento das mulheres dos espaços de atendimento, como as delegacias, o ministério público e a defensoria pública. Os fóruns fecharam durante o primeiro trimestre após a decretação de calamidade pública assim como foi dificultado o acesso a outros serviços de atendimento e de acolhimento. É importante reiterar que o acesso digital de pessoas em situação de rua é deveras precário.

Um estudo recente realizado na cidade de São Paulo constatou que as mulheres em situação de rua têm vários fatores em comum: pobreza, experiência de violências, transtorno mental, dependência de álcool e outras drogas, falta de amor e ruptura dos vínculos familiares e sociais. Nos três casos selecionados, foram evidenciadas as dificuldades enfrentadas pelas mulheres em situação de rua, o abandono da família e a falta de políticas públicas para lidar com essas pessoas excluídas e vulneráveis (ROSA e BRETAS, 2015).

As pessoas em situação de rua são inviabilizadas pelo poder público e pela sociedade. Além do frequente his-

tórico de abandono familiar, elas, em geral, sofrem de transtornos mentais ou de dependência química e não têm acesso à saúde, aos serviços públicos e às políticas públicas. Não é diferente em relação ao acesso à justiça. A situação só se agrava quando se fala numa justiça que funciona exclusivamente na modalidade virtual, quando essas pessoas são tidas como excluídas digitais, pois não possuem celular nem computador.

4.4. Exclusão digital

Nos três casos, as vítimas e os réus vivem em situação de rua, não têm acesso a telefone celular ou a internet, até mesmo em função da situação de vulnerabilidade. Nas ruas, essas pessoas são invisibilizadas pelo poder público e excluídas dos seus direitos, perdem contato com a família e não são encontradas pela justiça para dar sequência a intimações e encaminhamentos.

Conforme observou-se nos processos selecionados, foi inviável localizar as vítimas para intimá-las à audiência, pois não havia endereço fixo nem qualquer telefone para contato; o paradeiro delas nem sequer era informado aos familiares. Situação essa que também inviabilizou o estudo pela equipe técnica, tão importante para subsidiar o processo de tomada de decisão.

É importante destacar que o contato direto com o denunciado só foi viável em função da prisão em flagrante, quando fora conduzido à audiência de custódia. Nos três procedimentos, houve o ato processual com conversão do flagrante em prisão preventiva.

Portanto, há um contato inicial com um defensor assegurado ao denunciado, que garante um diálogo, ainda que breve, a contemplar explicações gerais sobre o andamento da ação. No entanto, uma vez que não se localiza a mulher vítima da agressão, a orientação jurídica inexistente.

Para além do debate de eventual comprometimento com a produção de prova oral, dada a ausência de intimação para a audiência, os atendimentos e os encaminhamentos para a mulher ficam absolutamente prejudicados quando se torna inviável o comparecimento dela perante a equipe em momento posterior à oitiva em delegacia, na lavratura do auto de prisão em flagrante.

Durante a pandemia, constatou-se que grande parte das mulheres vítimas de violência doméstica são excluídas digitais, ou seja, não possuem um aparelho de telefone celular exclusivo com pacote de dados de internet; quando existe, há um só aparelho para o uso de toda a família. Esse é um obstáculo que impede ou restringe o direito de acesso à justiça pelas mulheres.

Com base na análise dos três casos selecionados, pode-se inferir que as pessoas em situação de rua enfrentaram mais dificuldades para obter informações sobre os processos e ser localizadas para fins de intimação. Durante a pandemia o Poder Judiciário adotou o trabalho remoto, as audiências passaram a ser realizadas por videoconferência e os processos foram digitalizados, o que gerou obstáculos e restrições para o acesso à justiça pelas pessoas vulneráveis, com mais impacto para as pessoas em situação de rua, por não possuírem estrutura e equipamentos adequados.

No mesmo sentido, a pesquisa do Nupegre apontou que “o aparelho celular é, cada dia mais, uma ferramenta importante para a participação e tomada de decisão pelas mulheres, além de combater a desigualdade de gênero e de ser um importante mecanismo para facilitar o acesso à justiça.” (EMERJ; NUPEGRE, 2022, p. 41).

Ciente dos obstáculos causados pela pandemia, o próprio CNJ publicou estudo acerca do índice de acesso à justiça, iniciativa relevante para a mensuração do nível de acesso à justiça pelos tribunais do país. É importante ressaltar que o índice de acesso à justiça possui dois tipos de capitais: o capital humano e o capital institucional.⁴

De situações como essa extrai-se o questionamento: quais políticas públicas precisam ser criadas para facilitar o acesso das pessoas mais necessitadas à justiça, sobretudo das mulheres que vivem nas ruas?

Outro fator dessa dificuldade de acesso é o formato das audiências virtuais com a presença do agressor no mesmo espaço físico das vítimas. Pensando nessas dificuldades e visando superá-las, alguns juizados oferecem salas separadas para a oitiva, com computadores disponibilizados pelo Poder Judiciário.

Ressalta-se que algumas boas práticas no âmbito do Poder Judiciário têm sido implementadas. Entre elas, a iniciativa do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por meio da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar (COEM), que mantinha reuniões semanais com a rede de enfrentamento da violência doméstica durante a pandemia a fim de encontrar soluções para assegurar às mulheres o direito de acesso à justiça⁵.

5. CONSTRUÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA DIGITAL ÀS POPULAÇÕES VULNERÁVEIS

A expressão “acesso à justiça” remete à obra clássica de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1978), ao elenca-

⁴ Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021.

⁵ Projetos inovadores do TJRJ, que em parceria com a UFRJ, criou o aplicativo Maria da Penha Virtual, vencedor da categoria Tribunal de Justiça do Prêmio Viviane Amaral do CNJ, representa uma boa prática de acesso à justiça para mulheres em situação de violência doméstica, por meio da qual a mulher pode requerer uma medida protetiva de urgência diretamente à justiça de qualquer dispositivo eletrônico. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/aplicativo-maria-da-penha-virtual>. Acesso em: 16 abr. 2022.

rem as barreiras de acesso aos sistemas judiciais naquele período histórico. Na ocasião, uma das conclusões dos autores foi a de que os obstáculos impostos às pessoas mais vulneráveis social e economicamente eram maiores; por outro lado, o acesso à justiça para litigantes com maior poder aquisitivo era garantido e até incentivado.

O acesso livre à justiça para a população em situação de rua está consagrado no art. 3º da CF/1988, uma vez que um dos objetivos fundamentais do país é construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988). O objetivo de desenvolvimento sustentável 11 da ONU da Agenda 2030 busca “tornar cidades e assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis”.

Em 9 de outubro de 2020, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 345, que dispõe sobre o juízo 100% digital e autoriza os tribunais adotarem providências para o processamento completo de atos processuais praticados exclusivamente por meio eletrônico e remoto, via internet (CNJ, 2020).

Durante a pandemia, foram realizadas audiências por videoconferência e atendimentos por meio do balcão virtual, expandindo, assim, a atuação da justiça brasileira. Há que se definir, entretanto, como compatibilizar a justiça 100% digital com a exclusão digital no Brasil, considerando as desigualdades sociais e regionais, a infraestrutura da rede, o pacote de dados para acesso à internet, o grau de escolaridade e a faixa etária dos que demandam por justiça.

Segundo a pesquisa TIC Domicílios de 2020, publicada pelo Cetic.br, a proporção de domicílios com acesso à internet no país é de 83%, ou seja, aproximadamente 61,8 milhões de domicílios possuem algum tipo de conexão à rede, o que significa um aumento em relação ao ano de 2019, em todas as classes econômicas: classes C (de 80%, em 2019, para 91%, em 2020) e D e E (de 50%, em 2019, para 64%, em 2020) (CETIC, 2021).

Apesar da ampliação relativa ao acesso à internet, há distribuição desproporcional desses recursos digitais, seja em razão da classe social, seja do grau de instrução, visto que uma grande parte da população brasileira, como as pessoas em situação de rua, continua alijada desse progresso tecnológico.

A inclusão digital deve ser encarada como um novo direito fundamental, uma vez que muitos serviços públicos essenciais são realizados por meio do acesso à rede mundial de computadores (internet), como no caso da prestação jurisdicional (MACHADO e RIVERA, 2017, p. 605).

Assim, a inclusão digital não se restringe ao acesso a ferramentas de tecnologia, como equipamentos de informática (*smartphones*, computadores), mas inclui a

produção de conhecimento e a comunicação por esses meios digitais.

A noção de inclusão digital como política de estado está intimamente ligada à categoria de desenvolvimento econômico e social (CAZELOTO, 2007, p. 146). Segundo Armand Mattelard (2001, p. 177), desde a década de 1960, a “teoria da decolagem” fundamenta as ações de organismos internacionais como a Unesco, por exemplo, considerando que o acesso ao mundo digital é tratado como sinônimo de progresso econômico e de modernização.

Com base nessa premissa, os Estados devem garantir a distribuição social e equitativa de quaisquer benefícios dos programas de inclusão digital, e as políticas públicas para a implementação da inclusão digital devem considerar os contextos sociais, culturais e econômicos de cada comunidade. A incompreensão das potencialidades do uso das tecnologias e da internet como ferramentas de fortalecimento social se reflete na falta de integração entre as demais políticas públicas, especialmente aquelas voltadas à inclusão social.

A inclusão digital pretende “tornar os sujeitos autores da sua própria realidade, participantes e produtores da transformação social por meio do uso das tecnologias e da internet” (MACHADO e RIVERA, 2017, p. 606). Quando implementada, também poderá promover a inclusão social e o acesso à justiça, representando um mecanismo para a efetivação de direitos fundamentais.

A definição de estratégias que fomentem a melhoria de acesso à justiça a populações vulneráveis foi, inclusive, estabelecida como parte das diretrizes da Resolução CNJ n. 425, de 8 de outubro de 2021, que trata da política nacional judicial de atenção a pessoas em situação de rua e suas interseccionalidades.

Além disso, a Resolução determina a prestação de um atendimento humanizado às pessoas em situação de rua nas sedes dos órgãos de justiça, vedando obstáculos relativos a vestimentas, às condições de higiene pessoal ou à falta de identificação civil. Prevê ainda, entre outros pontos, a inafastabilidade do acesso à jurisdição de pessoas em situação de rua em função da exclusão digital, da falta de identificação civil, da ausência de documentos públicos e de residência fixa, da dificuldade de comunicação e do tratamento burocratizado.

Por fim, reconhece:

[...] a relevância do trabalho colaborativo e em rede entre atores institucionais envolvidos com a política, para alinhamento de protocolos e fluxos de trabalho, com visão holística e empática acerca da complexidade da pessoa em situação de rua, a fim de permitir uma abordagem multidimensional. (CNJ, 2021).

É um desafio, portanto, conjugar a política de atenção a pessoas em situação de rua e a política de enfrentamento da violência doméstica. Embora sobrepostas e possivelmente harmônicas em múltiplos pontos, deve-se destacar que os mais de quinze anos de vigência da Lei n. 11.340/2006 não alcançaram, até o momento, a fluidez esperada na prestação de serviços de atendimento à mulher, em todas as esferas necessárias, como justiça, segurança, saúde, moradia e emprego (NUNES, 2017).

A interseccionalidade das discriminações sofridas pela população em situação de rua configura situação diversificada, que não se esgota na soma das opressões, mas cria uma modalidade mais complexa diante das inúmeras variáveis de subjugação, como classe social, raça, idade e gênero.

Garantir às pessoas em situação de rua acesso à justiça digital exige atuação integrada do Poder Judiciário com os demais órgãos públicos e da sociedade civil para a implementação de políticas públicas que alcancem essa parcela da população, primando por uma acolhida humanizada e interdisciplinar.

A criação de centros de atendimento à vítima representa, portanto, uma estratégia essencial para a interlocução entre as mulheres em situação de rua e os equipamentos estatais disponíveis para a prestação de serviços, tanto na esfera estadual quanto municipal. Nesse sentido é a Recomendação CNJ n. 253, de 4 de setembro de 2018.

Apesar de a previsão ser de 2018, apenas em 22 de outubro de 2021, foi instalado o primeiro centro especializado de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais no Poder Judiciário, por iniciativa do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ, 2021).

Programas como o Justiça Itinerante também são oportunidades para se superar os obstáculos 1) territoriais, consistente na distância a ser percorrida pela usuária do serviço até uma vara judicial; 2) financeiros, reconhecendo que as mulheres em situação de rua apresentam uma redução substancial de sua capacidade econômica; 3) de articulação em rede, viabilizando que múltiplos serviços sejam oferecidos sequencialmente e na mesma ação social; 4) psicológicos/culturais, afastando-se dos espaços sóbrios e não humanizados que caracterizam a justiça e buscando uma aproximação no espaço cotidiano de vivência dessas mulheres (FERRAZ, 2017).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um Poder Judiciário em sintonia com a sociedade deve considerar especialmente os apelos das populações vulneráveis, buscando promover um atendimento adequado e coerente com suas necessidades.

A eliminação de todas as formas de discriminação é um compromisso assumido pelo Brasil na Constituição Federal de 1988, e enquanto signatário de tratados

internacionais que abordam os direitos humanos, especialmente, para essa análise, dos direitos humanos das mulheres.

A pandemia da covid-19 acrescentou um novo desafio a essa dinâmica: os serviços judiciais migraram para os sistemas digitais e, ainda assim, não conseguem atender com a presteza necessária quando se trata daqueles que estão excluídos, social e digitalmente.

O presente artigo lançou luzes sobre a situação de mulheres vítimas de violência doméstica, em situação de rua, durante o período da pandemia. Os dados apontam sistematicamente que as mulheres pretas e pardas são sobremaneira atingidas pela violência por seus parceiros íntimos, e que aquelas em situação de rua são impactadas por diversas violências, em cenários agravados pela exposição às drogas e ao álcool, pela dificuldade de alcance das equipes do Poder Judiciário e pela dependência emocional e econômica de seus parceiros.

Diante disso, como o Poder Judiciário pode se fazer presente? Como estabelecer e fiscalizar medidas cautelares e/ou protetivas quando os envolvidos são pessoas em situação de rua? Como é possível perseverar no atendimento por órgãos de atenção, assistência, segurança, saúde para os que não contam com amparo familiar? Os desafios são variados.

A revolução digital impactou a forma de se comunicar e atingiu a vida de todas as pessoas durante a pandemia, com o desafio de garantir o acesso à justiça pelas mulheres em situação de rua. O artigo aqui proposto revela que elas sofrem mais preconceito e discriminação por fatores como o racismo e o sexismo, excluídas digitalmente e socialmente, e não têm o acesso à justiça assegurado. A justiça precisa estar disponível em todos os lugares (fóruns e/ou órgãos judiciais, áreas rurais, urbanas e remotas), ter boa qualidade (adaptada aos padrões internacionais de competência, eficiência, independência e imparcialidade), acessível a todas as mulheres (negras, indígenas, quilombolas, com deficiência e em situação de rua) e que os profissionais do sistema de justiça sejam sensíveis a gênero (cursos de capacitações em gênero e direitos humanos).

Assim, visando remover as barreiras e os obstáculos ao acesso à justiça pelas mulheres em situação de rua, urge a necessidade de estabelecer programas próprios que permitam, firmadas as parcerias com o poder público e em cooperação com as organizações da sociedade civil e de mulheres, ampliar a presença física dos integrantes do sistema de justiça para a mulher, multiplicando os espaços de atendimento.

Recomenda-se, por fim, a criação de unidades e de balcões específicos para as mulheres, que com o uso criativo de tecnologia e informação apropriados possam garantir que todos os grupos étnicos e minoritários da população sejam atendidos. Essas são algumas estratégias que podem viabilizar mais disseminação e ampla circula-

ção, retirando o Poder Judiciário do seu encastelamento e efetivamente atingindo o público que dele necessita.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alexandre. Desemprego chega a 14,7% no primeiro trimestre, maior desde 2012. **Agência IBGE Notícias**, Rio de Janeiro, 27 maio 2021, 12:10. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30793-desemprego-chega-a-14-7-no-primeiro-trimestre-maior-desde-2012-e-atinge-14-8-milhoes-de-pessoas>. Acesso em: 4 abr. 2022.

BARTTLETT, Katharine T. Métodos jurídicos feministas. In: SEVERI, Fabiana Cristina; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; MATOS, Myllena Calasans de. **Tecendo fios das críticas feministas ao direito no Brasil II: direitos humanos das mulheres e violência**. v.1. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020, p. 243-360.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília: Portal da Legislação, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 2 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 7.053, de 23 de dezembro de 2009**. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Brasília: Portal da Legislação, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm. Acesso em: 2 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n. 93, de 18 de março de 2020. Brasília: Portal da Legislação, 2020. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DLG&numero=6&ano=2020&ato=b1fAzZU5EMZpWT794>. Acesso em: 2 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Brasília: Portal da Legislação, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 2 abr. 2022.

BUENO, Samira; BOHNENBERGER, Marina; SOBRAL, Isabela. A violência contra meninas e mulheres no ano pandêmico. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, São Paulo, v. 15, 2021, p. 93-100. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/6-a-violencia-contra-meninas-e-mulheres-no-ano-pandemico.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Sueli. Mulheres negras, violência e pobreza. In: SEVERI, Fabiana Cristina; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; MATOS, Myllena Calasans de. **Tecendo fios das críticas feministas ao direito no Brasil II: direitos humanos das mulheres e violência**, v. 1. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020, p. 189-203.

CASSAL, Milena; FERNANDES, Talita. A população negra em situação de rua e a COVID-19: vidas negras importam? **Tessituras, Revista de antropologia e arqueologia**, Pelotas, v. 8, p. 97-104, jan./jun., 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/tessituras/article/download/18911/11457>. Acesso em: 12 abr. 2022.

CAZELOTO, Edilson. **A inclusão digital e a reprodução do capitalismo contemporâneo**. 2007. 180 f. Tese (Doutorado em Comunicação) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/4980>. Acesso em: 11 abr. 2022.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO (CETIC). **Resumo executivo: pesquisa TIC domicílios 2020**. [s.l]: CETIC, 2021. Disponível em: https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20211124201505/resumo_executivo_tic_domicilios_2020.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

COMISSION ECONOMICA PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). CEPAL. **Panorama social de América Latina, 2020**. Santiago: LC/PUB.2021/2-P/Rev.1, 2021. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46687/8/S2100150_es.pdf. Acesso em: 14 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 253, de 4 de setembro de 2018**. Brasília: CNJ, 2018. Define a política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2668>. Acesso em: 12 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 345, de 9 de outubro de 2020**. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>. Acesso em: 12 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 425, de 8 de outubro de 2021**. Institui, no âmbito do Poder Judiciário, a Política Nacional Judicial de Atenção a Pessoas em Situação de Rua e suas interseccionalidades. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4169>. Acesso em: 12 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Índice de acesso à justiça**. Brasília: CNJ, 2021. 55 p: il. color. (Diagnósticos para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável) Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Relatorio_Indice-de-Acesso-a-Justica_LIODS_22-2-2021.pdf. Acesso em: 21 out. 2022.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial relativos ao gênero. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 171-188, 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/mbTpP4SFXPnJZ397j8fSBQQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 2 abr. 2022.

DELGADO, Malu. Brasil tem “boom” de população de rua, que segue invisível. **DW Brasil**, [s.l], 15 mar. 2022. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/brasil-tem-boom-de-popula%C3%A7%C3%A3o-de-rua-que-segue-invis%C3%ADvel-para-o-poder-p%C3%BAblico/a-61135058>. Acesso em: 4 abr. 2022.

ESMERALDO, Andréa Ferreira Lima; XIMENES, Verônica Moraes. Mulheres em situação de rua: implicações psicossociais de estigmas e preconceitos. **Psicol. Cien. Prof.**, v. 42, 2022, *online*. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-3703003235503>. Acesso em: 14 abr. 2022.

FERRAZ, Leslie S. Justiça Itinerante: uma política efetiva de democratização do acesso à justiça? **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 2, p. 17-45, jun./dez. 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume15_numero2/volume15_numero2_17.pdf. Acesso em: 14 abr. 2022.

GÊNERO E NÚMERO; SOF SEMPREVIVA ORGANIZAÇÃO FEMINISTA. **Pesquisa sem parar**: o trabalho e a vida das mulheres na pandemia. [s.l]: GN; SOF, [2020]. Disponível: https://mulheresnapandemia.sof.org.br/wp-content/uploads/2020/08/Relatorio_Pesquisa_SemParar.pdf. Acesso em: 11 abr. 2022.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo; LABRUNA, Felipe; AGUIAR, Gisele Pereira. O acesso à justiça pelos grupos vulneráveis em tempos de pandemia de covid-10. **Revista Humanidades e Inovação** v. 7, n. 19, p. 49-61, ago. 2020. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadesinovacao/article/view/3714>. Acesso em: 14 abr. 2022.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; RIVERA, Laura Nathalie Hernandez. Democratização na era digital: desafios para

um diálogo consciente e igualitário. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 601-616, 2017.

MATTELARD, Armand. **Comunicação-mundo**: história das ideias e das estratégias. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 2001.

MOITA, Emanuel Lucas Ferreira; GURGEL, João Pedro Pessoa Maia; RODRIGUES, Renata David Nunes; SOUZA, Rodney Rodrigues de. O acesso à justiça por pessoas economicamente vulneráveis em tempo de pandemia. **Ensino em Perspectivas**, Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 1-16, 2022. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/ensinoemperspectivas/article/view/7423/6644>. Acesso em: 14 abr. 2022.

NARDES, Scarleth; GIONGO, Carmem Regina. Mulheres em situação de rua: memórias, cotidiano e acesso às políticas públicas. **Revista Estudos Feministas [online]**. 2021, v. 29, n. 1. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1806-9584-2021v29n166011>. Acesso em: 2 abr. 2022.

NATALINO, Marco. **Nota Técnica n. 73 (Disoc)**: estimativa da população em situação de rua no Brasil (set. 2012 a mar. 2020). Brasília: IPEA, 2020. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10074>. Acesso em: 1º abr. 2022.

NÚCLEO DE PESQUISA EM GÊNERO, RAÇA E ETNIA (NUPEGRE); ESCOLA DE MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (EMERJ). Relatórios de pesquisa NUGREPE: mulheres, pandemia e violência: o impacto da pandemia de Sars-Cov-2 no acesso à justiça e na política judiciária de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher. **Relat. Pesq. NUGREPE**, Rio de Janeiro, n. 6, p. 1-71, 2022. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/nucleos-de-pesquisa/NUPEGRE/3/>. Acesso em: 16 out. 2022.

NUNES, Ana Carolina Almeida Santos. Seção temática: gênero e políticas públicas. Análise dos arranjos de implementação de políticas públicas de enfrentamento à violência contra mulheres em municípios de pequeno porte. **Rev. Serv. Público**, Brasília, v. 68, n. 3, p. 503-532, jul./set. 2017. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2293>. Acesso em: 14 abr. 2022.

OLIVEIRA, Renan Vinicius Sotto Mayor. **Defensoria pública na rua**: limites e possibilidades de acesso à justiça à população em situação de rua. 2019. 108 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2019. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/21543>. Acesso em: 11 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). COMITÊ PARA A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES (CEDAW). **Recomendação Geral CEDAW n. 33**: acesso das mulheres à justiça. 3 ago. 2015. Trad. Valéria

Pandjiarjian. Revisão: Silvia Pimentel. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/recomendac%CC%A7a%CC%83o-33-ce-daw-1-3/>. Acesso em: 2 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). ONU: 25% das mulheres a partir de 15 anos são vítimas da violência de gênero. **ONU News**, 9 mar. 2021. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/03/1743912>. Acesso em: 11 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. Pandemia de COVID-19 afetou mulheres desproporcionalmente nas Américas. **OPAS/OMS**, 8 mar. 2022. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/noticias/8-3-2022-pandemia-covid-19-afetou-mulheres-desproporcionalmente-nas-americas>. Acesso em: 11 abr. 2022.

PEDRA, Marcelo. Ela insiste no cuidado, quando todo mundo já desistiu. [Entrevista cedida a] Fernanda Marques. **Fiocruz Brasília**, Brasília, 4 jun. 2021. Disponível em: <https://www.fiocruzbrasil.fiocruz.br/ela-insiste-no-cuidado-quando-to-do-mundo-ja-desistiu/>. Acesso em: 1º abr. 2022.

PINHEIRO, Luana; LIRA, Fernanda; REZENDE, Marcela; FONTOURA, Natália. Os desafios do passado no trabalho doméstico do século XXI: reflexões para o caso brasileiro a partir dos dados da PNAD contínua. **Texto para discussão**, Brasília,

n. 2528, 2019. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9538/1/td_2528.pdf. Acesso em: 15 abr. 2022.

ROSA, Anderson da Silva; BRÊTAS, Ana Cristina Passarella. A violência na vida de mulheres em situação de rua na cidade de São Paulo, Brasil. **Interface**, v. 19, n. 53, p. 275-285, abr./jun. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1807-57622014.0221>. Acesso em: 2 abr. 2022.

SANCHOTENE, Iulla Portillo; ANTONI, Clarissa de; MUNHÓS, Aline Assmann Ruas. Maria, Maria: concepções sobre ser mulher em situação de rua. **Textos & Contextos**, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 146-160, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/29297/18804>. Acesso em: 2 abr. 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O futuro começa agora**: da pandemia à utopia. São Paulo: Boitempo Editorial, 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO (TJRJ). **TJRJ é pioneiro na instalação de Centro Especializado de Atenção e Apoio às Vítimas de Crimes e Atos Infracionais**. Portal do TJRJ, 22 out. 2021. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/web/cgj/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/1017893/21169281>. Acesso em: 14 abr. 2022.

Adriana Ramos de Mello

Juíza de Direito (TJRJ). Mestre em Criminologia pela Universidade de Barcelona e Doutora em Direito Público e Filosofia Jurídico-política pela Universidade Autônoma de Barcelona, Professora do Mestrado Profissional da ENFAM.

Marcela Lobo

Juíza de Direito (TJMA). Aluna do Mestrado Profissional em Direito e Poder Judiciário da ENFAM.

Taís Scheer

Juíza de Direito (TJPR). Aluna do Mestrado Profissional em Direito e Poder Judiciário da ENFAM. Especialista em Direito Aplicado pela EMAP/PR.

A EXTINÇÃO DA PRONÚNCIA E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: DUPLA PERSPECTIVA DE TUTELA AOS DIREITOS HUMANOS

THE EXTINCTION OF PRONUNCIATION AND THE REASONABLE DURATION OF THE PROCESS: DUAL PERSPECTIVES OF HUMAN RIGHTS PROTECTION

Amaury Silva

RESUMO: Aborda o Tribunal do Júri, órgão competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Desenvolve a justificativa de supressão da decisão de pronúncia, um dos atos finais da etapa preparatória. A metodologia emprega duas estratégias: o tensionamento de dados contidos no relatório *Mês Nacional do Júri 2019*, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), relativos aos processos que foram considerados como pendentes, pendentes com pronúncia e pautados para julgamento, e os crimes antigos. Sobre esses informes estatísticos, aplicam-se referências dos métodos dedutivo e histórico. Conclui-se que a identificação da exigência da pronúncia é fator predominante para o congestionamento nos julgamentos pelo Tribunal do Júri, e estabelece perspectivas de avanços na consecução da razoável duração do processo com sua eliminação do procedimento, sem prejuízo de garantia aos Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do Júri. Pronúncia. Extinção. Celeridade. Direitos Humanos.

ABSTRACT: The study addresses the Jury Court, the competent body for the judgment of intentional crimes against life. It develops the justification for suppression in processes of this nature, in the preparatory stage, established as the final act in this stage, the indictment decision. The methodology employs two arrangements: the tensioning of data contained in the Report - National Jury Month, 2019 of the National Council of Justice - CNJ, related to cases that were considered pending, pending with pronouncement and scheduled for judgment. On these statistical reports, references to the deductive and historical methods apply. The conclusion refers to the identification of the pronouncement requirement as the predominant factor for the congestion in the judgments by the Jury and establishes perspectives of advances in the achievement of the reasonable duration of the process with its elimination from the procedure, without prejudice to the guarantee of Human Rights.

KEYWORDS: Jury court. Pronunciation. Extinction. Celerity. Human rights.

1. INTRODUÇÃO

1.1. Justificativa

A razoável duração do processo deixou de ser um princípio constitucional velado para se transformar em uma garantia, ostensivamente, almejada como proposição que fundamenta o processo e enseja prestação do Estado ao cidadão, contribuindo de maneira visceral para a estabilidade nas relações sociais, que dependam da integração pelas decisões do Poder Judiciário. O marco para a busca dessa efetividade foi a Emenda Constitucional n. 45/2004 que introduziu o inciso LXXVIII, ao art. 5º, Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Com a introdução da premissa da razoável duração do processo na plataforma constitucional brasileira, não se pode cogitar qualquer dúvida no sentido de que a celeridade processual pretendida possui franco e indestru-

tível alinhamento com o princípio da eficiência da administração pública (art. 37, *caput*, Constituição Federal). Essa observação se exterioriza de modo contundente, a despeito de eventuais impactos críticos quanto a uma eventual sobreposição de resultados meramente estatísticos sobre a qualidade das decisões do Poder Judiciário, face à crise quantitativa que exige do processo e das instituições públicas responsáveis por sua consecução, a obtenção de meios para responder de modo satisfatório ao elevado número de feitos ajuizados.

Pode-se apontar com apoio em Andrade (2009), que a incorporação da razoável duração do processo ao Texto Constitucional significa compreendê-la como garantia fundamental que integra um núcleo restrito, pairando com superioridade hierárquica hermenêutica sobre outros parâmetros normativos da ordem jurídica. Se reveste assim de características como dimensão natural, caráter absoluto, imutabilidade e atemporalidade, pois só com esses atributos possuirá a suficiência que assegura a legitimidade do cidadão para o seu exercício, a significar a efetiva titularidade.

Articulando-se a razoável duração do processo à amplitude de sua aplicação às situações concretas, pode-se afirmar com apoio em Hoffman (2006) que a orientação do enunciado consiste na realização de um processo que se apresente justo e adequado, vinculado ao tempo necessário para sua materialização. Nesse itinerário até a sua finalização, não se pode comprometer as fórmulas processuais que visem a assegurar o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas, a instrução probatória, a maturação analítica pelo juiz e outros incidentes. Não se trata como visto de tempo meramente cronometral, mas de uma configuração e sentido ao processo como meio de solução dos conflitos, adotado pelo Estado sob um viés de maximização e desenvoltura dos fluxos processuais até a decisão, sem que desperdícios ou lacunas provoquem paralisações ou contenções temporais. Idêntica perspectiva é defendida por Marinoni e Mitidiero (2010).

Há uma generalidade na designação destinatária da razoável duração do processo, pois o texto que contempla a garantia constitucional se refere a todos que estejam atuando no processo, quer seja de índole judicial ou administrativa. Logo, o processo penal é uma das especificidades na esfera judicial, na qual deve ser observada a incidência do processo em tempo razoável. E esse apontamento se faz tanto em função do réu, vítima, Estado ou coletividade. O primeiro porque as consequências de cerceamento à sua liberdade como bem primordial estão em jogo; ou mesmo o espectro de uma acusação criminal, se estiver solto o réu, com todas as repercussões negativas e ímpias como alertou Carnelutti (2001); os receios, angústias, medos e outros interesses da pessoa ofendida ou seus familiares; o Estado na sua condução de ser fonte de produção do Direito Penal e também responsável pela Execução Penal na realização da segurança como um direito de todos e dever do poder público e, obviamente, a coletividade destinatária dos controles que as agências penais conseguem fazer em torno do fenômeno da criminalidade.

Nesse sentido, Zapalla (2006) identifica que a razoável duração do processo deve vigorar e ser obedecida no processo penal, nos procedimentos referentes aos crimes de competência do Tribunal do Júri, em se tratando de réus presos ou soltos, e mesmo daqueles nos quais os acusados já foram pronunciados. Não existe, pode-se dizer, limite para a relativização da razoável duração do processo em função do âmbito de esfera processual ou sua natureza, e o princípio deve inspirar as etapas procedimentais até o trânsito em julgado da decisão judicial.

Agrupando-se pontos de justificativa para a realização da presente pesquisa, é possível desenvolver um quadro que revela a razoável duração do processo emergente da capacidade rizomática do postulado da dignidade humana como um dos fundamentos da República Brasileira (art. 1º, III, Constituição Federal). A duração razoável do processo não encontra óbices entre as diversas matrizes

processuais, pois adquire formato de prestação do Estado para com destinatários específicos e a coletividade, eis que possui o apanágio da jurisdição e da esfera administrativa pública. No processo penal, independente da forma procedimental, incluindo os casos de competência do Tribunal do Júri, em se tratando de réus presos ou soltos, com decisões de pronúncia já proferidas ou não, o princípio em consideração deve ser observado e o arcabouço normativo compatível com essa égide, que se assenta em dois ângulos de tutela aos Direitos Humanos de forma central, em relação à pessoa acusada e à vítima, ou a seus familiares, sem prejuízo dos reflexos na comunidade de apoio e afeto dos envolvidos no episódio concreto que se submete a julgamento e à coletividade como um todo.

1.2. Problemática e objetivos

A proposta em desenvolvimento tem o escopo do tensionamento quanto a incidência da garantia de razoável duração do processo no Tribunal do Júri. Para tanto, considera a topografia bifurcada em fases distintas do procedimento: a chamada fase preparatória até a pronúncia e a segunda que implica na solução do mérito com o julgamento em Plenário.

São suscitadas algumas hipóteses sobre as quais a pesquisa visa proceder o aprofundamento do tema, sem prejuízo à evidência do melhor aperfeiçoamento por outros trabalhos e estudos. Dessa maneira, buscando-se em considerações premissas que confirmem, rejeitem ou elaborem tais tópicos interrogativos de modo a expandi-los ou reduzi-los, podem ser reputadas como elementos determinantes da investigação em curso, as seguintes cogitações:

a) a razoável duração do processo aplicada aos processos de competência do Tribunal do Júri, tem se constituído como tema enfrentado pelo Estado Brasileiro?

b) A divisão do procedimento do Tribunal do Júri em duas etapas assegura maior tutela aos Direitos Humanos na dupla perspectiva da pessoa acusada, pessoa vítima, pessoa das relações de afeto e comunidade da vítima e da coletividade como um todo?

c) existem parâmetros estatísticos que fundamentem o congestionamento processual na etapa da pronúncia e seus desdobramentos, com o retardamento do julgamento pelo Plenário do Júri?

d) a supressão da decisão de pronúncia e do procedimento anterior até essa etapa, com única instrução e julgamento integral em Plenário contribuiria para o incremento da razoável duração do processo no Tribunal do Júri?

O desafio de descortinar sob a orientação da presente reflexão acadêmica, alguns dos pontos de contato entre a efetividade na razoável duração do processo e o Tribunal do Júri, a partir das considerações hipotéticas, exige a es-

truturação de alguns objetivos. Para organizar o caminho até os aportes que podem resultar da investigação são indispensáveis algumas ponderações.

Com isso, para melhor conduzir este estudo e torná-lo aberto às confirmações ou objeções críticas, devem ser registrados os seguintes objetivos: 1) Compreender conceitualmente o sentido da garantia constitucional da razoável duração do processo; 2) Abordar as relações possíveis entre a indigitada garantia e os processos de competência do Tribunal do Júri; 3) Descrever de forma selecionada e específica as etapas distintas do procedimento nos processos de competência do Tribunal do Júri; 4) Identificar e analisar alguns dados estatísticos constantes do relatório *Mês Nacional do Júri 2019* (CNJ, 2019b).

1.3. Relevância do tema

A impunidade tem a força descomunal de significar a maior das anomalias do sistema de justiça criminal, ou a concentração de um conjunto de pequenas distorções, que leva à produção de um quadro de anomia. É a verdadeira anti-justiça, pois derruba qualquer argumento ou teoria que relacione o justo como a ética, como a virtude do bem.

Quando o fenômeno é manifestado nos casos da criminalidade violenta, mais precisamente nos crimes dolosos contra a vida, de competência do Tribunal do Júri, tentados ou consumados (art. 5o. XXXVIII, Constituição Federal), a situação sugere a necessidade do desenvolvimento de todos os esforços visando a alteração do quadro de negação da proteção à integridade física do cidadão e pacificação social. Um dos alertas mais chocantes e que geram incômodo e insatisfação, aptos ao inconformismo que gera a mudança de paradigma constou da introdução a uma notícia publicada no sítio eletrônico do CNJ, sob o título “Juizes do Tribunal do Júri correm contra o tempo e impunidade de assassinos”, em 27 de abril de 2021, conforme Montenegro (2021):

Quem mata outra pessoa no Brasil tem grandes chances de não pagar pelo crime que cometeu, mesmo se for indiciado pela polícia denunciado pelo Ministério Público e levado a júri popular pelo Poder Judiciário. Levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontou que um em cada três processos (32%) julgados pelo Tribunal do Júri – homicídios, sobretudo – entre 2015 e 2018 terminou sem veredicto, após tramitar, em média, oito anos e meio. (MONTENEGRO, 2021).

As informações que subsidiaram a notícia foram extraídas do *Diagnóstico das Ações Penais de Competência do Tribunal do Júri*, realizado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2019a). Essa amostragem é suficiente para esta-

belecer a prioridade quanto ao enfrentamento do tema, a partir dos encargos que o Estado e seus agentes devem desempenhar para combater a impunidade, colaborações da sociedade civil como um todo e de modo muito precípuo, as reflexões acadêmicas, pontuando situações e especulando em torno de soluções para a modificação do indesejável panorama. O diagnóstico em questão indicou a média do tempo de trâmite dos processos de competência do júri, entre seis e sete anos, respectivamente, em relação aos feitos baixados por ocasião da análise e aqueles em andamento.

1.4. Metodologia

A estratégia desenvolvida na presente investigação consiste na aplicação concentrada dos métodos dedutivo e histórico. Para a execução dessa tarefa, o primeiro parâmetro encaminha as reflexões e os dados gerais concernentes à razoável duração do processo e sua inserção no contexto dos julgamentos pelo Tribunal do Júri no Brasil, possibilitando uma valoração crítica quanto à utilização de ferramentas ou alterações no sistema procedimental para viabilizar uma melhor articulação entre o propósito e a meta do princípio e a efetividade daquela área de atuação institucional do Poder Judiciário. Em um segundo movimento metodológico, o enfoque implica no balizamento daquela primeira perspectiva com o método histórico, permitindo-se a processualidade quanto ao desenvolvimento conceitual e prático das categorias (duração razoável do processo e Tribunal do Júri), com as referências estatísticas contidas no banco de dados do CNJ, e publicadas no relatório *Mês Nacional do Júri 2019* (CNJ, 2019b), elaborando-se interseções, cujas resultantes são cogitadas como plausíveis para experimentar apontamentos às hipóteses.

Acredita-se que a combinação desses arranjos metodológicos, constantes em Gil (1994) seja adequada, útil e suficiente para o tratamento que se pretende como incisão para o objetivo desta pesquisa.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Tribunal do Júri: procedimento híbrido

Historicamente o júri é uma instituição milenar, como destacam Silva (2022) e Rangel (2012). Seus primórdios podem ser identificados na Grécia e Roma antigas, já vinculados há uma disposição de ascendência religiosa que é atualizada pelo Cristianismo, inclusive na concepção do número de 12 jurados, como referência aos 12 apóstolos de Jesus Cristo. Com o Concílio de Latrão (1.215) e a abolição dos juízos ou ordálias de Deus, o júri passa a ocupar

um espaço de substituição e preenchimento da lacuna quanto à superação da forma esdrúxula de julgamento.

Na Magna Carta do Rei João Sem Terra em 1.215 percebe-se uma consolidação da modalidade de julgamento popular. Sua anatomia é objeto de modificações ao longo dos anos. Desde a divisão entre pequeno júri (formado por testemunhas que tinham a missão persecutória de esclarecimento do episódio criminoso) e grande júri (responsável pela admissão ou não da imputação, gênese da decisão de pronúncia e do sistema procedimental misto) júri, até a forma de recrutamento e composição do Conselho Popular, o júri sempre motivou reflexões para seu aprimoramento, confirmativo de sua grandeza e imprescindibilidade.

Em 2022, o Brasil completou 200 anos de Tribunal do Júri. O primeiro júri brasileiro foi instituído em 18 de junho de 1822, no Rio de Janeiro, por iniciativa do Senado Federal, dando-se a missão de julgamento a 24 homens bons, honrados, inteligentes e patriotas. A principal concepção era de que o colegiado se manifestava como juízes de fato.

A Constituição Inaugural do Brasil, em 1824, no seu art. 151 fez a previsão do Tribunal do Júri, inclusive para a competência de causas cíveis. Em 1832, o Código Criminal do Império idealizou o júri em suas vertentes: na primeira, o órgão de acusação (formado por 23 integrantes) e o segundo, com a incumbência da sentença, composto por 12 cidadãos. Esse modelo durou pouco mais do que uma década, já que a Lei 261, de 3 de dezembro de 1841 extinguiu o júri de acusação. Essa alteração define as figuras institucionais do delegado de polícia e juiz sumariante. Logo em seguida, o Regulamento n. 120/1842, promoveu novas alterações no júri, como a organização da lista de jurados por delegados de polícia, sua submissão à decisão do juiz, promotor e Presidente da Câmara Municipal e decisões quanto às impugnações ou reclamações, referentes à sua composição.

É nessa ocasião que a decisão de pronúncia passa a ser tratada de modo mais valoroso e significativo, pois seriam atribuições de competência exclusiva dos juízes de direito nas comarcas especiais e juízes municipais, nas comarcas gerais. Registra-se em 1872, uma incorporação sintomática da maior vitalidade do júri e reconhecimento da sua relevância, pois as sessões de julgamentos passam a ser presididas pelo magistrado, designado como desembargador da relação, com posição jurisdicional hierárquica superior aos juízes.

A mudança política, social e histórica no Brasil com a Proclamação da República não trouxe, de imediato, profundas alterações no Tribunal do Júri. Sua extensão é feita para a Justiça Federal em 1890. A Constituição Federal de 1891 manteve o júri, e em 1899 o Supremo Tribunal Federal passa a adotar parâmetros interpretativos na sua jurisprudência, visando a tutela do júri, seguindo-se a linha do que já se estabelecia em outros países europeus.

Trata-se possivelmente de um dos primeiros ativismos judiciais, certamente inédito em relação ao Tribunal do Júri, que resultou de modo benéfico na sua preservação e valorização. O posicionamento da Excelsa Corte foi responsável por assegurar a composição periódica de jurados, evitando-se casuísmos e estabelecimento de jurados profissionais, permitindo maior transparência e isenção nas decisões; seleção dos jurados independente de classes sociais; sorteio prévio para as sessões e nelas, a formação do Conselho Popular Julgador; aceitação e recusa de jurados pelas partes, observado o limite do estorno de urna (configuração da ausência de quantitativo mínimo de jurados para realizar o julgamento); incomunicabilidade dos jurados; instrução em Plenário perante o Conselho de Sentença; referência da íntima convicção como critério de julgamento do jurado, que devia prezar a sua consciência nas deliberações decisórias e ausência de responsabilidade do jurado pelo resultado do julgamento.

O Decreto 4.780, de 27 de dezembro de 1923 reduziu o rol de crimes de competência do Júri federal, enquanto a Constituição Federal de 1934 manteve o júri, mas como órgão integrante do Poder Judiciário, o que resultava em dúvida quanto a permanência da garantia fundamental. Esse quadro é alimentado, até mesmo pelas incertezas face à própria manutenção do júri, em 1937, pois a Constituição Federal daquele ano, não fez expressa previsão a respeito da instituição.

Se por um lado o Decreto-lei 167/38 desfez um pouco da insegurança quanto à recepção do júri, retirou-lhe grande parte da essência, extinguindo a soberania dos veredictos e fixando o número de 7 (sete) jurados para o Conselho de Sentença. Essa dúvida só é totalmente desfeita com a Constituição Federal de 1946, que localiza topograficamente o Júri no Capítulo dos Direitos e Garantias e regressa com a soberania dos veredictos. A Carta Magna desse ano no art. 141 dá a fisionomia atual do júri no Brasil, incrementando-o com a plenitude de defesa, sigilo das votações e competência obrigatória para os crimes dolosos contra a vida. Em 1948, a Lei 263 atualizou o Código de Processo Penal, tornando-o compatível com as disposições constitucionais do júri. A Constituição Federal de 1967 não altera esse quadro.

Por sua vez, a Emenda Constitucional n. 01/1969 preserva a instituição, silenciando-se quanto à soberania dos seus veredictos. O papel do Poder Judiciário nessa quadra, foi de enorme relevância para o respaldo do júri, pois compreendeu que a soberania era intrínseca à própria existência do Júri Popular, desconsiderando-se as interpretações literais em sentido contrário. Mais à frente, a Lei n. 5.941/73 consolida o Júri no Código de Processo Penal e trouxe como substancial mudança, a possibilidade de o réu pronunciado, desde que primário e de bons antecedentes, aguardar livre o julgamento do mérito a ser realizado em Plenário pelo Conselho de Sentença.

A Constituição Federal de 1988 sedimentou o júri como garantia fundamental no art. 5º, XXXVIII, XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa, b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Essas pontuações mais relevantes ao longo da bicentenária história do júri no Brasil são capazes de ofertar uma amostra da presença marcante da instituição na nossa sociedade. Após a Constituição Federal, as duas modificações legislativas de maior impacto quanto ao Júri foram trazidas pela Lei n. 11.689/2008 e Lei n. 13.964/2019, no primeiro momento alterando de maneira sensível o procedimento para torná-lo mais ágil e no último caso, em relação ao art. 492, I, “e”, Código de Processo Penal, prevendo a execução provisória da pena nas hipóteses de condenação igual ou superior a 15 anos de reclusão.

Na lição de Tourinho Filho (2009), a definição e as características centrais do júri atual assumem contornos de uma garantia fundamental que se expressa e se efetiva como o estabelecimento de um órgão judiciário com competência singular e parâmetros próprios para sua atividade:

O Júri, entre nós, é um Tribunal formado de um Juiz togado, que o preside, e de 25 jurados, que se sortearão dentre os alistados, dos quais 7 constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento. É um órgão especial de primeiro grau da Justiça Comum Estadual e Federal, colegiado, heterogêneo e temporário. Heterogêneo, porque constituído de pessoas das diversas camadas da sociedade, sem distinção de raça, etnia, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução (vedado, à obriedade, o analfabeto), sendo presidido por um Juiz togado; temporário, porque pode não se reunir todos os dias ou todos os meses, ou nos meses ímpares ou pares. (TOURINHO FILHO, 2009, p.112-113)

O procedimento para o processo e julgamento dos crimes de competência do Tribunal do Júri está previsto nos arts. 406 a 497 do CPP, abrangendo a matriz da competência constitucional e aquela regulamentada pelo art. 74, § 1º, CPP, sem a permissividade para a inclusão de outros delitos no elenco que se limita pelo mandamento constitucional e aqueles originários da conexão. Esse conjunto de atos processuais é demarcado por duas etapas, configurando uma divisão com funções e objetivos distintos, mas complementares e dependentes.

Na primeira, que pode ser considerada como de admissão da imputação perante o Tribunal do Júri, se desenvolve com atos de acusação, instrução e decisão do juiz togado sumariante. Deflagra-se com a denúncia,

sua admissibilidade com o recebimento pelo juiz, citação, ciência ao Ministério Público, audiência de instrução e decisão intermediária ou definitiva, dependendo das hipóteses que se expressam em pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação da imputação para outra competência, diversa do Tribunal do Júri.

Nos limites da proposição em estudo, o interesse acadêmico reside de modo precípua na decisão de pronúncia, que é proferida ao final da primeira fase no sistema procedimental híbrido. A segunda etapa inicia-se com a preparação do caso para ser levado ao julgamento em Plenário do Tribunal do Júri, organizando-se a instrução que será levada ao conhecimento do Conselho de Sentença e a consecução efetiva do julgamento, resultando em sentença de mérito (ou mesmo desclassificatória), proferida pelo juiz togado, após definições dos jurados.

Nítido, portanto, que a primeira fase contém uma imputação que pode ser alterada, reduzida ou mesmo aditada, um chamamento para a defesa inicial; instrução no mesmo modelo a ser desempenhado na instrução em plenário e uma decisão de admissibilidade de convocação do Tribunal do Júri. Trata-se na verdade de um filtro ou verificação prévia, se há pertinência quanto ao acionamento do Tribunal Popular, que por sua vez e em julgamento, pode desconsiderar essa competência, que fora reconhecida no plano da imediatidade, mas sem vínculo definitivo pelo magistrado sumariante e decisões judiciais posteriores.

Lopes Júnior (2017) define a decisão de pronúncia como um acolhimento provisório da pretensão da acusação desenvolvida na denúncia, determinando-se a realização do julgamento pelo Tribunal do Júri, o que se torna imperativo, se preclusa a via recursal. Salienta o autor, que tal decisão não faz coisa julgada material. Logo, deve se conceber que não há reflexo ou repercussão na apreciação que os jurados desenvolverão no julgamento de mérito. A limitação da pronúncia é um desdobramento natural da competência constitucional assegurada ao Tribunal do Júri, funcionando não só como um rito procedimental, mas em vigoroso objetivo de dar efetividade à garantia constitucional.

2.2. Etapa preparatória e decisão de pronúncia

A divisão do procedimento dos crimes de competência do júri em duplo conjunto de atos processuais evidencia a complexidade processual para a entrega da prestação jurisdicional, não só em consideração aos limites e perfil de cada etapa, mas em razão do tempo que é exigido para a construção processual. Dentro dessa amplitude, é comum serem observados efeitos e mesmo estratégias dos atores processuais que implicam na afetação do tempo processual. Quer sejam sobreposições

de atos, como a instrução na fase inicial e em Plenário; alegações derradeiras para pronunciamento judicial de decisões que podem ou não enfrentar o mérito; a interposição de recursos de modo sucessivo com reduzida perspectiva de alteração do estado em que se encontra o feito, o que resulta na dificuldade de preparação do caso para ser levado ao julgamento em Plenário e mesmo uma retenção quanto a discussões de teses e apresentação de provas, evitando-se exaurir uma lógica de atuação das partes para não se prejudicar o conteúdo, buscando reservá-lo ao julgamento de mérito pelo Conselho Popular.

A doutrina tem denominado a primeira etapa do procedimento como “juízo da formação de culpa”. Funciona como um esboço limítrofe para as futuras deliberações do júri e define, ao menos de modo transitório, a própria competência do Tribunal Popular, considerando que este pode rejeitá-la no julgamento de fundo. Marrey, Franco e Stoco (1997) esclarecem sobre essa dúplici-movimentação:

A primeira fase é a da “formação da culpa”, ou *judicium accusationis*, na qual se apura a admissibilidade da acusação e se fixa a área ou limite com que vai de ser apresentada em Plenário. Encerra-se com o trânsito em julgado da sentença de pronúncia (...), ou com o arquivamento, no caso de impro-núncia, ou pela absolvição sumária, igualmente ao transitar em julgado a decisão. Na segunda fase, que não pode ter início antes de tornar-se imutável a sentença de pronúncia, correspondendo ao *judicium causae* – julgamento de mérito – já fixada a competência do Júri, decidirá este a partir da acusação formada no libelo, estar provada, ou não a imputação e se procede a pretensão acusatória. (MARREY, FRANCO, STOCO, 1997, p. 129-130)

Observa-se que a validade desse ensinamento não é prejudicada pelo desaparecimento da figura processual do libelo, que deixou de existir com a vigência da Lei n. 11.689/2008 e alteração da redação do art. 413, CPP. Continua revestida de atualidade a explanação em exame, que permite uma compreensão exata da dinâmica procedimental do júri. Pertinente complementar com a referência daqueles mesmos autores que a pronúncia é uma sentença em sentido formal e não substancial, com conteúdo declaratório da admissibilidade do julgamento pelo Conselho Popular (art. 413, *caput*, Código de Processo Penal).

Os fundamentos para esse ato decisório judicial exigem somente o convencimento do juiz togado sumariante, quanto à existência da materialidade e indícios suficientes de autoria ou participação do acusado, realizando-se provisória capitulação legal quanto aos fatos imputados e sua classificação jurídico-penal, isto é, o juiz deve indicar em quais dispositivos legais o réu

estará incurso para julgamento, as eventuais circunstâncias qualificadoras, e as causas de aumento de pena. Esse enquadramento será uma moldura para o julgamento no Tribunal do Júri. Por isso, a advertência de Marrey, Franco e Stoco (1997) de que a linguagem utilizada pelo magistrado para conferir fundamentos à pronúncia não pode ser orientada pela exaustão e profundidade na abordagem das questões probatórias ou jurídicas. Trata-se apenas de aferição da incidência do *fumus boni juris* quanto à justa causa para se convocar o júri, visando o caso concreto.

O excesso de linguagem jurídica na decisão de pronúncia quanto aos temas de competência do júri implica em nulidade do ato. O Excelso STF já reconheceu que essa exacerbação resulta em nulidade absoluta, sequer sendo suficiente o desentranhamento e envelopamento da decisão: RHC 127522 / BA – Recurso Ordinário em Habeas Corpus, Relator: Min. Marco Aurélio, 18 de agosto de 2015.

A situação é sintomática da anomalia provocada pelo paradoxo da primeira fase do procedimento e da decisão de pronúncia. É a verdadeira precarização da fundamentação das decisões judiciais, prestigiando a transparência e a publicidade como exige o art. 93, IX, Constituição Federal. Ou se fundamenta a decisão judicial de maneira adequada, ou não se exige o caráter decisório ao comando judicial, que pode ser interpretado e concretizado de modo exclusivo como forma de impulso às outras fases de determinado procedimento, como medidas e providências de mero expediente. Nem mesmo a aceção de que a decisão de pronúncia tenha uma natureza próxima à cautelaridade, com redução do *standard de prova* em nível inferior àquele ‘além de qualquer dúvida razoável’ evita uma forte tendência à inconstitucionalidade do esvaziamento de fundamentos para a pronúncia.

O juízo cognitivo expedito e não definitivo é feito por órgão judiciário diverso daquele que enfrentará o mérito; o debate dialético já expõe nessa fase temáticas e tópicos próprios ao mérito e não questões vinculadas à preservação do resultado útil do processo, como essência da cautelaridade. Tal configuração é enfática para que se questione o afinamento da pronúncia como fator de equilíbrio da própria relação processual, quando em cotejo com a garantia da razoável duração do processo.

Tanto esforço de postulação e instrução para se chegar em determinado ponto, quando nada será decidido com densidade, não se pode aprofundar sequer em dúvidas e conjeturas sobre a materialidade e autoria ou participação e muito menos nas projeções de exclusão do crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade). O resultado é uma inocuidade e distanciamento da razoável duração do processo.

Porto (2005) designou o procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri como “bifásico” ou “escalonado”, o que permite uma visão finalística de que

na hipótese de admissão da acusação ante o Tribunal Popular se procederá por inteiro: a acusação e o julgamento. É o componente ascendente da estrutura híbrida.

Cuidou ainda de destacar os efeitos da pronúncia (preclusivos e saneatórios), o que é basilar para a pretensão desse estudo. Os efeitos preclusivos são limitados às questões processuais, asseverando-se que foi cumprida a primeira parte do rito e em seguida, se realiza o segundo. Mas essa limitação não invade a esfera da coisa julgada material. Exemplificativamente, se há pronúncia por crime de homicídio simples (art. 121, *caput*, CP) e, posteriormente, surgem provas que justifiquem o aditamento da denúncia para uma mutação que implique em classificação do fato como homicídio qualificado, o réu não poderá ser levado ao júri fora dos limites da pronúncia, salvo se houver o aditamento da denúncia para se incorporar aquele fato até então não discutido no âmbito do devido processo legal e no final daquela etapa inaugural, a qualificadora seja também admitida em nova pronúncia, que terá o condão de substituir a primeira.

Vê-se de modo bastante claro que não existe significativa contribuição da pronúncia para fins de estabilidade da coisa julgada material, que tem a qualidade de outorgar ao processo e, em consequência o conflito que é refletivo naquela relação.

Os efeitos saneatórios da pronúncia, que podem ser extraídos do art. 593, III, CPP teriam a propensão de depurar a discussão de toda e qualquer nulidade até aquele momento. Todavia, essa contribuição é frágil e seu alcance pouco pragmático não colabora como restrições às chamadas nulidades viscerais, absolutas, como a hipótese de incompetência em razão da matéria e pontos relevantes de ofensa ao contraditório e ampla defesa, como defeito na citação ou capacidade postulatória. No máximo, suscita um melhor controle e gestão quanto ao mecanismo da chamada nulidade de algibeira a, que não tem sido admitida pela jurisprudência brasileira: AgRg no HC 732.642-SP, 24 de maio de 2022, Relator: Min. Jesuíno Rissato, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Essa reflexão indica que os efeitos saneatórios da pronúncia não constituem um valor processual que se comunica e dialoga como fator indispensável na orientação da aplicação da razoável duração do processo no procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri. A própria essência da preclusão automática pela ausência de discussão da nulidade no momento de seu surgimento, como efeitos operativos automáticos da preclusão, já atinge aquela consequência, mesmo que não exista uma decisão que especificamente proclamada para um novo estágio processual, no qual não se possa discutir o que já se realizou no bojo do procedimento.

A celeridade do procedimento sumário, apontada até mesmo na nomenclatura que se atribuiu ao conjunto dos atos processuais é uma indisfarçável intenção do legislador. Mesmo que na prática se revele como um paradoxo

em razão da dificuldade de se encerrar a primeira etapa, dotando-se de aptidão o caso concreto ou para afastar o julgamento pelo júri ou de confirmar essa competência e entregar-lhe a deliberação de mérito, o objetivo da dualidade é fornecer estabilidade para a discussão da causa em curto período temporal. Mameluke (2009) afirma que esse procedimento quer se impor pela celeridade, tanto que a audiência de instrução é una e que os eventuais esclarecimentos dos peritos dependem de prévio requerimento e autorização judicial, cabendo ainda ao juiz rejeitar as proposições probatórias que forem consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

Cogita-se como realidade derivada da aplicação teórica à prática, que o procedimento dúplice não tem conseguido nem uma coisa, nem outra. As questões+ não chegam maduras ao júri, ou quando se apresentam nesse formato, existem extensas discussões recursais que enviesam opiniões e posições que mesmo de modo indireto podem repercutir no mérito, tampouco os julgamentos pelo júri têm se realizado em tempo razoável. O art. 412, CPP determina que a primeira fase do procedimento se encerre no máximo em 90 dias.

Contemplada como uma das discussões mais árduas no ambiente inicial do procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, a orientação de que a pronúncia se submete ao princípio do *in dubio pro societate*, isto é, havendo dúvida quem define é o Conselho Popular, por isso, deve ser determinado que o réu enfrente esse julgamento, tem provocado questionamentos quanto à fragilidade nos fundamentos da decisão de pronúncia, uma indevida transferência de responsabilidade para o júri e um certo esvaziamento da própria função julgadora do colegiado, que estaria sendo chamado apenas para homologar casos nos quais não se conseguiu alcançar esclarecimentos indubitáveis quanto ao contexto de autoria e materialidade. O contrassenso é evidente na construção da pronúncia: linguagem concisa, sem excessos nos fundamentos, o que se torna praticamente impossível de se concretizar em razão de pontos de alta indagação, que devem ser compatibilizados com o art. 93, IX, Constituição Federal e, por outro lado, uma exigência de limitação para que o juiz togado sumariante não usurpe a função constitucional do júri.

Campos (2011) orienta quanto à busca de um equilíbrio para se harmonizar esses aspectos que contém parâmetros que se não são excludentes, revelam-se como complexos na tarefa simultânea de fundamentar as decisões e não ultrapassar o limite constitucional:

É praticamente pacífico na jurisprudência e na doutrina que, se houver dúvidas a respeito da autoria do crime, o juiz deve pronunciar o acusado para que os jurados, juízes naturais da causa, decidam. Esse entendimento visa preservar a competência constitucional do júri. Pensamos, entretanto,

que só devem ser enviados a julgamento pelo Júri aqueles processos que contenham provas sérias e confiáveis de autoria e materialidade delitivas, impronunciando-se os demais. (Campos, 2011, p. 24).

É possível concluir que o sumário de culpa, chegando-se ao topo da pronúncia, não é um fim em si mesmo. Exterioriza-se como uma espécie de mediação entre a acusação inicial, configurada e classificada provisoriamente como autorizativa da competência do júri, para ser confirmada. O dispositivo duplo do procedimento opera pela sua própria compleição um retardamento na análise pelo juiz natural dos casos que envolvam os crimes dolosos contra a vida e os conexos. A divisão procedimental com o intermédio da pronúncia é dotada de maneira intrínseca de uma abertura que leva à retenção do fluxo processual, destinado em última análise à decisão integral de todos os aspectos da causa penal na singularidade do júri.

A finalização da primeira etapa do procedimento dual não recebe apenas a decisão de pronúncia. É necessário frisar que o propósito do legislador não é emperrar o procedimento, ao contrário, as hipóteses de impronúncia e absolvição sumária, possuem caracteres fortes de convergência com a razoável duração do processo. A problemática da pronúncia é que repisa postulação e instrução, desafiando recursos e discussões que não só dilatam a relação processual no tempo e, ainda traz o fenômeno da antecipação manipuladora ou de esvaziamento da decisão do Conselho Popular.

Para maior clareza e exatidão, o desfecho da primeira fase procedimental (art. 413-421, Código de Processo Penal) enumera as alternativas finalísticas para a decisão do juiz sumariante: pronúncia, impronúncia, absolvição sumária e desclassificação. Tem-se a impressão de que as três últimas modalidades de decisão poderiam resultar em um apreço à celeridade e aporte da razoável duração do processo como já afirmado. Mas, uma observação mais percutiente permite a conclusão de que tal enunciado não ultrapassa os limites de um sofisma e traz em si uma agravante de densa inconstitucionalidade: subtrai a competência do Tribunal do Júri, logo não levar a júri, impedir o júri de reconhecer sua própria competência e absolver em casos de hipóteses inerciais de júri, sem a manifestação do júri, não é que se aproxima de um equívoco, é um verdadeiro atentado à soberania do Colegiado Popular. O juiz sumariante na hipótese de impronúncia, absolvição sumária e desclassificação usurpa sem meias palavras, o conteúdo que deveria chegar até a manifestação do júri.

Uma figura simbólica que pode expressar essa anomalia que há anos se sustenta no processo penal brasileiro é a mutação do juiz sumariante em uma espécie de mentor ou empresário do Conselho Popular. Verifica de antemão se deve mesmo o espetáculo ou apresentação

dos jurados se realizar, mas não se limita aos aspectos formais. Invade campos de discussões da prova e de categorias jurídicas e sua aplicação, que são condizentes aos conteúdos do mérito. Apenas, quando o magistrado se convence de uma tal pertinência (pronúncia) para o acionamento do júri é que mobiliza para o seu chamamento, sem que se possa separar por impossível, uma tendência à confirmação, que pode ser mais leve ou forte dependendo da hipótese concreta. O estágio atual das instituições e atores do foro, a organização e evolução da própria sociedade civil brasileira parece não precisar do protótipo de um guarda-costas ou curador para o júri. Se esse impasse for colocado em termos da possibilidade exclusiva do júri decidir por razões metajurídicas, não podendo fazê-lo o juiz sumariante, conclui-se de que o sistema brasileiro realiza um mero ensaio de preservação da competência do Conselho Popular.

No caso da impronúncia, o art. 414, CPP o convencimento judicial é no sentido oposto. Há detecção da ausência da materialidade ou de indícios suficientes da autoria ou participação. Como expressado em Silva (2022), a *ratio essendi* (razão de ser) da impronúncia consiste na inadmissibilidade de que o caso na configuração trazida até aquela fase seja levado ao conhecimento profundo do júri. A incerteza quanto à existência do episódio com as circunstâncias descritas na denúncia, indicativas a princípio de conformação de um crime doloso contra a vida, tentado ou consumado, impede a confirmatória que convoca o Tribunal Popular, ou esse desfecho ocorre por impotência dos meios probatórios que sustentam o vínculo de autoria ou participação.

Respeitando-se a prescrição e o surgimento de prova nova, a decisão de impronúncia é resolúvel, o que faz vislumbrar uma possibilidade de que o acusado, posteriormente seja levado ao julgamento de mérito pelo Conselho (art. 414, parágrafo único, CPP). No entanto, o que poderia ser identificada como uma cláusula de proteção contra a injustiça, se transforma em um arranjo que leva à instabilidade processual e, por isso, se projeta na repercussão negativa quanto ao aprimoramento das relações sociais, que o processo e a resposta das agências penais podem obter pelo julgamento que absolve ou condena no mérito.

Ora, não há disponibilidade de informações estatísticas ou essas não são conhecidas quanto ao aditamento da acusação, após uma impronúncia e que na deflagração da continuidade processual se chegue à pronúncia, com o convencimento de que a matéria deveria mesmo ser exposta ao Tribunal do Povo. Cogita-se com base em mera intuição que os casos são raros. A não obtenção de prova imediata ou mediata, aguardando-se o curso de relação processual, para em seguida chegar a essa construção é providência complexa e difícil, pois os indícios com o desenvolvimento do tempo possuem a natural tendência de dissolução.

Esse quadro implica em considerar até mesmo pela indispensável afinidade com a razoável duração do processo que a prova deve ser colhida na sua integridade escoreta o quanto antes, apta à produção dos resultados de mérito. É fato, de que em excepcionais hipóteses de complexidade, a natureza ardua e difícil da reunião dos elementos levam a um grau maior de dificuldade. Contudo, a divisão do procedimento como um anteparo ao chamamento do Tribunal Popular contribui para a instabilidade da difusão enorme do tempo processual e o que é mais grave, posicionando-se o juiz sumariante como um tutor do júri, confere a ela (decisão) uma grandeza que não se assenta no comando constitucional do júri, pois remete ao seu poder decisório a avaliação profunda quanto a uma certa magnitude da prova sobre o fato e autoria ou participação do réu. Consiste assim, em violação à soberania do Conselho.

Os melhores esforços no sentido de superar essa antítese, sem dúvida, seria *a priori* atribuir as condições necessárias para na fase da persecução penal no módulo de investigação serem colhidos todos os elementos indispensáveis e úteis para os esclarecimentos do episódio. Articulada a imputação, o seu desenvolvimento em juízo já conta com o devido processo legal, contraditório, ampla defesa e plenitude de defesa com a fase de instrução diretamente na presença do Conselho de Sentença, sobretudo, nos aspectos da prova oral, realizando-se uma única vez essa mobilização, sem intermediações que afetam a independência e autonomia do júri e trazem como efeito colateral o esmagamento de uma perspectiva de razoável duração do processo, atingindo direitos da vítima, seus parentes, coletividade e do réu na consecução de um julgamento isento e célere.

A absolvição sumária na primeira etapa do procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri é um outro mecanismo que dribla uma suposta vantagem para a razoável duração do processo, mas na realidade sanciona uma intervenção incabível na seara de autonomia, independência e, sobretudo, soberania dos veredictos. Ora, é estabelecida com a absolvição sumária uma espécie de apoio prévio ao júri. Se há certeza de que não se precisa do júri, não pode ele mesmo dizer, cabendo ao juiz sumariante exercer tal papel de modo patriarcal. É a síndrome do juiz demiurgo, que não obstante o júri ter a função natural para julgar aqueles casos, como o resultado é evidente para absolver, o sumariante já controla e organiza essa realidade.

O art. 415, I a IV e seu parágrafo único, Código do Processo Penal descreve os casos que justificam a absolvição sumária. São hipóteses de comprovação da inexistência do fato; prova da ausência de autoria ou participação; conclusão de que o fato não constitui infração penal e motivo para a exclusão do crime ou isenção de pena, salvo a hipótese de inimizabilidade motivada no art. 26, Código Penal, se for a única tese defensiva.

A constitucionalidade do dispositivo é insustentável. Trata-se de uma exceção de outorga ao juiz sumariante para invadir a esfera de deliberação reservada pela Carta Magna ao Tribunal do Júri, sem que a Constituição tenha autorizado. O eventual ganho de não se submeter o caso ao júri, quando fosse hipótese de sua manifestação se perde na ofensa ao próprio texto da Constituição Federal e em razão de uma predisposição de convencimento de que nos casos nos quais o juiz sumariante decida pela pronúncia, essa assertividade é anúncio de um efetivo pré-julgamento, pois a hipótese ultrapassa a baliza do filtro inicial. Importante salientar que as discussões sobre existência ou não do fato; derivações da análise probatória quanto a autoria e participação constituem cenários de intensa discussão. Assim, a anomalia não cessa com os aspectos já mencionados, mas avança em torno de uma necessidade de fundamentação pelo juiz sumariante para atender ao comando do art. 93, IX, CF, que no caso deve levar ao *standard* da ausência de dúvida razoável, o que provoca aquela consequência que se busca evitar com a linguagem moderada da pronúncia, se a situação processual é revertida no julgamento de apelação em desfavor da absolvição sumária proferida em primeiro grau de jurisdição pelo juiz sumariante.

Quando se trata de exclusão do crime ou culpabilidade, o perfil das análises envolvem certamente de modo simultâneo aspectos de direito e prova. E se a capitulação inicial do fato enquadra-se nos crimes de competência do Tribunal do Júri, só poderia ser esse órgão a deliberar quanto ao pretenso esgotamento no conceito analítico do crime, quer por ausência da tipicidade, exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade, encaminhando uma decisão absolutória, cuja deliberação só pode ser reconhecida se o direito processual penal quiser se harmonizar com a Constituição Federal, pelo Tribunal do Júri.

O patriarcal juiz sumariante adquire poderes tutoriais no procedimento híbrido, inclusive com os riscos de contaminação do ineditismo do pronunciamento do júri, quando hipóteses tais quais a absolvição sumária envolva recursos e outras discussões, até se sedimentar para que o júri decida, se for o caso. Com o formato do procedimento misto e o rol com extensas motivações para a absolvição antecipada, o júri acaba se tornando uma espécie de satélite do sumário de culpa.

A desclassificação do crime de competência do Tribunal do Júri que pode ser operada com a decisão interlocutória do art. 419, CPP, quando o juiz sumariante discordar da acusação, face à existência de crime previsto no art. 74, § 1º, CPP (dolosos contra a vida, tentados ou consumados), afigura-se ainda como o suprassumo da inadequação constitucional do procedimento, violando a regra de competência. Ora, uma reflexão consistente sobre a possibilidade de desclassificação nesse estágio leva à conclusão de que somente o Tribunal do Júri não tem a oportunidade de manifestar-se sobre a sua pró-

pria competência, se não conta com a premissa inicial de aceitação do juiz sumariante. Uma dependência de tal natureza, totalmente dissociada do que preconizado pelo Texto Constitucional. O que era para ser um aparádor, torna-se definidor da competência, sem que o Júri se manifeste.

A divisão tópica com fases distintas no procedimento do Tribunal do Júri e com ênfase na decisão de pronúncia e as outras de impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação trazem uma implícita repercussão quanto à constitucionalidade de sua previsão, se tensionado o tempo processual com a razoável duração do processo. Quando são pensadas as hipóteses de desdobramento da relação processual em virtude de os atos decisórios desafiarem recursos, a extensão do tempo carrega consigo, o risco de usurpação da função decisória dos jurados e a influência sobre o Conselho de Sentença. As decisões de impronúncia, absolvição sumária e desclassificação trazem de modo muito nítido, um espectro de inconstitucionalidade por não permitir a valoração efetiva da soberania dos veredictos, subtraindo indevidamente do júri, a definição do mérito da causa penal posta em juízo.

A anomalia existente não pode servir de incentivo a soluções apressadas, que resultem uma eliminação da etapa, mas permitindo que a acusação por si só adquira uma proeminência que não detém, pois deve ser sempre condicionada à admissibilidade pelo controle da jurisdição. Por isso, a simples eliminação da primeira fase e a submissão direta da acusação ao Tribunal do Júri sem qualquer decisão do juiz togado, que pode ser o próprio juiz presidente do júri, conduziria à nefasta consequência de excesso acusatório. Mas, quando já se sabe de antemão que não existe uma fase intermediária, a concentração de melhor arrecadação de indícios, provas e outros elementos elucidativos do caso devem encontrar na etapa de investigação um ponto chave para servir de exposição dos fatos em âmbito judicial, com o enfrentamento das refutações e objeções. Soma-se a isso a necessidade de que o juiz togado ao admitir e receber a peça de denúncia profira decisão com fundamentos plausíveis, com ponderada linguagem sobre a probabilidade do direito e outros parâmetros técnico-jurídicos de admissibilidade da acusação como competência, ausência de prescrição, entre outros.

Um modelo que pudesse substituir a fase bifurcada ou mesmo reduzir a instrução e a decisão intermediária, poderia ainda contar com a inicial citação do réu para resposta em prazo de 10 dias, podendo se quiser articular toda a matéria de defesa, sobrevivendo decisão que recebe ou não a denúncia, determinando a submissão do caso ao Tribunal do Júri, onde toda as teses e provas remanescentes serão produzidas, salvo aquelas irrepetíveis, cautelares ou antecipadas, autorizando-se caso a caso, a sua produção se relevante, quando não for possível a produção em Plenário do Júri.

2.3. Mês Nacional do Júri

A Portaria n. 69/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) teve como objetivo central: “Instituir a política judiciária de realização anual de esforço concentrado de julgamento dos crimes dolosos contra a vida (Mês Nacional do Júri), definindo diretrizes e ações para garantir a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, nos termos da legislação nacional vigente e das normas internacionais de direitos humanos sobre a matéria para que os juízes e os tribunais.” Segue a descrição naquele texto quanto as providências recomendadas para se chegar ao objetivo traçado. Várias medidas foram adotadas no sentido de se alcançar uma primazia na obtenção razoável duração do processo penal de competência do Tribunal do Júri.

A disposição sobre a qual busca apoiar a compreensão hipotética no caso em estudo diz respeito àquela prevista no art. 1o, I, da referida Portaria, isto é, o esforço concentrado dos Tribunais para a realização anual do Mês Nacional do Júri, em novembro de cada ano, realizando-se em todas as Comarcas os julgamentos dos crimes dolosos contra a vida, na proporção ao menos de uma sessão do Tribunal do Júri por dia útil semanal, com preferência para os casos de réus presos.

A Portaria determinou ainda que dados estatísticos sobre a medida fossem produzidos, organizados e divulgados a cada período anual, sendo aqueles constantes do relatório *Mês Nacional do Júri 2019* (CNJ, 2019b), serão observados no âmbito dessa reflexão. O indigitado relatório foi divulgado em 2020 e está à disposição para verificação e consulta.

2.4. Estatísticas

O emprego da estatística nas Ciências Humanas pode levar a uma dúvida de eficácia e de exatidão na amostragem, quanto ao objeto e todas as cogitações que possam se relacionar com as hipóteses, ao partir do pressuposto que resultam de dados frios e duros. Nesse sentido, podemos citar Bourdieu (2006) e sua conhecida crítica sobre o nexo entre os dados empíricos e as hipóteses que confirmam ou não a hipótese suscitada, no entanto, Levin (2006) encontra nas informações estatísticas uma forma confiável para confirmar hipóteses. Trata-se, segundo o autor, de uma espécie de antídoto contra as ideias já arrumadas, arranjadas e pré-concebidas. Com isso, a estatística permite nomear ou designar pelo viés da mensuração; em seguida, autoriza uma organização ou ordenação de dados e, por último, com base em *escores* chega-se a uma descrição de uma amostra, testável em relação às hipóteses.

Assim, mesmo que haja um trânsito de indistinção entre os métodos quantitativo e qualitativo, a estatística

é um instrumento que abre um descortinar de informações, e permite a sultura no fornecimento das impressões que fomentam a tarefa do pesquisador. É sob essa orientação que se busca o lastro da amostragem estatística do Relatório acima referido para o teste das hipóteses pensadas, previamente cientes de uma vastidão de complementaridade que pode ser angariada para a maturação do estudo e outros achados.

O relatório *Mês Nacional do Júri 2019* (CNJ, 2019b) possui 40 páginas, com a seguinte divisão: Apresentação, Introdução, Resultados Gerais, Conclusão e Glossário. A diretriz de abordagem do presente artigo se concentrou mais propriamente nos Resultados Gerais, em razão da leitura permitida a partir da amostragem para fins de tensionamento com as hipóteses. Os Resultados Gerais foram distribuídos por sua vez, em diversas tabelas e figuras, tabulando-se comparativos numéricos sob diversas referências quantitativas e qualitativas, ao enfoque do período de 2016 a 2019, como o número de processos pendentes, sessões do Tribunal do Júri realizadas por Tribunal da Federação, resultados de condenações e absolvições e de acordo com perfis de vítimas e acusados, como a hipótese de policiais e feminicídios e épocas dos crimes, bem como, o comparativo entre os anos que formam o período mencionado.

Face a toda essa gama de informações, que se reputa inédita no Brasil, ressalta-se a relevância da reunião e organização desses dados. Em um recorte condizente com as hipóteses consideradas, foi selecionada aquela descrita no item “c” do item 1.2 acima como determinante: existem parâmetros estatísticos que fundamentam o congestionamento processual na etapa da pronúncia e seus desdobramentos, com o retardamento do julgamento pelo Plenário do Júri? É a partir dessa resultante e outros informes que incluem a aferição das categorias jurídicas do procedimento híbrido do Júri e as decisões interlocutórias associadas à razoável duração do processo que se pretende atingir a finalidade do presente estudo.

O quadro geral que aparece na Figura 1 do Relatório revela que nos 27 Tribunais de Justiça do Brasil, até 31 de outubro de 2019, existiam 147.897 casos pendentes de julgamento de competência do Tribunal do Júri. Desse universo, 30.566 casos se referiam a processos com pendências de pronúncia. Ainda, 5.012 casos foram pautados no período, com 177 desclassificados e 3.653 com Júris realizados.

Ao se aproximar o montante do acervo com o total de casos com decisões de pronúncia, mas pendentes para julgamento, ou seja, não estão preparados para a remessa ao Tribunal do Júri e julgamento de mérito, percebe-se que cerca de 20,6% dos processos atingiram no momento da pronúncia uma estagnação. O Relatório não apresenta dados que possam esclarecer as fases processuais dos 117.331 casos que não estão ainda aptos, mas com pendências que não contam com pronúncias proferidas.

Obviamente que a motivação da pendência se vincula ao cumprimento da primeira fase procedimental dos crimes de competência do Tribunal do Júri, e em relação àqueles com pronúncia, os desdobramentos recursais ou que visam ao agendamento da sessão do Júri.

Em verificação à Figura 2 que trata da série histórica (2016/2019) e sessões designadas e realizadas na Semana Nacional do Júri por ano, conclui-se pela redução do número de sessões em comparação com os anos de 2016 e 2017, embora a média anual se submeta a uma constância de 75% dos casos. A revelação pela redução, seguida de estabilidade implica considerar que o percentual de retenção de feitos na fase da pronúncia não é um evento episódico ou sazonal, mas tem como fonte a suspensão pela continuidade das discussões atinentes à primeira fase do procedimento por intermédio dos recursos, quanto à decisão de pronúncia.

Alterando-se mesmo que sem qualquer movimento brusco a comparação dos dados chega-se à conclusão de que a pendência que não envolve definição posterior à pronúncia abrange um quantitativo muito superior do que é pautado (147.897 x 5.012), significando dizer que a congregação dos esforços do Conselho Nacional de Justiça junto a todos os Tribunais de Justiça para equalizar a entrega da prestação jurisdicional do Júri, compatível com o volume de homicídios no Brasil (45.503 casos) em 2019 desafia uma colossal produtividade, distante como consecução racional (IPEA, 2019).

A cada ano do esforço concentrado são somados quase que dez vezes mais o quantitativo de casos novos, o que somados aos constantes no acervo não revela com o mínimo de padrão a definição do tempo para que possa efetivamente ser julgado. Por lógico que não se computam nessa percepção o trabalho que as Unidades Judiciárias em todo o Brasil com competência para os julgamentos pelo Júri realizam de modo ordinário. Se conseguissem realizar a mesma média do mês de novembro no Mutirão, o que se sabe difícil pela complexidade, talvez não teriam feitos aprontados para o julgamento pelo Conselho Popular, justamente pela solução de continuidade que a primeira etapa e a pronúncia provocam no enorme distanciamento entre a época do fato e a época do concreto julgamento.

Outro dado de suma importância para uma inevitável concepção de que não foi adotado o princípio da razoável duração do processo nos crimes de competência do Tribunal do Júri é a referência aos chamados crimes antigos. A metodologia do Relatório considerou como tais, aqueles cujas denúncias foram recebidas até 31 de dezembro de 2015, que somavam 40,7% dos processos com júris designados, alcançando 68% na realização das sessões.

Não existe nenhuma alusão a outros itens dos casos que sugerisse uma identificação da data do fato e a relação do recebimento da denúncia com o tempo de

estabilização da pronúncia. Todavia, ao se evocar o prazo de 90 dias que o legislador entendeu pertinente para a finalização da primeira etapa do procedimento do júri (art. 412, CPP), conclui-se que uma data idealizada de liberação do processo para o júri, chegaria em 31 de março de 2016. A circunstância de que os julgamentos são realizados em novembro de 2019 é sintomático de um intervalo de quase quatro anos para que o júri consiga julgar os casos antigos.

Ajusta-se a essa observação a conclusão do próprio relatório no sentido da maior dificuldade de realizar os julgamentos dos casos que envolvam crimes antigos, quando pondera comparações na Figura 3. A média geral é de 75% de júris realizados, ao passo que nessa categoria só atingiu 68%.

Reputa-se que outras versões do relatório no futuro podem angariar dados mais precisos e informações mais esclarecedoras para se desvendar o fenômeno da retenção de casos de julgamentos pelo Tribunal do Júri no Brasil. Indicativos que exigem maior estudo e aprofundamento, contudo, estão evidenciados no relatório em análise. Dados que apontam para a existência das fases duplas no procedimento e com destaque para a decisão de pronúncia como um embaraço para a obtenção de um padrão de celeridade mais condizente com os quantitativos de fatos derivados da competência do Tribunal Popular para julgamento de casos que são classificados como violência contra a pessoa humana no Brasil.

Inicia-se essa afirmação com a disparidade entre os números de casos pendentes e pendentes com pronúncia, em comparação com os números registrados por ocasião do mês de novembro de 2019 em julgamentos efetivados e com a série histórica (2016/2019) e mesmo no cenário de se cogitar do cômputo da produção de julgamentos pelo Júri ao longo de todo um período anual, em comparação com o número de casos que podem ser classificados como da competência do juiz natural dos crimes dolosos contra a vida.

O reforço a essa consideração exterioriza-se pela perspectiva de que o encerramento da fase cognitiva inicial não atinge o marco temporal, entendido pelo legislador como compatível com a razoável duração do processo. Pode-se conjecturar que exista um retardamento da ordem de aproximadamente quatro anos entre o que deveria ser a preparação até a efetividade do julgamento pelo Tribunal do Júri.

2.5. Supressão da primeira fase e da pronúncia

A grande demanda do Tribunal do Júri como órgão de julgamento do Poder Judiciário no Brasil é concretizar a sua contribuição no enfrentamento das questões sociais e humanas relacionadas à violência. Não se atribui a essa

tarefa, a solução para o complexo problema. Dúvidas, todavia, não existem de que a realização do julgamento dos casos de sua competência com a maior efetividade, celeridade e segurança serve como adição ao trabalho que deve ser realizado por outros setores da sociedade e do Estado para melhorar os índices dos registros de caso e, assim, colaborar para a pacificação social.

Quando se transporta a garantia constitucional da razoável duração processo para os casos de julgamentos pelo Tribunal do Júri, tratando de eventos imbricados com o fenômeno da violência intencional contra a pessoa humana, tanto em relação às respostas que devem ser ofertadas às vítimas, familiares, coletividade e a solução frente aos réus soltos e com mais urgência ao acusado preso que aguarda julgamento, há necessidade de se equilibrar os dois flancos humanísticos que se extraem dessa conjuntura. A razoável duração do processo aplicada ao júri deve se ater a esses dois âmbitos.

A incompatibilidade da morosidade com a resposta do Tribunal do Júri é indiscutível. E se a resposta se apresenta como a obtenção da decisão que cuida do mérito, torna-se inquestionável que a análise do procedimento como caminho ou percurso que leve àquele resultado seja objeto de reflexão. Traduzida essa impressão para o procedimento híbrido dos crimes de competência do Tribunal do Júri deve ser anotada e destacada seu formato pesado, com divisão em etapas que dificultam a estabilidade da discussão, renovação de atos como a instrução, usurpação de competência do juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, enfim, toda uma construção hermenêutica antiquada e disfuncional.

O procedimento é apenas o meio para se chegar à substância concreta. Se não é prestante a essa finalidade, não existem motivos para seu encastelamento no palácio da imutabilidade. É indispensável discutir, suggestionar e realizar experiências, sempre com a cautela de não permitir a redução de garantias. Assim, a modificação do procedimento misto, de modo mais elementar para permitir que a acusação estruturada chegue inédita e em condições de julgamento pelo Conselho Popular em tempo mais rápido, é objetivo que deve ser perseguido.

Se desde a denúncia a probabilidade da instauração da ação penal estiver autorizada e essa manifestação deve se originar de decisão judicial fundamentada, não teria que submeter a uma espécie de laboratório da denúncia na primeira fase do procedimento híbrido. A observação de Rangel (2012) quanto ao erro de se valorizar o *in dubio pro societate* já no recebimento da denúncia seria medida suficiente para a exclusão da primeira etapa do procedimento do júri. Claro que a análise não deve ser exauriente, mas não se revela consentâneo com as garantias penais constitucionais de diversas matizes, a ação penal que quer fazer averiguação ou apuração.

A justificativa para a primeira fase e a pronúncia seguem a mesma linha de raciocínio. O engessamento da

relação processual é consequência inevitável da reiteração de atos processuais intermediários. Ao suprimir a pronúncia, a transparência da comunicação direta com o Júri Popular criará as condições necessárias para a ampliação da qualificação das decisões sob o signo poderoso da razoável duração do processo, o que não tem se alcançado como confirmam os dados constantes do Relatório acima referido.

Trata-se da exigência de uma mudança de cultura e mentalidade para que a hermenêutica jurídica se conduza diante do cenário que exige a razoável duração do processo. Se a finalidade de um juízo prévio de formação da culpa, como aponta Nucci (2008) é evitar o erro judiciário, com o julgamento equivocado por pessoas leigas, mais potencialmente a condenação indevida, pois o Estado se obriga a essa eficiência (art. 5o, LXXV, CF) antecipar esse controle para uma fase inicial de citação seguida de resposta e recebimento da denúncia de forma fundamentada é providência que valoriza a competência constitucional e atende à razoável duração do processo. Não existe mais a necessidade de condução da sociedade nas suas deliberações como se o cidadão fosse um dependente ou incapaz, cuja tutela se mostrasse imprescindível. O nível de circulação das informações na sociedade midiaticizada e mesmo a capacitação das instituições da Magistratura, Ministério Público, Advocacia e Defensoria Pública na atualidade é mais do que suficiente para se assegurar paridade de armas, ampla defesa, contraditório e plenitude de defesa em julgamentos populares.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao lançar essa preocupação quanto à verificação da necessidade de aprimoramento do procedimento quanto aos crimes de competência do Tribunal do Júri e seu ajuste ao princípio da razoável duração do processo, pode-se constatar pelo conteúdo da dogmática de que não existe uma finalidade em si própria, quanto a divisão do procedimento em etapas e do marco intermediário da decisão de pronúncia. Assim, a estrutura tem como objetivo servir de pulverização quanto a imperfeições e incongruências para se levar ao Tribunal do Júri a causa penal em condições de julgamento.

Nessa trajetória, alguns embaraços são identificados de pronto, como uma tendência permanente de invadir a esfera de competência meritória do Conselho Popular, seja corroborando a hipótese de sua intervenção ou mesmo declarando-a desnecessária, pois evidencia-se motivo de sua não convocação, como os casos de impronúncia, absolvição sumária e desclassificação na fase sumária, o que abre perspectiva de inconstitucionalidade pela usurpação da competência assegurada pela Carta Política ao Tribunal do Júri, ao menos para os crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados.

Associando-se os elevados números da violência no Brasil, que em todo o ano apresenta milhares de casos de homicídios dolosos, tentados ou consumados, é perceptível uma permanente demanda pelos julgamentos de competência do Tribunal do Júri. A última grande reforma legislativa no procedimento ocorreu no ano de 2008 e conseguiu avanços que tornavam o trâmite ainda mais moroso: casos da supressão do recurso do protesto por novo júri e do libelo. Em 2019, o chamado Pacote Anticrime, também trouxe alteração significativa, objetivando execução imediata das condenações proferidas pelo Júri, cujas penas fossem iguais ou superiores a 15 anos de reclusão (alteração ao art. 492, CPP).

Por outro lado, o Conselho Nacional de Justiça adotou em nome do Estado Brasileiro na esfera de sua atribuição e competência, medidas em torno da política judiciária nacional visando a concentração de esforços para acelerar o julgamento dos crimes pelo Tribunal do Júri em todo o mês de novembro de cada ano, além de outras providências para se assegurar uma mudança de paradigma no que se pode concluir como *deficit* do acervo estagnado ou congestionamento, incompatível com a proteção aos Direitos Humanos e razoável duração do processo. Os dados informados, organizados e divulgados sob a orientação de referências estatísticas produziram uma radiografia do Tribunal do Júri, permitindo a inferência quanto a algumas necessidades e prognósticos.

O somatório atingido pelo estudo doutrinário do procedimento e os dados emanados do relatório *Mês Nacional do Júri 2019* (CNJ, 2019b) permitem com apoio dos fundamentos desenvolvidos nos itens acima, responder as hipóteses anotadas nas alíneas “a”, “b” e “c” do item 1.2. Assim, deve ser considerado em relação ao primeiro enfoque, que o Estado Brasileiro tem devotado enfrentamento à necessidade de se compatibilizar a razoável duração do processo, aplicada aos casos de competência do Tribunal do Júri, seja pelo processo legislativo com a participação do Poder Legislativo e Executivo, em razão das proposições dos projetos de lei e sanção, como o Poder Judiciário por intermédio do CNJ – Conselho Nacional de Justiça através da Portaria n. 69/2017 e a produção e divulgação do relatório.

O segundo ponto deve ser ressaltado como negativo da obtenção do resultado, ou seja, a divisão no procedimento dos crimes de competência do júri não assegura uma melhor gestão do tempo do processo, que resultasse benéfica à luz dos direitos humanos nos ângulos suscitados pela questão problema. Ao contrário e, umbilicalmente o dado se prende também à questão terceira, a divisão tem acarretado congestionamento processual na fase da pronúncia, segundo a estatística do relatório acima referido, que o contingente de feitos pendentes com pronúncia proferida alcança 20,6% do universo de casos pendentes, presumidos os remanescentes como feitos ainda na fase inicial, que não chegaram à etapa daquela decisão interlocutória.

Acresce-se a essa observância, que os crimes mais antigos (recebimento da denúncia até 31 de dezembro de 2015) apresentam uma indicação de tempo mínimo para serem julgados, entre a pronúncia e o Plenário de aproximadamente quatro anos e são mais difíceis de terem as sessões do júri realizadas. Ao se considerar a média do tempo geral de tramitação dos processos do júri em seis anos (feitos baixados) e sete anos (feitos em andamento), segundo o *Diagnóstico das Ações Penais de Competência do Tribunal do Júri* (CNJ, 2019a), realizado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça, não há conjecturas de que o tempo será reduzido se não for adotada alguma medida procedimental, porquanto em relação aos casos vigentes a média tem projetado acréscimo. Por último, o presente estudo com os aportes dos elementos estatísticos considera que a supressão da pronúncia ou mesmo de todo o procedimento inicial dos crimes de competência do Tribunal do Júri significaria um forte alento para uma significativa melhoria nos padrões de julgamento do mérito pelo Tribunal do Júri, em grandiosa harmonização com a razoável duração do processo e a efetividade dos Direitos Humanos, nos seus múltiplos vieses deflagrados pelo conflito da violência humana que resulta no acionamento do julgamento criminal pela própria Sociedade.

Observa-se um aspecto da maior relevância quando se trata da modificação essencial no procedimento, nenhuma alteração será legítima se significar uma redução das garantias dos acusados, vítimas, familiares e coletividade. A inovação deve se atentar para a necessidade que após o oferecimento da denúncia, a etapa de admissibilidade da acusação perante o Poder Judiciário seria estruturada com uma etapa prefacial na qual o próprio juiz presidente do Tribunal do Júri determinasse a citação do acusado para que em 10 dias apresentasse a resposta com as teses que reputar convenientes. Em seguida, o magistrado decidiria com fundamentos concisos, mas aptos à resolução da densidade dialética como apresentada naquela fase, pelo recebimento ou não da denúncia e, na primeira situação, determinando a submissão do acusado perante o Tribunal do Júri, deferindo as provas requeridas pelas partes para serem produzidas em Plenário e de imediato aquelas que fossem antecipadas, irrepetíveis e cautelares se necessárias.

A mudança ainda deve permitir ao juiz a extinção da punibilidade apenas nos casos previstos no art. 107, I, CP, sendo vedada a rejeição da denúncia com base nos motivos da impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação (art. 414, 415 e 419, CPP). O recebimento ou rejeição parcial da denúncia seria admissível, oportunizando as partes o recurso sem efeito suspensivo do julgamento. Salvo exceções justificadas por decisões que concedam a suspensão no âmbito dos respectivos recursos, como ocorre nos moldes do recurso em sentido estrito (art. 581, I, CPP) cumulada com medida cautelar

para os casos de não recebimento e *Habeas Corpus* para as hipóteses de recebimento da denúncia.

Dissolvidos os obstáculos determinantes da retenção no fluxo da marcha processual, retira-se do invólucro do procedimento a pecha de moroso, possibilitando a entrega mais célere ao responsável pelo julgamento meritório e, assim, a decisão em tempo razoável. O empreendimento dessa alteração poderá impactar na reestruturação de algumas organizações judiciais, para que outras Unidades com competência para o Tribunal do Júri sejam preparadas, evitando-se que o congestionamento não passe a ser detectado na preparação e execução das pautas e sessões periódicas.

O argumento trazido nesse estudo tem como máxima pretensão apenas analisar o que parece ser um entrave para a razoável duração do processo no Júri. Traz com isso, a outras elevadas análises, a discussão em torno da possibilidade da modificação procedimental nos casos de competência do Tribunal do Júri. Reconhece a complexidade do tema e que os balizamentos nos dados estatísticos são apenas uma amostragem prefacial e que outros informes podem e devem ser produzidos para maior clareza quanto às alternativas que podem ser construídas em prol do aprimoramento do processo penal brasileiro.

A estratégia de superação, não se conforma com a acomodação do problema que causa incômodo. Ela é a própria pesquisa, que no mínimo auxilia a caminhar.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Lisboa: Editora Almedina, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **A distinção: crítica social do julgamento**. Porto Alegre: Zouk, 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.html. Acesso em: 3 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 3 fev. 2023.

BRASIL. **Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841**. Reformando o Código de Processo Criminal. Brasília: Presidência da Repú-

blica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM261.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%20261%2C%20DE%203%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201841.&text=Reformando%20o%20Codigo%20do%20Processo,e%20Defensor%20Perpetuo%20do%20Brasil. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 263, de 23 de fevereiro de 1848**. Modifica a competência do Tribunal do Júri e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/l263.htm. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 5.941, de 22 de novembro de 1973**. Altera os artigos 408, 474, 594 e 596, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l5941.htm#:~:text=O%20r%C3%A9u%20n%C3%A3o%20poder%C3%A1%20apelar,-de%20que%20se%20livre%20solto.. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11689.htm. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (5. Turma). **AgRg no HC n. 732.642/SP**. Relator: Ministro Jesuíno Rissato, 24 de maio de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=019141>. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). **RHC 127522/BA-Bahia**. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS – EXCESSO DE LINGUAGEM NA PRONÚNCIA – ENVELOPAMENTO – INSUFICIÊNCIA. Reconhecido o excesso de linguagem da pronúncia, causa de nulidade absoluta, cumpre anulá-la, determinando-se que outra seja prolatada, não sendo suficiente o desentranhamento e o envelopamento da decisão, em atenção ao parágrafo único do artigo 472 do Código de Processo Penal e à vedação aos pronunciamentos ocultos. Brasília/DF: Relator: Min. Marco Aurélio, 18 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.1:acordao;rh:hc:2015-08-18;127522-4749868>. Acesso em: 10 fev. 2023.

CAMPOS, Walfredo Cunha; VASCONCELLOS, Clever Rodolfo Carvalho (coord.); MAGNO, Levy Emanuel (coord.). **Tribunal do**

Júri. São Paulo: Atlas, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. [S. l.]: Editora Bookseller, 2001.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico das ações penais de competência do Tribunal do Júri**. Brasília: CNJ, 2019a. 41 p. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/553b50f521d5d129f155d820729b8464_4bde6f567b21f4790c5b11e4aedf1d92.pdf. Acesso em: 2 fev. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portaria CNJ n. 69**, de 11 de setembro de 2017. Institui o Mês Nacional do Júri como esforço concentrado de julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2461>. Acesso em: 17 fev. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório estatístico: Mês nacional do júri 2019**. Brasília: CNJ, 2019b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Relatorio-Mes-Nacional-do-Juri-2019.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

INSTITUTO DE PESQUISA APLICADA. **Atlas da violência**. Brasília: IPEA, [2019].

LEVIN, J.; FOX, J. A. **Estatística para Ciências Humanas**. 9. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAMELUQUE, Leopoldo. **Manual do novo júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Teoria e prática do júri**. 6a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Juizes do Tribunal do Júri correm contra o tempo e impunidade de assassinos**. Agência CNJ de Notícias, Brasília, 27 de abr. de 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/juizes-do-tribunal-do-juri-correm-contra-o-tempo-e-impunidade-de-assassinos/>. Acesso em: 2 fev. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri: procedimentos e aspectos do julgamento**. Questionários, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Amaury. **Tribunal do júri**: teoria e prática. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 4, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAPPALA, Amália Gomes. A garantia da duração razoável do processo e o pronunciado preso. **Revista IBCCRIM**, v. 14, n. 167, p. 13, ou. 2006.

Amaury Silva

Juiz de Direito no TJMG há 25 anos. Professor Universitário na Graduação e Pós-Graduação. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Mestre em Estudos Territoriais ênfase em Criminologia e Direitos Humanos. Doutor em Ciências das Comunicações interface com Direito.

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NOS ESTADOS-MEMBROS DO MERCOSUL

PERSONAL DATA PROTECTION IN THE MERCOSUR MEMBER STATES

Claudia Lima Marques

Cíntia Rosa Pereira de Lima

Kelvin Peroli

RESUMO: Diante da sociedade informacional, o direito à proteção de dados pessoais tornou-se uma quintessência para qualquer discussão ético-jurídica. Desse modo, no contexto da emergência de um fluxo transfronteiriço de relações sociais e de relações comerciais, o desenvolvimento de uma integração econômica multilateral requer, por óbvio, a atenção à efetividade desse direito. É com esse entendimento que este artigo tem por objetivo, pelo método comparativo, demonstrar o estado da arte sobre a proteção de dados pessoais nos Estados-Membros do Mercado Comum do Sul (Mercosul) – Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Essa comparação é útil por se constituir como uma ferramenta a um diálogo multilateral, no âmbito do Mercosul, que endossa a imprescindibilidade da construção de um sistema de proteção de dados pessoais harmônico entre esses países para o pleno desenvolvimento da integração econômica.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de dados pessoais. Direito Comparado, Mercosul. Direito à privacidade, legislação. Direitos da personalidade, legislação. Mercosul.

ABSTRACT: The right of personal data protection, in the face of the informational society, has become the quintessential element for any ethical-legal debate. In that vein and in the context of the emergence of a cross-border flow of social and trade relations, the development of a multilateral economic integration obviously requires attention to the enforcement of this right. It is with this understanding that this paper aims, through the comparative method, to demonstrate the state of art on the personal data protection in the Mercosur Member States (Argentina, Brazil, Paraguay, and Uruguay). This comparison is useful in the sense of constituting itself as a tool for a multilateral dialogue, within the Mercosur, which endorses the vitalness of building a harmonious personal data protection system between these countries for the full development of an economic integration.

KEYWORDS: Personal data protection. Comparative law, Mercosur. Privacy laws. Mercosur.

1. INTRODUÇÃO

Eticamente, a sociedade informacional trouxe a necessidade de um debate internacionalmente articulado sobre diferentes aspectos que, em outras épocas, incorporavam-se mais esparsamente no dia a dia de, antes, longínquos países. A internet, componente ontológico dessa sociedade, trouxe, porém, uma comunicação global e articulada, quase desvinculada das fronteiras terrestres e marítimas, e alçou a tecnologia e as suas consequências ao destaque da cena política internacional.

É nesse contexto que merecem empenho as ações supranacionais que visam à regulação da atual sociedade informacional. Entre as transformações que mais se denotam imprescindíveis nesse cenário, está, justamente, a necessidade da assimilação da cultura da proteção de dados pessoais pelos diferentes estados.

A proteção de dados pessoais é direito personalíssimo fundamental nesse contexto, em razão do crescente cenário de vigilância global, tanto da parte do setor público quanto da parte do setor privado, que, muitas vezes, tende a buscar a “vitrificação” dos integrantes dessa sociedade – à metáfora de Stefano Rodotà (1998, tradução nossa), a buscar a criação de “homens-de-vidro”, ou seja, a criação de indivíduos cujas identidades estariam sempre “transparentes” aos olhos de seus vigilantes.

A proteção dessa identidade implica, é claro, a proteção da privacidade e dos dados pessoais. Para tanto, requer a transposição da necessidade dessa proteção para o destaque de qualquer regulação que objetive disciplinar os usos tecnológicos, de modo que o desenvolvimento de tecnologias esteja sempre imbuído de valores humanos (*value-sensitive design*)¹, como os são a privacidade e a proteção de dados pessoais (*privacy by design*)² – isso,

1 Como afirmaram Batya Friedman, Peter Kahn Jr. e Alan Borning (2008) “Value Sensitive Design is a theoretically grounded approach to the design of technology that accounts for human values in a principled and comprehensive manner throughout the design process.”

2 Confira, nesse sentido, os sete princípios fundamentais a uma “*privacy by design*”, como entendidos por Ann Cavoukian (2011), ex-Privacy Commission de Ontário, Canadá.

simplesmente, a fim de que as máquinas não operem contra os valores que permeiam a própria sociedade.

Desse modo, assume-se imprescindível que, nos dias de hoje, qualquer integração econômica harmonicamente pautada no aproveitamento das benesses de um mundo interconectado e tecnológico e atenta aos direitos humanos fomente nos diferentes Estados a necessidade da assimilação da cultura da proteção de dados pessoais.

Esse foi o entendimento que prevaleceu na construção da União Europeia³ e, mais recentemente, é o entendimento que se demonstra estar em construção no âmbito do Mercosul.

Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai, os atuais Estados-Membros do Mercosul, possuem, cada qual, suas normas relativas à proteção de dados pessoais – cada um com os seus primores e com os seus desalinhos. É diante desse contexto que o Mercosul, enquanto instituição, deve promover o fortalecimento dessa pauta no âmbito de seus Estados-Membros.

Tendo vista a necessidade de promover o intercâmbio de conhecimentos a respeito do estado da arte da proteção de dados pessoais, o Mercosul está desenvolvendo, a partir de iniciativa do Brasil, um projeto que visa, justamente, a tornar transparente aos olhos dos atores sociais o panorama sobre o tema em cada um desses países – e a elucidar, em certa medida, as necessidades de melhorias nos Estados-Membros.

Com base nesse objetivo, este artigo também possui o intuito de apresentar ao público-leitor uma breve síntese do estado da arte da proteção de dados pessoais dos Estados-Membros do Mercosul, de modo a poder contribuir com a disseminação do debate sobre o desenvolvimento de um *standard* comum em matéria de proteção de dados pessoais entre os países integrantes do bloco. Para tanto, ao final, a partir do método comparativo (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 107), é demonstrado um quadro a respeito dos principais aspectos relativos à proteção de dados pessoais hoje presentes nas atuais disposições normativas de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

2. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO MERCOSUL

O Mercosul foi instituído pelo Tratado de Assunção, em março de 1991, e é composto por Argentina, Bra-

sil, Paraguai e Uruguai⁴. Desde então, o bloco objetiva a harmonização normativa em diversas áreas de interesse comum de seus Estados-Membros, especialmente à luz de que um de seus objetivos elementares é o da promoção de uma efetiva integração econômica entre esses países.

Para tanto, fundamental é o debate sobre a proteção de dados pessoais, isto tendo em vista que o desenvolvimento do comércio eletrônico – que é, por natureza, transfronteiriço – necessita estar *pari passu* à defesa dos consumidores enquanto titulares de dados pessoais.

Apesar de ainda não existir, no âmbito do Mercosul, normas específicas que disponham sobre a proteção de dados pessoais para todos os seus Estados-Membros, as suas disposições relativas à defesa do consumidor já apresentam importantes orientações que devem ser observadas por todos os países integrantes. Nesse sentido, é possível o destaque: (i) da Resolução Mercosul/GMC n. 36/2019 (Resolução Mercosul/GMC n. 37/2019); e (iii) da Resolução Mercosul/GMC n. 11/2021 (Resolução Mercosul/GMC n. 11/2021).

Sob a ótica da defesa do consumidor, a Resolução Mercosul/GMC n. 37/2019 trouxe, em especial, garantias ao direito à informação dos consumidores, de modo acessível e compreensível, sobre as características essenciais do produto e/ou do serviço e sobre as características essenciais das transações realizadas no âmbito do comércio eletrônico⁵.

Considerando as características ontológicas das transações que ocorrem por meio do comércio eletrônico e o tratamento de dados pessoais dos consumidores, é quase prosaica a necessidade da asserção de que as garantias ao direito à informação dos consumidores também se referiram à necessidade da garantia pelos Estados-Membros de instrumentos aptos a efetivar o direito à informação nessas transações.

De modo a fortalecer esse argumento, o art. 5º da Resolução apresentou a obrigação de os Estados-Membros garantirem aos consumidores o direito à revisão de eventuais erros em dados presentes na realização das transações em comércio eletrônico. Esse direito se traduz, conforme a proteção de dados pessoais, no direito de retificação dos titulares diante de eventuais erros existentes com relação aos dados pessoais que lhe digam respeito.

Também sob a ótica da defesa do consumidor, a Resolução Mercosul/GMC n. 11/2021 trouxe um conceito

3 Inicialmente, a partir de sua Diretiva n. 95/46/CE, que apresentava disposições orientativas a respeito da proteção de dados pessoais aos seus Estados-Membros, e, mais recentemente, pelo Regulamento (UE) n. 2016/679 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – RGPD), que trouxe disposições obrigatórias e diretamente aplicáveis sobre a proteção de dados pessoais aos seus Estados-Membros.

4 Desde 5 de agosto de 2017, a Venezuela encontra-se suspensa do Mercosul, por decisão acordada entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, em razão da ruptura de sua ordem democrática (MERCOSUL, 2017).

5 Vide os arts. de 1º a 4º da Resolução Mercosul/GMC n. 37/2019.

de consumidor em estado de hipervulnerabilidade⁶, um rol exemplificativo de hipóteses de hipervulnerabilidade⁷ e um rol exemplificativo de melhores práticas em matéria de defesa do consumidor⁸.

Especificamente com relação ao rol exemplificativo de melhores práticas em matéria de defesa do consumidor, a Resolução Mercosul/GMC n. 11/2021 indicou como uma de suas indicações de melhores práticas justamente a necessidade da proteção de dados pessoais dos consumidores hipervulneráveis (art. 3º, alínea j) – o que garante a um rol extensivo de sujeitos entendidos como hipervulneráveis o direito à proteção de dados pessoais quando em relações de consumo.

3. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NOS ESTADOS-MEMBROS DO MERCOSUL

Como destacado, muito embora o Mercosul ainda não possua um marco normativo sobre a proteção de dados pessoais, ao menos no âmbito das relações de consumo, esse direito já se encontra enunciado. Porém, é preciso o destaque e a ressalva de que, apesar disso, mesmo diante de um contexto de relação de consumo, os seus aspectos ontológicos não se encontram enquadrados e ainda precisam se consolidar.

Nesse sentido, verificar o estado da arte da proteção de dados pessoais em cada um dos Estados-Membros do bloco denota-se tarefa elementar à estruturação de um *standard* mínimo de proteção de dados pessoais: (i) que possa ser levado a todos os países do Mercosul; e (ii) que possa ser aplicado em todos os contextos – e não apenas naquele descrito nas últimas linhas.

É com esse intuito que serão apresentados, de forma resumida, os contextos normativos atualmente existentes, em matéria de proteção de dados pessoais, em cada um dos Estados-Membros do Mercosul: (i) da Argentina, à luz da Ley n. 25.326, de 30 de outubro de 2000; (ii) do Brasil, à luz da Lei Federal n. 13.709, de 14 de agosto de 2018; (iii) do Paraguai, à luz da Ley n. 6.534, de 27 de outubro de 2020; e (iv) do Uruguai, à luz da Ley n. 18.331, de 11 de agosto de 2008.

3.1. Argentina

Em âmbito constitucional, o direito à proteção de dados pessoais está presente a partir das disposições a que aludem, especialmente, os arts. 19 e 43 da Constitución de la Nación Argentina.

O art. 19 do texto constitucional traz, explicitamente, o direito à privacidade como um daqueles originalmente já previstos desde a promulgação da Constituição, em 1853. Conforme o dispositivo:

As ações privadas de homens que em nada ofendam a ordem e a moral públicas, nem ofendam a terceiros, são reservadas apenas a Deus e isentas da autoridade dos magistrados. Nenhum habitante da Nação será obrigado a fazer o que a lei não ordena, ou privado do que não proíbe. (ARGENTINA, 1994, tradução nossa)

O texto do dispositivo não apresenta, de forma explícita, menção ao direito à proteção de dados pessoais. Apesar disso, é possível a asserção de que também se encontra presente, contextualmente, a partir da ideia de que a privacidade requer, inclusive, a proteção de dados pessoais nos quais se insere um contexto legítimo de expectativa de privacidade, nos termos das normas jurídicas argentinas.

Iniciando-se uma evolução normativa quanto à proteção de dados pessoais, em 1994, uma reforma à Constituição argentina trouxe a lume o remédio constitucional do *habeas data* – inserido no art. 43 do texto, nos seguintes termos:

Qualquer pessoa pode ajuizar a ação para tomar conhecimento dos dados referidos e sua finalidade, contidos em registros ou bases de dados públicos, ou privados destinados a prestação de relatórios, e em caso de falsidade ou discriminação, exigir o apagamento, retificação, confidencialidade ou atualização dos mesmos. O sigilo das fontes de informação jornalística não pode ser afetado. (ARGENTINA, 1994, tradução nossa)

6 Conforme o art. 1º da Resolução Mercosul/GMC n. 11/2021, são considerados consumidores em estado de hipervulnerabilidade “as pessoas físicas com vulnerabilidade agravada, desfavorecidos ou em desvantagem por razão de sua idade, estado físico ou mental, ou circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais que provoquem especiais dificuldades para exercer com plenitude seus direitos como consumidores no ato concreto de consumo que realizarem”.

7 Como se deflui do art. 2º da Resolução Mercosul/GMC n. 11/2021, são hipóteses exemplificativas de pessoas hipervulneráveis, à luz dos casos concretos: (i) as crianças e os adolescentes; (ii) os idosos; (iii) as pessoas com deficiência; (iv) as pessoas em condição de migrantes; (v) as pessoas em condição de turistas; (vi) as pessoas pertencentes a comunidades indígenas, povos originários e a minorias étnicas; (vii) as pessoas em condição de vulnerabilidade socioeconômica; (viii) as pessoas pertencentes a uma família monoparental a cargo de filhos ou filhas menores de idade e/ou com deficiência; e (ix) pessoas com graves problemas de saúde.

8 Como indica o art. 3º da Resolução Mercosul/GMC n. 11/2021, são hipóteses exemplificativas de melhores práticas a serem adotadas pelos Estados-Membros: (i) o favorecimento de procedimentos eficazes e céleres para a adequada resolução dos conflitos dos consumidores hipervulneráveis (art. 3º, alínea a); (ii) a eliminação ou, ao menos, a mitigação de obstáculos ao acesso à justiça pelos consumidores hipervulneráveis (art. 3º, alínea b); (iii) a implementação de políticas públicas de suporte aos consumidores hipervulneráveis no contexto de interposição de reclamações (art. 3º, alínea c); (iv) a implementação de procedimentos administrativos e judiciais adequados ao pleno exercício dos direitos dos consumidores hipervulneráveis (art. 3º, alínea d); (v) a implementação de políticas públicas educativas e protetivas diferenciadas aos consumidores hipervulneráveis (art. 3º, alínea e); (vi) o fomento da utilização de linguagem clara, coloquial e contextualizada às diferenças de vida dos consumidores hipervulneráveis (art. 3º, alínea f); (vii) a promoção da acessibilidade no âmbito dos canais de comunicação e de informação dos consumidores hipervulneráveis (art. 3º, alínea g); (viii) a proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva (art. 3º, alínea i); (ix) a promoção, entre os fornecedores de bens e prestadores de serviços, de melhores práticas em matéria de defesa dos consumidores hipervulneráveis (art. 3º, alínea h); e, por fim, (x) a necessidade da proteção de dados pessoais dos consumidores hipervulneráveis (art. 3º, alínea j).

Com essa institucionalização, a Argentina passou a contar com um remédio constitucional apto a garantir o direito à proteção de dados pessoais diante dos tratamentos ilícitos de dados pessoais realizados no país. Além disso, conforme considera a Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP), a autoridade argentina, com a inclusão do referido texto ao art. 43 da Constituição, o direito à proteção de dados pessoais passou a estar constitucionalmente explícito⁹.

A disposição infraconstitucional sobre a proteção de dados pessoais e o *habeas data*, porém, vieram após mais seis anos, com a Ley n. 25.326, de 30 de outubro de 2000 – aplicável tanto para a proteção de dados pessoais de pessoas naturais quanto para a proteção de dados pessoais de pessoas jurídicas, no que lhes couber. É importante o destaque, também, à regulamentação da Ley existente pelo Decreto n. 1.558, de 29 de novembro de 2001.

A Ley n. 25.326/2000 foi a primeira norma de um Estado-Membro do Mercosul a dispor, com rigor, sobre a proteção de dados pessoais, pelo que merece, historicamente, a sua posição de vanguarda. No entanto, diante de uma sociedade informacional cada vez mais repleta de “homens-de-vidro” (RODOTÁ, 1997), hoje não mais se demonstra efetiva para a proteção de dados pessoais dos titulares.

Esse contexto de evolução das normas de proteção de dados pessoais é, pois, um fenômeno global. A União Europeia, nesse sentido, que possuía em vigor a sua Diretiva n. 95/46/CE, em que constavam disposições orientativas¹⁰ a respeito da proteção de dados pessoais a todos os seus Estados-Membros, passou a contar com o Regulamento (UE) 2016/679 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – RGPD), que trouxe disposições obrigatórias e diretamente aplicáveis¹¹ sobre a proteção de dados pessoais a todos os seus Estados-Membros, e com a Diretiva (UE) n. 2016/680, relativa ao tratamento de dados pessoais relacionado com infrações penais e a execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados.

Nesse passo, a Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP), em 2022, iniciou um processo de

diálogo com a sociedade a fim de receber subsídios à construção de um anteprojeto que objetivasse alterar esse quadro. Esse processo resultou no desenvolvimento do Projeto de Lei INLEG-2023-20491743-APN-AAIP (Projecto de Ley de Protección de Datos Personales), submetido ao Congresso Nacional em 24 de fevereiro de 2023 (ARGENTINA, 2023).

Apesar da evolução normativa já consagrada, na União Europeia, e em construção, na Argentina, permanece vigente a decisão¹² da Comissão da União Europeia (UE), de 30 de junho de 2003, ainda à égide da Diretiva n. 95/46/CE, que entendeu pela adequação do sistema normativo de proteção de dados pessoais da Argentina de acordo com a UE¹³.

3.2. Brasil

Assim como na Argentina a proteção de dados pessoais também é um direito previsto constitucionalmente. Historicamente, no âmbito da CRFB/1988, esse direito também possui uma evolução símile àquela, isso porque, *ab initio*, encontrava-se, teleologicamente, com base na interpretação do texto do art. 5º, X, que dispõe sobre os direitos à vida privada e à intimidade¹⁴.

Adiante, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 6.387, n. 6.388, n. 6.389, n. 6.390 e n. 6.393, que impugnaram a Medida Provisória (MP) n. 954, de 17 de abril de 2020, responsável por autorizar o compartilhamento de determinadas categorias de dados pessoais (nomes, endereços e telefones) entre empresas de telefonia fixa e móvel e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), considerou a proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo – ou seja, independentemente de sua caracterização acoplada ao direito à privacidade, com o qual não se confunde.

Seguindo-se o percurso evolutivo da presença da proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo no âmbito da CRFB/1988, em 10 de fevereiro

9 Vide, e.g., os considerandos presentes na Resolución n. 119/2022, da “Agencia de Acceso a la Información Pública” (AAIP). (ARGENTINA, 2022).

10 Conforme o art. 288, § 1º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE): “O regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros.” (UE, 2016).

11 Consoante o art. 288, § 2º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE): “A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.” (UE, 2016).

12 De acordo com o art. 288, § 3º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE): “A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes.” (UE, 2016).

13 “2003/490/CE: Decisão da Comissão, de 30 de junho de 2003, nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adequação do nível de proteção de dados pessoais na Argentina [...] (14) A norma argentina abrange todos os princípios básicos necessários para assegurar um nível adequado de proteção das pessoas naturais, embora também preveja exceções e limitações de modo a salvaguardar interesses públicos importantes. A aplicação dessas normas é garantida por uma reparação judicial rápida específica para a proteção de dados pessoais, conhecida como “habeas data”, juntamente com as reparações judiciais gerais. A lei prevê a criação de um organismo de controle responsável pela proteção de dados pessoais encarregado de realizar todas as ações necessárias para dar cumprimento aos objetivos e às disposições da norma e dotado das competências de investigação e de intervenção. A norma argentina prevê sanções dissuasivas eficazes de natureza tanto administrativa como penal. Por outro lado, as disposições da norma argentina no que diz respeito à responsabilidade civil (contratual e extracontratual) aplicam-se no caso de tratamento ilícito prejudicial para as pessoas em causa. (15) O Estado argentino apresentou explicações e deu garantias sobre o modo como a legislação argentina deve ser interpretada e garantiu que as regras de proteção de dados pessoais na Argentina são aplicadas de acordo com essa interpretação. A presente decisão baseia-se nessas explicações e garantias e, consequentemente, depende delas [...]” (UE, 2003).

14 Como dispõe o art. 5º, inc. X, *ipsis litteris*: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (BRASIL, 1988).

de 2022, foi, então, promulgada a Emenda à Constituição n. 115/2022, que estabeleceu a proteção de dados pessoais, explicitamente, como um direito fundamental previsto pelo art. 5º, LXXIX¹⁵, além de instituí-la, no texto constitucional, respectivamente, pelo art. 21, XXIV¹⁶, e pelo art. 22, XXX¹⁷, como matéria de competência administrativa e legislativa privativa da União.

Em âmbito infraconstitucional, ao contrário da Argentina, a proteção de dados pessoais, no Brasil, recebeu regramento específico apenas ao final da década de 2010, com a Lei Federal n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) – a dispor sobre a proteção de dados pessoais das pessoas naturais. Anteriormente à LGPD, porém, é necessário destacar que o tema recebeu atenção na Lei Federal n. 9.507, de 12 de novembro de 1997 (Lei do *Habeas Data*), na Lei Federal n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI) e na Lei Federal n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet – MCI).

3.3. Paraguai

Similarmente à interpretação teleológica a que pôde ser objeto o art. 19 da Constituição argentina e o art. 5º, X, da Constituição brasileira, é possível afirmar que a proteção de dados pessoais está fundamentada pelo art. 33 da Constitución Nacional de 1992. Conforme aduz o seu texto:

A intimidade pessoal e familiar, bem como o respeito pela vida privada, são invioláveis. A conduta das pessoas, desde que não afete a ordem pública estabelecida por Lei ou os direitos de terceiros, está isenta da autoridade pública.

São garantidos o direito à proteção da privacidade, da dignidade e da imagem privada das pessoas. (PARAGUAI, 1992, tradução nossa)

Além disso, seguindo-se a lógica teleológica da identificação do direito à proteção de dados pessoais a partir do remédio constitucional do *habeas data*, como existente na Argentina e já embasada por sua própria autoridade, é possível a menção da existência do direito

à proteção de dados pessoais na Constituição paraguaia também a partir de sua disposição explícita sobre o *habeas data*, enunciado em seu art. 135:

Qualquer pessoa pode acessar as informações e dados sobre si ou sobre os seus bens, existentes em registros oficiais ou privados de carácter público, bem como conhecer a utilização que deles se faz e a sua finalidade. Poderá requerer perante o magistrado competente a atualização, retificação ou destruição dos mesmos, se estiverem errados ou afetarem ilegitimamente os seus direitos. ((PARAGUAI, 1992, tradução nossa)

Até 2020, o país possuía como principal disposição infraconstitucional sobre o tema a Ley n. 1.682, de 16 de janeiro de 2001, com as suas modificações dadas pela Ley n. 1.969, de 2 de setembro de 2002, e pela Ley n. 5.543, de 11 de dezembro de 2015.

A Ley n. 1.682/2001 se tratava de uma norma geral sobre a proteção de dados pessoais. Porém, em 2020, sob justificativa pautada no cenário da covid-19 e de suas consequências socioeconômicas, o país promulgou a Ley n. 6.534, de 27 de outubro de 2020, intitulada Ley de Protección de Datos Personales Crediticios – que derogou, integralmente, a Ley n. 1.682/2001 e suas ulteriores modificações¹⁸.

Apesar de ser intitulada como Ley de Protección de Datos Personales Crediticios, a norma, em verdade, não apresenta apenas disposições relativas à proteção de dados pessoais específicas ao contexto creditício, mas sim disposições gerais sobre o tema. Diferentemente do Brasil e da União Europeia, e semelhantemente às normas da Argentina e do Uruguai, as suas disposições não se restringem à tutela das pessoas naturais, mas também dispõe sobre a tutela das pessoas jurídicas¹⁹.

3.4. Uruguai

A proteção de dados pessoais no Uruguai possui acento constitucional e infraconstitucional.

A Constitución de la República Oriental del Uruguay, de 1967, possui, em seu art. 72, uma cláusula de abertura

15 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.” (BRASIL, 1988).

16 “Art. 21. Compete à União:

[...] XXVI – organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei.” (BRASIL, 1988).

17 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...] XXX - proteção e tratamento de dados pessoais.” (BRASIL, 1988).

18 Conforme o art. 30 da Ley n. 6.534/2020: “Queda derogada la Ley n. 1.682/2001 ‘QUE REGLAMENTA LA INFORMACIÓN DE CARÁCTER PRIVADO’ y sus respectivas Leyes modificatorias.” (PARAGUAI, 2020).

19 De acordo com o art. 3º, letra “a”, da Ley n. 6.534/2020, a norma possui como objeto “[i]nformación de cualquier tipo, referida a personas jurídicas o personas físicas determinadas o determinables. Se entenderá por determinable la persona que pueda ser identificada mediante algún identificador o por uno o varios elementos característicos de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona. Los derechos y garantías de protección de datos personales serán extendidos a personas jurídicas en cuanto le sean aplicables.” (PARAGUAI, 2020).

que enuncia que os direitos, deveres e garantias presentes em seu texto não excluem outros que sejam compatíveis com a forma republicana de governo²⁰. É, justamente, a partir desse dispositivo que se enuncia a proteção de dados pessoais como um direito presente em âmbito constitucional.

Nesse sentido, a Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP), autoridade uruguaia, já se posicionou, em resposta ao Alto Comissariado para os Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de modo a esclarecer que o direito à proteção de dados pessoais está institucionalmente presente, em âmbito constitucional, com base no referido art. 72²¹.

De modo infraconstitucional, é a Ley n. 18.331, de 11 de agosto de 2008, a norma que dispõe, de modo geral, sobre a proteção de dados pessoais das pessoas naturais e de pessoas jurídicas. Como adiantado, esse âmbito de aplicação subjetivo, existente, no Uruguai, pela Ley n. 18.331/2008, é símile àquele existente na Argentina e no Paraguai, e distinto dos existentes no Brasil e na União Europeia, os quais tutelam apenas as pessoas naturais.

Como se percebe, a Ley n. 18.331/2008 é, historicamente, a segunda no âmbito dos Estados-Membros do Mercosul. Apesar de, à época, ter se constituído um avanço à efetiva proteção de dados pessoais no país, com a evolução da sociedade informacional, a norma requereu alterações e complementações.

É nesse sentido que, ínsito ao seu rol de atos normativos gerais sobre a proteção de dados pessoais, o país também conta com o Decreto n. 64, de 21 de feverei-

ro de 2020, que regulamentou os arts. 37 a 40 da Ley n. 19.670, de 15 de outubro de 2018, e o art. 12 da Ley n. 18.331/2008. O Decreto n. 64/2020 se destaca por ter instituído não presentes na Ley n. 18.331/2008, como: (i) a figura de um “Delegado de Protección de Datos Personales”²²; (ii) a figura da “Evaluación de Impacto en la Protección de Datos”²³; e (iii) o dever de notificação de incidente de segurança em até 72 (setenta e duas) horas à autoridade uruguaia²⁴.

Assim como o sistema normativo de proteção de dados pessoais argentino, o uruguaio também possui um nível entendido como adequado ao da União Europeia. Esse nível de adequação está fundado na decisão da Comissão da União Europeia (UE), de 21 de agosto de 2012 – ainda à égide da Diretiva n. 95/46/CE²⁵.

3.5. Quadro comparativo de aspectos sobre a proteção de dados pessoais nos Estados-Membros do Mercosul

À luz das disposições de âmbito infraconstitucional, que tratam da proteção de dados pessoais na Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, é possível apresentar rol exemplificativo e comparativo de aspectos existentes e inexistentes nessas disposições normativas.

Nesse sentido, com o objetivo de subsidiar a construção de um Mercosul normativamente harmônico, será ilustrado, a seguir, quadro comparativo dos principais aspectos sobre a proteção de dados pessoais existentes ou

20 *Ipsa litteris*: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.” (URUGUAI, 1967).

21 Conforme resposta da “Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales” (URCDP): “En Uruguay, el derecho a la protección de datos personales se encuentra reconocido en el artículo 72 de la Constitución de la República como un derecho inherente a la persona humana.” (URUGUAI, 2014).

22 O art. 11 do Decreto n. 64/2020 dispõe sobre as atribuições de um “Delegado”, a saber: “a) Asesorar en la formulación, diseño y aplicación de políticas de protección de datos personales. b) Supervisar el cumplimiento de la normativa sobre dicha protección en la entidad o entidades para las que preste servicios. c) Proponer todas las medidas que entienda pertinentes para adecuarse a la normativa y a los estándares internacionales en materia de protección de datos personales y verificar su realización. d) Actuar como nexo entre su entidad y la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales.” (URUGUAI, 2020).

23 De acordo com o art. 6º do Decreto n. 64/2020, uma “Evaluación de Impacto en la Protección de Datos” deve ser realizada de forma prévia a um tratamento, isto quando das hipóteses definidas pela “Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales” (URCDP) e nos casos das hipóteses previstas em seu texto.” (URUGUAI, 2020).

24 Conforme o art. 4º do Decreto n. 64/2020: “El responsable del tratamiento, una vez que constate la ocurrencia de alguna vulneración de seguridad que incida en la protección de datos, deberá comunicarlo a la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales en un plazo máximo de 72 horas de conocida la vulneración. La comunicación a la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales deberá contener información relevante, tal como la fecha cierta o estimada de la ocurrencia de la vulneración, su naturaleza, los datos personales afectados, y los posibles impactos generados. En caso que la vulneración hubiere sido conocida por el encargado del tratamiento, éste la comunicará de inmediato al responsable del tratamiento. Este último, una vez que constate la ocurrencia de alguna vulneración de seguridad que incida en la protección de datos, deberá comunicarla en un lenguaje claro y sencillo a los titulares de los datos que hayan sufrido una afectación significativa en sus derechos. Solucionada la vulneración, el responsable del tratamiento deberá elaborar un informe pormenorizado de la vulneración de seguridad y las medidas adoptadas y comunicarlo a la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales.” (URUGUAI, 2020).

25 “2012/484/UE: Decisão de Execução da Comissão, de 21 de agosto de 2012, nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adequação do nível de proteção de dados pessoais pela República Oriental do Uruguai no que se refere ao tratamento automatizado de dados pessoais [...]”

(6) As normas de proteção dos dados pessoais da República Oriental do Uruguai baseiam-se em grande medida nas normas da Diretiva n. 95/46/CE e encontram-se estabelecidas na Lei n. 18.331, de 11 de agosto de 2008, que é aplicável tanto às pessoas naturais quanto às pessoas jurídicas.

(7) A referida lei é regulamentada pelo Decreto n. 414, de 31 de agosto de 2009, aprovado no intuito de clarificar diversos elementos da lei e regular a organização, os poderes e o funcionamento da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais. O preâmbulo desse Decreto indica que, quanto a essa questão, a ordem jurídica nacional deve ser adaptada ao regime jurídico comparável mais comumente aceito, sobretudo o estabelecido pelos países europeus através da Diretiva n. 95/46/CE [...]

(10) A aplicação das normas de proteção de dados pessoais é garantida pela existência de vias de recurso administrativas e judiciais, em especial pela ação de “habeas data”, que permite à pessoa a quem se referem os dados pessoais intentar uma ação judicial contra o responsável pelo tratamento, a fim de exercer os direitos de acesso, correção e supressão, e por um controle independente efetuado pela Unidade Reguladora e de Controle de Dados Pessoais (Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales – URCDP), que tem poderes de investigação, intervenção e sanção, seguindo o disposto no art. 28 da Diretiva n. 95/46/CE, e que atua de forma totalmente independente. Além disso, qualquer parte interessada pode recorrer aos Tribunais para pedir uma indenização por danos sofridos em consequência do tratamento ilícito dos seus dados pessoais.” (UE, 2012).

inexistentes nas disposições normativas da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai, quais sejam: (i) dados pessoais e outras categorias ordinárias de dados pessoais; (ii) dados pessoais sensíveis e outras categorias especiais de dados pessoais; (iii) anonimização, pseudonimização e dado anonimizado; (iv) princípio do respeito à autodeterminação informativa; (v) princípios relacionados à minimização do tratamento de dados pessoais; (vi) princípios relacionados ao acesso e à qualidade dos dados pessoais; (vii) princípios relacionados à segurança dos dados pessoais e à responsabilização e à prestação de contas; (viii) princípio da não discriminação; (ix) direito à confirmação da existência de tratamento e direito de acesso aos dados pessoais; (x) direito à correção de dados pessoais; (xi) direito ao bloqueio e direito à eliminação de

dados pessoais; (xii) direito à portabilidade de dados pessoais; (xiii) direito de oposição ao tratamento de dados pessoais; (xiv) direito à revisão de decisões tomadas de forma automatizada; (xv) responsáveis pelo tratamento de dados pessoais; (xvi) encarregado pelo tratamento de dados pessoais; (xvii) boas práticas e estruturas de governança em privacidade e em proteção de dados pessoais; (xviii) avaliação de impacto à proteção de dados pessoais; (xix) tratamento de dados pessoais; (xx) tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes; (xxi) tratamento de dados pessoais pelo setor público; (xxii) hipóteses de tratamento de dados pessoais; (xxiii) Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais; (xiv) fluxo transfronteiriço de dados pessoais; e (xv) remédio constitucional do *habeas data*.

Quadro 1 - Quadro comparativo de aspectos sobre a proteção de dados pessoais nos Estados-Membros do Mercosul²⁶

ASPECTOS	ARGENTINA	BRASIL	PARAGUAI	URUGUAI
Dados pessoais e outras categorias ordinárias de dados pessoais	Art. 2º da Ley n. 25.326/2000; Art. 2º do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Art. 5º, I, da Lei Federal n. 13.709/2018	Art. 3º, “a”, da Ley n. 6.534/2020	Art. 4º, “d”, da Ley n. 18.331/2008
Dados pessoais sensíveis e outras categorias especiais de dados pessoais	Art. 2º da Ley n. 25.326/2000; Art. 2º do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Art. 5º, II, da Lei Federal n. 13.709/2018	Art. 3º, “a”, da Ley n. 6.534/2020	Art. 4º, “e” e “ñ”, da Ley n. 18.331/2008
Anonimização, Pseudonimização e dado anonimizado	Art. 2º da Ley n. 25.326/2000; Art. 2º do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Art. 5º, III e XI, e art. 13, § 4º, da Lei Federal n. 13.709/2018		Capítulo 2, “i”, “f” e “g”, da Resolución n. 68/2017, da Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP)
Princípio do respeito à autodeterminação informativa	Art. 2º do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Art. 2º, II, da Lei Federal n. 13.709/2018	Art. 5º da Ley n. 6.534/2020	
Princípios relacionados à minimização do tratamento de dados pessoais	Art. 4º, §§ 1º, 2º e 7º, da Ley n. 25.326/2000; Arts. 7º e 8º do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Art. 6º, I, II e III, da Lei Federal n. 13.709/2018	Art. 7º da Ley n. 6.534/2020	Art. 8º da Ley n. 18.331/2008
Princípios relacionados ao acesso e à qualidade dos dados pessoais	Art. 4º, §§ 1º a 7º, e art. 6º da Ley n. 25.326/2000; Arts. 6º e 9º do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Art. 6º, IV, V e VI, da Lei Federal n. 13.709/2018	Arts. 5º, 7º e 8º da Ley n. 6.534/2020	Arts. 7º, 13 e 14 da Ley n. 18.331/2008

²⁶ Elaboração dos autores. Inclui comparação com o Projeto de Lei INLEG-2023-20491743-APN-AAIP (Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales), submetido ao Congresso Nacional argentino em 24 de fevereiro de 2023.

ASPECTOS	ARGENTINA	BRASIL	PARAGUAI	URUGUAI
Princípios relacionados à segurança dos dados pessoais e à responsabilização e à prestação de contas	Arts. 9º e 29 da Ley n. 25.326/2000; Arts. 12, 20 e 22 do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Art. 6º, VII, VIII e X, da Lei Federal n. 13.709/2018	Arts. 10 e de 20 a 23 da Ley n. 6.534/2020	Art. 5º, “g”, e 10 da Ley n. 18.331/2008
Princípio da não discriminação	Arts. 4º, § 1º, e 38, § 2º, da Ley n. 25.326/2000; Art. 2º do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Art. 6º, IX, da Lei Federal n. 13.709/2018	Art. 3º, “b”, da Ley n. 6.534/2020	Art. 37 da Ley n. 18.331/2008
Direito à confirmação da existência de tratamento e direito de acesso aos dados pessoais	Arts. 13 e 14 da Ley n. 25.326/2000; Art. 27 do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Arts. 18, I e II, e 19, inc. II, da Lei Federal n. 13.709/2018	Art. 8º da Ley n. 6.534/2020	Arts. 13 e 14 da Ley n. 18.331/2008
Direito à correção de dados pessoais	Art. 16 da Ley n. 25.326/2000; Art. 28 do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Art. 18, III, da Lei Federal n. 13.709/2018	Art. 8º da Ley n. 6.534/2020	Art. 15 da Ley n. 18.331/2008
Direito ao bloqueio e direito à eliminação de dados pessoais	Art. 16 da Ley n. 25.326/2000; Arts. 30 e 33 do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Art. 18, IV, da Lei Federal n. 13.709/2018	Art. 8º da Ley n. 6.534/2020	Art. 15 da Ley n. 18.331/2008
Direito à portabilidade de dados pessoais	Art. 32 do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Art. 18, V, da Lei Federal n. 13.709/2018	Art. 8º da Ley n. 6.534/2020	
Direito de oposição ao tratamento de dados pessoais	Art. 16 da Ley n. 25.326/2000; Art. 29 do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Art. 18, § 2º, da Lei Federal n. 13.709/2018	Art. 8º da Ley n. 6.534/2020	Art. 15 da Ley n. 18.331/2008
Direito à revisão de decisões tomadas de forma automatizada	Art. 31 do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Art. 20 da Lei Federal n. 13.709/2018		Art. 16, da Ley n. 18.331/2008
Responsáveis pelo tratamento de dados pessoais	Art. 2º da Ley n. 25.326/2000; Arts. 2º, 36 e 37 do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Arts. 5º, VI e VII, e de 37 a 40 da Lei Federal n. 13.709/2018	Art. 3º, “f” e “g”, da Ley n. 6.534/2020	Art. 4º, “h” e “k”, da Ley n. 18.331/2008
Encarregado pelo tratamento de dados pessoais	Arts. 2º, 44 e 45 do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Arts. 5º, VIII, e 41, da Lei Federal n. 13.709/2018		Art. 10 do Decreto n. 64/2020

ASPECTOS	ARGENTINA	BRASIL	PARAGUAI	URUGUAI
Boas práticas e estruturas de governança em privacidade e em proteção de dados pessoais	Art. 30 da Ley n. 25.326/2000; Art. 48 do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Arts. 50 e 51 da Lei Federal n. 13.709/2018		Art. 35 da Ley n. 18.331/2008
Avaliação de impacto à proteção de dados pessoais	Arts. de 41 a 43 do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Art. 5º, XVII, da Lei Federal n. 13.709/2018		Art. 12 da Ley n. 18.331/2008; – Arts. 6º e 7º do Decreto n. 64/2020
Tratamento de dados pessoais	Art. 2º da Ley n. 25.326/2000	Art. 5º, X, da Lei Federal n. 13.709/2018	Art. 3º, “e”, da Ley n. 6.534/2020	Art. 4º da Ley n. 18.331/2008
Tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes	Art. 19 do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Art. 14 da Lei Federal n. 13.709/2018		
Tratamento de dados pessoais pelo setor público	Arts. 17 e 22 da Ley n. 25.326/2000; Art. 18 do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Arts. de 23 a 30 da Lei Federal n. 13.709/2018		Arts. 25 e 26 da Ley n. 18.331/2008
Hipóteses de tratamento de dados pessoais	Arts. 5º e 7º da Ley n. 25.326/2000; Arts. 13 e 17 do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Arts. 7º, 11 e 14 da Lei Federal n. 13.709/2018	Art. 6º da Ley n. 6.534/2020	Arts. 9º e 18 da Ley n. 18.331/2008
Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais	Art. 29 da Ley n. 25.326/2000; Arts. 53 e 54 do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Arts. de 55-A a 55-M da Lei Federal n. 13.709/2018		Arts. de 31 a 35 da Ley n. 18.331/2008
Fluxo transfronteiriço de dados pessoais	Art. 12 da Ley n. 25.326/2000; Arts. 2º e de 23 a 26 do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Art. 33 da Lei Federal n. 13.709/2018		Art. 23 da Ley n. 18.331/2008
Habeas data	Art. 43 da Constitución de la Nación Argentina; Arts. de 33 a 43 da Ley n. 25.326/2000; Arts. de 66 a 74 do Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales	Art. 5º, LXXII, da Constituição Federal; Arts. de 1º a 23 da Lei Federal n. 9.507/1997	Art. 135 da Constitución Nacional	Art. 28 da Constitución de la República Oriental del Uruguay; Arts. de 37 a 46 da Ley n. 18.331/2008

Fonte: Elaboração própria.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pode-se depreender do quadro comparativo apresentado, no âmbito dos Estados-Membros do Mercosul, há harmonia quanto às principais normas que tratam da proteção de dados pessoais. As diferenças entre os dispositivos normativos gerais de cada país existem, sobretudo, em virtude das distintas épocas em que foram elaborados.

Nesse sentido, as normas produzidas na década de 2000 – a Ley n. 25.326/2000, da Argentina, e a Ley n. 18.331/2008, do Uruguai – carecem de disposições que advêm efetivamente da discussão jurídica, como as relativas às necessidades de boas práticas e de estruturas de governança em privacidade e em proteção de dados pessoais e de avaliações de impacto à proteção de dados pessoais, que surgiram apenas na década de 2010.

Também em razão da época, nessas disposições normativas não há previsão do direito à portabilidade de dados pessoais, o qual passou ao debate público e ao âmbito das disposições normativas apenas na década de 2010, com o avanço da internet e do comércio eletrônico. Além disso, ambas as normas não dispõem de aspectos relativos ao tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes. A norma argentina, por fim, também não apresenta disposições específicas quanto ao tratamento de dados pessoais pelo setor público.

De maneira a promover avanços na proteção de dados pessoais, o Uruguai obteve êxito em instituir o Decreto n. 64/2020, que elevou o seu nível normativo ao se basear nas disposições elencadas pela União Europeia no Regulamento (UE) n. 2016/679 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – RGPD). No entanto, sentiu-se falta, por exemplo, de incluir o direito à portabilidade de dados pessoais, o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes e o tratamento de dados pessoais pelo setor público.

Como também referido, objetivando a aposição dessas e de outras garantias à proteção de dados pessoais na Argentina, está em discussão, em seu Congresso Nacional, o citado Projeto de Lei INLEG-2023-20491743-APN-AAIP (Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales), formalmente submetido em 24 de fevereiro de 2023.

Não obstante as mencionadas carências, o nível de proteção de dados pessoais na Argentina e no Uruguai permanecem sendo considerados adequados ao nível de proteção de dados pessoais na União Europeia, de acordo com as decisões da Comissão da União Europeia de 30 de junho de 2003 e 21 de agosto de 2012, respectivamente.

As disposições normativas atuais do Brasil e do Paraguai, como antevisto, enquadram-se, historicamente, após a edição do Regulamento (UE) n. 2016/679 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – RGPD). Apesar da influência desse marco normativo, elas possuem institutos que precisam de consolidação.

Com relação ao Paraguai, é possível elencar, principalmente, a ausência de uma autoridade autônoma e independente que garanta a efetividade do direito a proteção de dados pessoais, considerando que a Ley n. 6.534/2020, em seus arts. de 21 a 28, delegou ao Banco Central del Paraguay e à Secretaría de Defensa del Consumidor, cada qual em seu específico e respectivo contexto de atuação, o *enforcement* a respeito do tema, no país. Além disso, a norma paraguaia também não apresenta disposições específicas a respeito de aspectos tecnológicos imprescindíveis à sociedade informacional, como os conceitos de anonimização, de pseudononimização e de dado anonimizado; o direito à revisão de decisões tomadas de forma automatizada; o fluxo transfronteiriço de dados pessoais; e, assim como na Argentina, não estabelece a figura do encarregado e de mecanismos de avaliação de impacto à proteção de dados pessoais. Por fim, também não dispõe de aspectos relativos ao tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes e ao tratamento de dados pessoais pelo setor público.

Quanto ao Brasil, a proteção de dados pessoais deteve um robusto avanço, desde o final da década de 2010, especialmente com a consolidação de institutos ainda inexistentes na legislação, com a Lei Federal n. 13.709/2018, e a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), responsável por auxiliar a garantir a proteção de dados pessoais como um direito fundamental plenamente observado.

Por fim, no âmbito do Mercosul, como anteriormente mencionado, a proteção de dados pessoais está configurada apenas no contexto da defesa do consumidor, isso a partir da Resolução Mercosul/GMC n. 37/2019 e da Resolução Mercosul GMC n. 11/2021. A fim de que a integração econômica esteja respaldada em uma efetiva observância desse direito interconstitucional, é preciso que o bloco analise o estado da arte desse tema no âmbito de cada um de seus Estados-Membros e realize propostas de melhoria àqueles países que possuam deficiências em seus institutos íntimos à proteção de dados pessoais.

REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. Agencia de Acceso a la Información Pública. **Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales**. Buenos Aires: AAIP, fev. 2023. Disponível em: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/proyecto_de_ley_de_proteccion_de_datos_personales_-_febrero_2023.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.
- ARGENTINA. Agencia de Acceso a la Información Pública. Resolución 119/2022. Buenos Aires, **Boletín Nacional**, 8 set. 2022. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-119-2022-371177/texto>. Acesso em: 20 mar. 2023.

ARGENTINA. **Constitución Nacional**: sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Buenos Aires: Congreso Nacional, 15 dez. 1994. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/0-4999/804/norma.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

ARGENTINA. **Ley 25.326**, octubre 4 de 2000. Protección de los datos personales. Buenos Aires: Congreso Nacional, 2000. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/64790/actualizacion>. Acesso em: 20 mar. 2023.

ARGENTINA. **Decreto n. 1.558/2001**. Apruébase la reglamentación de la Ley n. 25.326. Principios generales relativos a la protección de datos. Derechos de los titulares de los datos. Usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos. Control. Sanciones. Buenos Aires, **Boletín Nacional**, 3 dez. 2001. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-1558-2001-70368>. Acesso em: 19 março 2023.

BRASIL. [Constituição, (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. **Lei n. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 nov. 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

CAVOUKIAN, Ann. **Privacy by design**: the 07 foundational principles. Toronto: Information and Privacy Commissioner of Ontario, 2011. Disponível em: <https://www.ipc.on.ca/wpcon->

[tent/uploads/Resources/7foundationalprinciples.pdf](#). Acesso em: 20 março 2023.

FRIEDMAN, Batya; KAHN JR., Peter H.; BORNING, Alan. Value sensitive design and information systems. In: HIMMA, Kenneth Einar; TAVANI, Herman T. (eds.). **The handbook of information and computer ethics**. Hoboken, New Jersey, USA: John Wiley & Sons, 2008. p. 69-101.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MERCOSUL. **Decisão sobre a suspensão da República Bolivariana da Venezuela do MERCOSUL em aplicação do Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL**. São Paulo: Mercado Comum do Sul, 5 ago. 2017. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/decisao-sobre-a-suspensao-da-republica-bolivariana-da-venezuela-no-mercosul/>. Acesso em: 20 mar. 2023.

MERCOSUL. **MERCOSUL/GMC/RES. Nº 11/21**. Proteção ao consumidor hipervulnerável. Montevideu: Grupo Mercado Comum, 26 ago. 2021. Disponível em: https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/85763_RES_011-2021_PT_Protecao%20Consumidor%20Hipervulneravel.pdf. Acesso em: 19 mar. 2023.

MERCOSUL. **MERCOSUL/GMC/RES. Nº 36/2019**. Defesa do consumidor: princípios fundamentais. Santa Fé, Argentina: Conselho do Mercado Comum, 15 jul. 2019. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/3767>. Acesso em: 20 março 2023.

MERCOSUL. **MERCOSUL/GMC/RES. Nº 37/2019**. Defesa do consumidor: proteção ao consumidor no comércio eletrônico. Santa Fé, Argentina: Conselho do Mercado Comum, 15 jul. 2019. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/3768>. Acesso em: 20 março 2023.

PARAGUAI. **Constitución de la República de Paraguay**. Assunção: Congresso Nacional, 20 jun. 1992. Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Paraguay/Leyes/constitucion.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

PARAGUAI. Lei nº 6.534, de 27 de outubro de 2020. Ley de Protección de Datos Personales Crediticios. **Gaceta Oficial**, Assunção, 27 out. 2020. Disponível em: <http://www.gacetaoficial.gov.py/index/getDocumento/65863>. Acesso em: 19 mar. 2023.

RODOTÀ, Stefano. **Relazione annuale 1997**: prefazione. Roma: Garante per la Protezione dei Dati Personali, 30 abr. 1998. Disponível em: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1343289>. Acesso em: 20 mar. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. 2003/490/CE: Decisão da Comissão, de 30 de junho de 2003, nos termos da Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à adequação do nível de proteção de dados pessoais na Argentina. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, 5 jul. 2003. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32003D0490>. Acesso em: 19 mar. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. 2012/484/UE: Decisão de Execução da Comissão, de 21 de agosto de 2012, nos termos da Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à adequação do nível de proteção de dados pessoais pela República Oriental do Uruguai no que se refere ao tratamento automatizado de dados pessoais. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, 23 ago. 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32012D0484>. Acesso em: 20 mar. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, 7 jun. 2016. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj. Acesso em: 20 mar. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à

proteção das pessoas naturais no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:02016R0679=20160504-&from-EN>. Acesso em: 20 mar. 2023.

URUGUAI. **Constitución de la República Oriental del Uruguay**. Montevideu: Congresso Nacional, 2 fev. 1967. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967>. Acesso em: 20 mar. 2023.

URUGUAI. Decreto nº 64, de 10 de fevereiro de 2020. Reglamentación de los arts. 37 a 40 de la Ley 19.670 y art. 12 de la Ley 18.331, referente a protección de datos personales. Montevideu, **Diario Oficial**, 10 fev. 2020. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/64-2020>. Acesso em: 20 mar. 2023.

URUGUAI. Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales. **A/RES/68/167**. Montevideu: Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, 24 mar. 2014. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Privacy/Uruguay.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2023.

Claudia Lima Marques

Doutora *summa cum laude* pela *Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg* (Alemanha). Doutora *honoris causa* pela *Justus-Liebig-Universität Gießen* (Alemanha) e pela *Université Savoie Mont Blanc* (França). Professora Titular da UFRGS. Diretora da Faculdade de Direito da UFRGS.

Cíntia Rosa Pereira de Lima

Professora Associada da USP. Pós-Doutorado em Direito Civil pela *Università degli Studi di Camerino* (Itália) e pela *Fordham Law School* (EUA). Livre-Docente e Doutora em Direito Civil pela USP. Presidente do Instituto Avançado de Proteção de Dados (IAPD).

Kelvin Peroli

Assessor do Encarregado pela Proteção de Dados Pessoais da Prefeitura da Cidade de São Paulo. Advogado. Associado Fundador do Instituto Avançado de Proteção de Dados (IAPD). Mestrando em Filosofia pela UERJ. Graduado em Direito pela USP.

TUTELA JUDICIAL DAS VULNERABILIDADES FEMININAS: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA EFETIVAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA

JUDICIAL PROTECTION OF FEMALE VULNERABILITIES: THE ROLE OF THE BRAZILIAN JUDICIARY IN THE EFFECTIVENESS OF FEMINIST CONSTITUTIONALISM

Eduardo Cambi

Letícia de Andrade Porto Nosaki

Melina Girardi Fachin

RESUMO: A análise do direito das mulheres sob a perspectiva feminista desperta a necessidade da constituição de garantias feitas por mulheres e para mulheres. Os diplomas protetivos infraconstitucionais devem se amoldar a uma Constituição garantista feminista, com vistas à igualdade de gênero. Barreiras capacitistas, discursos misóginos, pensamentos militantes e violência estrutural devem dar lugar à valorização da mulher na sociedade. Este artigo busca analisar invisibilidades e vulnerabilidades nos direitos das mulheres sob a perspectiva do constitucionalismo feminista, sobretudo quanto à extensão do papel do Poder Judiciário brasileiro na concretização desses direitos. Logo, a pergunta de pesquisa consiste em conhecer: Como é possível assegurar a proteção às mulheres, sob a ótica do constitucionalismo feminista, no âmbito do Poder Judiciário brasileiro? Desse modo, utilizou-se o método dialético, por meio de pesquisas bibliográficas sobre o campo do constitucionalismo feminista, buscando autoras mulheres, alinhando com as legislações brasileiras sob perspectiva de gênero e a importância da leitura dessas vulnerabilidades pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Direito das mulheres. Constitucionalismo feminista. Poder Judiciário.

ABSTRACT: The analysis of women's rights from a feminist perspective raises the need to establish guarantees made by women and for women. Infraconstitutional protective diplomas must conform to a feminist guaranteeing Constitution, seeking gender equality. Capacitist barriers, misogynistic discourses, militant thoughts and structural violence must give way to the appreciation of women in society. This article seeks to analyze invisibilities and vulnerabilities in women's rights from the perspective of feminist constitutionalism, especially regarding the extent of the Brazilian Judiciary's role in the realization of these rights. Therefore, the research question translates into knowing: How is it possible to ensure the protection of women, from the perspective of feminist constitutionalism, within the scope of the Brazilian Judiciary? The methodology to be used is based on the dialectical method, through bibliographical research on the field of feminist constitutionalism, seeking female authors, aligning with Brazilian legislation from a gender perspective and the importance of reading these vulnerabilities by the Judiciary.

Keywords: Women's rights. Feminist Constitutionalism. Judicial power.

1. INTRODUÇÃO

Homens e mulheres, aqui não compreendidos no sentido binário, são iguais perante a lei. Todavia, tal máxima não se traduz na realidade, marcada por barreiras capacitistas, discursos misóginos, pensamentos limitantes e violência estrutural, fruto de uma sociedade que enxerga as tarefas praticadas pela mulher como menores ou, até mesmo, invisíveis – quando se trata de labor praticado no âmbito doméstico.

O direito das mulheres deve ser efetivo, o que exige a sua releitura sob as lentes do constitucionalismo feminista, perspectiva que vê tais direitos como resultado de lutas sociais permanentes, em uma espécie de método de interpretação constitucional das mulheres, pelas mulheres e para as mulheres.

É certo que o ordenamento jurídico brasileiro prevê garantias, sobretudo aquelas advindas da Constituição

conjugada com os diplomas protetivos internacionais dos direitos das mulheres, pelo bloco de constitucionalidade (art. 5º, § 2º, da CF), naquilo que se denomina *constitucionalismo multinível*.

Por outro lado, a existência de disparidades normativas entre o âmbito interno e o externo (ou internacional) colocam uma “lente de aumento” na desigualdade de gênero, evidenciando inconveniências – fenômeno atribuído a inconsistências e choques entre leis internas e diplomas protetivos de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, e que, portanto, devem ser seguidos como Estado-Parte. Tal dissonância gera lacunas na cidadania, o que prejudica grupos sociais vulnerabilizados, que ficam desprotegidos, tendo em vista a ausência de proteção efetiva contra comportamentos violadores de direitos fundamentais.

Sabe-se que, apesar de as mulheres configurarem maior número populacional (conforme a Pesquisa Na-

cional de Saúde, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE), as mulheres correspondiam, em 2019, a 52,2%, isto é, a 109,4 milhões da população residente no Brasil), ainda sofrem pela ausência de direitos, garantias, políticas públicas e padrões equânimes de tratamento.

O presente artigo busca analisar invisibilidades e vulnerabilidades nos direitos das mulheres sob a ótica do constitucionalismo feminista e compreender o papel do Poder Judiciário brasileiro na concretização desses direitos. Logo, a pergunta de pesquisa consiste em conhecer: Como é possível assegurar a proteção às mulheres, sob a ótica do constitucionalismo feminista, no âmbito do Poder Judiciário brasileiro?

Para tanto, na primeira parte, analisará como o direito reflete o patriarcado e as vulnerabilidades femininas para, em um segundo momento, compreender o atual estado da arte da proteção judicial em relação à proteção das vulnerabilidades femininas, tomando o constitucionalismo feminista como ferramenta de análise.

Dessa forma, utilizou-se o método dialético, por meio de pesquisas bibliográficas sobre o tema do constitucionalismo feminista, buscando autoras mulheres, alinhando com as legislações brasileiras sob perspectiva de gênero e a importância da leitura dessas vulnerabilidades pelo Poder Judiciário.

2. INVISIBILIDADES E VULNERABILIDADES NO DIREITO DAS MULHERES

A desigualdade estrutural e social em que se encontram as mulheres é latente e decorre do patriarcado, fundamentado na divisão sexual do trabalho e na sobrecarga do dever de cuidado, imposto culturalmente, especialmente no âmbito doméstico (BIROLI, 2019).

A presença das mulheres no mercado de trabalho é relativamente nova, sendo o homem considerado o provedor da família. Até meados do século XX, o papel social reservado às mulheres era o doméstico, cabendo a elas permanecer em casa para realizar as tarefas do lar e educar os filhos, enquanto os maridos/companheiros saíam para trabalhar. Isso dificultava o estudo e o aperfeiçoamento profissional das mulheres, que dificilmente conseguiam estudar, especializar-se, dedicar-se a outros ofícios ou ingressar na política.

Mesmo passadas várias décadas, os direitos entre homens e mulheres não são garantidos de maneira equânime. Tanto é que, em pesquisa realizada pelo Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e do Caribe da Comissão Econômica para América Latina e o Caribe (CEPAL), constatou-se que, no Brasil, os homens que desenvolviam trabalho remunerado representavam 28,6%, diferentemente das mulheres, que só alcançavam 16,8% (FUCHS, 2020, p. 6). Além disso, o IBGE apontou,

em pesquisa realizada em 2018, que o rendimento médio das mulheres entre 40 e 49 anos era de R\$ 2.199,00 (dois mil, cento e noventa e nove reais), enquanto o dos homens chegava a R\$ 2.935,00 (dois mil, novecentos e trinta e cinco reais). As mulheres são discriminadas no mercado de trabalho, ganhando, em média, menos que os homens, ainda que exerçam as mesmas funções.

Cabe ao Estado combater todas as formas de discriminação de gênero, proporcionando políticas públicas e ações afirmativas que possam reduzir as desigualdades, por meio da efetivação dos direitos fundamentais sociais, como saúde, educação e trabalho.

O constitucionalismo feminista é um método hermenêutico que procura promover a cidadania focalizado no direito das mulheres. Pretende-se explorar as potencialidades do ordenamento jurídico, em especial asseverar os padrões protetivos de direitos humanos, fixados pelas cortes regionais e internacionais, bem como os diplomas legislativos que procuram reduzir as desigualdades de gênero. Cabe a cada Estado-Parte proceder à permeabilidade desses ditames de modo a proporcionar a melhor e maior proteção às mulheres, enquanto grupo vulnerabilizado.

Sobre a teoria feminista, é importante compreender que:

O fundamento do constitucionalismo multinível, olhado pelas lentes das feministas, é o reconhecimento das outras - vistas em suas especificidades e multiplicidades - como sujeitas de direitos merecedoras de igual reconhecimento, pautados pela proteção da dignidade e pela prevenção do sofrimento. O constitucionalismo feminista desencadeia a expansão do discurso constitucional (multinível) e reinstala a diferença e a alteridade como seus fundamentos.

O constitucionalismo feminista representa um desafio global para a visão do constitucionalismo apenas do Estado, abrindo-o para uma visão complexa, integrada, comparada e multinível. Isso não significa que haja uma universalidade constitucional ao redor do globo, mas que os diálogos entre diferentes experiências constitucionais permitem demonstrar o caráter estrutural da opressão de gênero. (CAMBI, PORTO, FACHIN, 2022, p. 264)

O constitucionalismo feminista permite que a Constituição seja aberta à perspectiva das mulheres, concebendo os direitos e as garantias com igualdade (substancial), sob a perspectiva de gênero. Nesse ponto, merece destaque um vetor da hermenêutica constitucional feminina que coloca a Constituição “como uma totalidade que só se sustenta quando todos os seus elementos têm o seu máximo potencial preservado” (SILVA e GOMIDE, 2020, p. 24).

Os valores feministas devem ser disponibilizados aos intérpretes da Constituição, conforme defende Christine Peter da Silva (2020),

[...] para que as Constituições sejam textos normativos também destinados às mulheres, o primeiro passo é conhecer as mulheres que fizeram as Constituições, as mulheres que interpretam as Constituições, as mulheres que fazem das Constituições o seu instrumento de trabalho e de luta por seus direitos fundamentais, nas sociedades contemporâneas. (SILVA, 2020, p. 24),

O direito das mulheres, atualmente, é objeto de tutela pela Organização das Nações Unidas (ONU) – em âmbito global –, e pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em complemento à proteção constitucional local, o que amplia e robustece essa.

Podem ser citados diversos diplomas internacionais protetivos dos direitos das mulheres, como: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979; as Convenções Interamericanas sobre a Concessão de Direitos Cíveis (1948) e Políticos (1952) à Mulher, que igualaram os mesmos direitos cíveis e políticos às mulheres e homens; a Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher), de 1994.

No âmbito interno brasileiro, destacam-se a Lei Maria da Penha (Lei n. 13.340/2006) e a Recomendação CNJ n. 128/2022, que instituiu o Protocolo de Julgamento da perspectiva de gênero no Poder Judiciário brasileiro.

A equidade de gênero é direito que vem acontecendo progressivamente, para além das normas jurídicas, o que torna indispensável a promoção da educação em direitos humanos como estratégia de diálogo feminista.

Nesse sentido, destaca Desdêmona Tenório de Brito Toledo Arruda (2020):

A Constituição de 1988 assegura, no art. 205, o direito à educação, enquanto um dever do Estado e da família, mas que deve ser promovido e incentivado com a colaboração de toda a sociedade. Não é possível, por evidente, exigir que apenas o Estado se responsabilize pela educação. A tarefa é de tal porte que as políticas públicas isoladas seriam inúteis se não houvesse a família e a comunidade a apoiar a concreção do projeto.

Trata-se de evolução que se desenrola de maneira muito peculiar para cada indivíduo, além de demandar tempo, persistência e um conjunto de

infindáveis pequenos atos e compromissos que vão se somando para possibilitar a formação de um cidadão. Não é possível pensar na implementação da equidade de gênero de outra forma. Trata-se de uma tarefa que demanda não apenas a implementação de políticas públicas, mas também esforço individual, alteração de posturas e mudanças culturais, a serem colocados em prática nas mais diversas organizações, sejam do setor público ou privado, enfrentando resistências, avanços e retrocessos, eis que se trata de um projeto de fôlego, cujos resultados por vezes uma geração não será suficiente para alcançar. (ARRUDA, 2020, p. 62)

Tendo em vista o que assegura a Declaração de Pequim – Declaração e Plataforma de ação da IV Conferência Mundial sobre a mulher, de 1995 –, quanto a “encorajar os homens a participarem plenamente de todos os atos favoráveis à igualdade”, revela-se mais do que necessário que as mulheres busquem por seus direitos em todos os lugares públicos e privados, com destaque para a sua representação nas instituições democráticas, como o Poder Judiciário.

Em relação ao seu papel contra majoritário, pode-se compreender o Poder Judiciário como última trincheira do Estado Democrático de Direito. Na ausência de uma cultura de respeito às diferenças e na falta de políticas públicas afirmativas, as vulnerabilidades vivenciadas pelas mulheres brasileiras, infelizmente, reclamam à atuação do Estado-Juiz. Este artigo visa trazer luz a tais reivindicações como forma de chamar atenção para demandas que se repetem e merecem um olhar cuidadoso do Judiciário na prevenção e/ou na repressão a todos os comportamentos contrários à equidade de gênero.

No Brasil, é preocupante os índices de violência contra a mulher. O Fórum de Segurança Pública (2022), por exemplo, apontou que, entre março de 2020 (mês que marca o início da pandemia de covid-19 no país) e dezembro de 2021, foram 2.451 feminicídios e 100.398 casos registrados de estupro de vulnerável tendo como vítimas pessoas do gênero feminino.

A violência de gênero, no Brasil, é estrutural, uma vez que remonta à sociedade fundada no patriarcado, no machismo, na misoginia e em outras formas de opressão. Tal violência também é institucional, já que há legislações que não contemplam o fator de vulnerabilidade das mulheres nem existem políticas públicas, programas, procedimentos e serviços adequados, eficazes e acessíveis para a devida proteção feminina¹.

¹ Nesse sentido, salienta-se o item 19 da Recomendação Geral n. 35, sobre Violência de Gênero contra as Mulheres, do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) em que se afirma “[...] a violência de gênero contra as mulheres está enraizada em fatores relacionados ao gênero, como a ideologia do direito e privilégio dos homens sobre as mulheres, as normas sociais em relação à masculinidade, a necessidade de afirmar o controle ou poder masculino, o reforço dos papéis de gênero ou a prevenção, o desencorajamento ou a punição do que é considerado comportamento inaceitável para as mulheres. Esses fatores também contribuem para a aceitação social explícita ou implícita da violência de gênero contra as mulheres, muitas vezes ainda considerada como uma questão privada, e para a impunidade generalizada quanto a ela”.

Omissões e ações ineficientes contrariam os compromissos assumidos pelo Brasil, no art. 2º, “c” e “d”, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW).

Aliás, ao se tratar de inconveniências, cumpre-se ampliar o debate para a análise de determinadas incongruências na legislação nacional perante os diplomas internacionais protetivos dos direitos das mulheres.

No âmbito penal, a inconveniência das escusas absolutórias (arts. de 181 a 183 do Código Penal) repousa na isenção de pena aos autores de crimes patrimoniais praticados na constância da sociedade conjugal, desde que realizados, em geral, sem o emprego de grave ameaça ou violência à pessoa. Isso significa que, quando tais delitos são praticados no âmbito doméstico ou familiar em prejuízo da mulher, a incidência dessas escusas acaba por inviabilizar as normas jurídicas protetivas (como a Lei Maria da Penha), o que resulta na impunidade de homens violentos e mesmo no incentivo velado à continuidade das práticas discriminatórias e abusivas.

Entre outros exemplos, pode-se mencionar a situação do marido ou do companheiro que subtrai dinheiro da carteira da esposa, dilapida o patrimônio comum do casal para evitar futura meação/partilha ou constrange a esposa/companheira a pagar aluguel por permanecer no imóvel comum, após sua saída para cumprimento de medida protetiva em razão de violência doméstica. Tais hipóteses repercutem diretamente em uma das espécies de violência de gênero – a de natureza patrimonial – tutelada tanto no art. 7º da Convenção de Belém do Pará quanto no art. 7º, IV, da Lei Maria da Penha.

Apesar desse entendimento, o RHC n. 42.918/RS do Superior Tribunal de Justiça afirma que a Lei Maria da Penha não revogou, expressa ou tacitamente, o art. 181, I, do Código Penal. Ao contrário, a decisão do STJ sustenta que a admissão da derrogação da referida imunidade seria uma hipótese de violação ao princípio da isonomia, já que os crimes patrimoniais praticados pelo marido contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, poderiam ser processados e julgados, enquanto os mesmos delitos, quando cometidos por mulheres contra seus maridos, estariam isentos de pena. Argumenta-se, ainda, que existem medidas cautelares específicas para a proteção do patrimônio da ofendida, não havendo ineficácia ou inutilidade da Lei n. 11.340/2006 com a manutenção da imunidade prevista no art. 181, I, do Código Penal. Ademais, esse julgado do STJ concluiu que, como no Direito Penal não se admite a aplicação de analogia em prejuízo do acusado, a separação de fato ou a separação de corpos, que extinguem a sociedade conjugal, não podem ser equiparadas à separação judicial ou ao divórcio, que põe fim ao vínculo matrimonial.

Ocorre que tal precedente ignora a alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 66, de 2010, no art. 226, § 6º, da Constituição Federal que assegura a autono-

mia privada do cônjuge pelo reconhecimento do direito subjetivo ao divórcio, sem a necessidade de separação judicial. Também promove a violação ao princípio da proporcionalidade, na dimensão da proteção deficiente, ao criar obstáculos para coibir a violência doméstica e familiar, o que contraria expressamente a regra contida no art. 226, § 8º, da Constituição Federal.

Com efeito, a jurisprudência sobre a matéria deve se alinhar à Recomendação CNJ n. 128/2022, isto é, ao Protocolo de Julgamento na Perspectiva de Gênero que sugere que os arts. 181 e 182 do Código Penal sejam submetidos ao controle de convencionalidade – devendo ser lidos com base tanto na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher quanto da Convenção de Belém do Pará – para não inviabilizar o reconhecimento da mulher como titular de patrimônio jurídico próprio e, portanto, não obstar a caracterização da violência de gênero.

A propósito, o item 26, “c”, da Recomendação Geral n. 35, sobre Violência de Gênero contra as Mulheres, do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) assevera:

de acordo com os artigos 2, “d”, “f”, e 5, “a” [Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher], todos os órgãos judiciais devem abster-se de praticar qualquer ação ou prática de discriminação ou violência de gênero contra as mulheres; e aplicar rigorosamente todas as disposições de Direito Penal que punam essa violência, garantindo que todos os procedimentos legais em casos envolvendo alegações de violência de gênero contra as mulheres sejam imparciais e justos e não sejam afetados por estereótipos de gênero ou interpretações discriminatórias de disposições legais, inclusive de direito internacional. A aplicação de noções preconcebidas e estereotipadas sobre o que constitui violência de gênero contra as mulheres, quais deveriam ser as respostas das mulheres a essa violência e o padrão de prova exigido para sustentar sua ocorrência pode afetar o direito das mulheres ao gozo da igualdade perante a lei, ao julgamento justo e ao direito a uma reparação efetiva, como estabelecido no artigo 2 e no 15 da Convenção. (CEDAW, 2017).

A reprodução de estereótipos, preconceitos e padrões machistas, discriminatórios e misóginos também era evidenciada na tese da legítima defesa da honra. Tratava-se de uma alegação comum, no Tribunal do Júri, que revelou um fator de impunidade de homens que matavam mulheres. Rememora-se o caso de Doca Street, no Rio de Janeiro, que assassinou Ângela Maria Fernandes Diniz, em 30 de dezembro de 1976, após romper o relacionamento amoroso, e, em sede de julgamento pelo conselho

de sentença, ocorrido em outubro de 1979, o acusado foi agraciado pela tese de excesso culposos na legítima defesa. Posteriormente, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro anulou o julgamento, e, em novo júri, realizado em novembro de 1981, Doca Street foi condenado pela prática de homicídio. Surgiu, na época, o *slogan* “Quem ama, não mata”.

Esse caso é emblemático para evidenciar como a sociedade e o sistema de justiça enxergavam o homicídio contra a mulher. A conduta do homem não sofria desvalor, pois o entendimento era de que ele estava protegendo a própria honra. Era levado em consideração o comportamento da mulher – tida como mulher fatal, ou provocante –, realizando julgamento moral sobre a vítima, o que fazia prevalecer o machismo estrutural, o patriarcalismo e a misoginia, na forma da tese da legítima defesa da honra (CAMBI, PORTO, FACHIN, 2022, p. 262-263).

Apenas em 2021, na ADPF 779, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade dessa tese, “por violar princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, de proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 1º, III, e art. 5º, *caput* e I, da Constituição Federal de 1988)” (CAMBI, PORTO, FACHIN, 2022, p. 263).

Aliás, foi somente em 2015, pela Lei n. 13.104, que o feminicídio – termo pensado, em 1976, pela socióloga sul-africana Diana Russell, para diferenciar o homicídio de mulheres em razão do gênero – foi introduzido no Código Penal brasileiro. O feminicídio é uma espécie de homicídio qualificado praticado “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino” (art. 121, § 2º, VI, do Código Penal). Entende-se que há razões de “condição de sexo feminino”, por força do art. 121, § 2º-A, do Código Penal, quando o crime envolve violência doméstica e familiar, ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

O Direito deve acompanhar a dinâmica social e, justamente por isso, deve-se adequar às reivindicações dos grupos vulnerabilizados, que não podem ser inviabilizados pelo sistema jurídico, sob pena da reprodução de padrões injustos. Em outras palavras, o Direito não pode se desligar das suas fontes sociais e da experiência do mundo da vida (BITTAR, 2019, p. 309-310). Ele não está dissociado das demais esferas de produção de conhecimentos (Ciências, Economia, Política, Moral, Religião e Cultura), que retroalimentam o sistema jurídico e permitem o estabelecimento de novos elementos constitutivos do Direito Positivo, o que afeta a forma e o conteúdo do fazer-Direito.

Por exemplo, sabe-se que o Brasil é responsável por 40% de todos os assassinatos contra mulheres registrados na América Latina e Caribe, conforme dados da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) (CIDH, 2019), o que reforça ainda mais a necessidade de o Brasil enfrentar as questões de gênero.

O julgamento de acordo com a perspectiva de gênero, bem como com a implementação do constitucionalismo feminista contribuem para os magistrados atuarem na melhor proteção dos direitos humanos, sobretudo daqueles grupos vulnerabilizados, como os marcados pela desigualdade entre os gêneros.

O juiz ou a juíza feminista não é um magistrado parcial, mas um ser humano que se sensibiliza com situações de vulnerabilidade. Alguém comprometido e engajado no combate às injustiças sociais. Um ser humano crítico que, ao interpretar e aplicar as normas jurídicas, considera as formas de discriminação e intolerância, bem como as barreiras históricas impostas pelo patriarcado e pelo machismo estrutural. Magistrados responsáveis pelas transformações sociais buscam na Constituição e nos Tratados de Direitos Humanos argumentos para exercer o controle de constitucionalidade e convencionalidade para conferir mais efetividade aos direitos e às garantias fundamentais. Não ignoram que o Direito é produzido, interpretado e aplicado majoritariamente por homens. A epistemologia – palavra grega constituída pelos termos *episteme* (que significa conhecimento) e *logos* (que é ciência) – ou a ciência da aquisição do conhecimento é sobretudo masculina, o que facilita a naturalização de estereótipos, preconceitos e discriminações contra as mulheres.

O constitucionalismo feminista e o Protocolo de Julgamento na Perspectiva de Gênero são meios de incorporar ao Direito o *lugar de fala* das mulheres (RIBEIRO, 2019). A perspectiva é contra hegemônica, para que se incorporem conhecimentos capazes de desestabilizar as normas jurídicas injustas, com narrativas potentes construídas com base em outros referenciais e geografias, que permitam pensar o Direito considerando outras possibilidades de existência para além das impostas pelo regime discursivo dominante e opressor.

3. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO MÉTODO DO CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA

Diariamente ingressam no Poder Judiciário demandas que envolvem direito das mulheres e ampliação da sua proteção. A vulnerabilidade que cerca a mulher fica mais evidente em situações de desequilíbrio econômico, como em casos que abrangem divórcio litigioso e dissolução de união estável, em que estão presentes diversas formas de violência doméstica e familiar.

A tutela judicial deve ser adequada, efetiva e célere, de modo a assegurar a igualdade substancial entre as partes e a promoção de um ambiente saudável e seguro para as mulheres.

A pandemia de covid-19 colocou uma “lente de aumento” em face das vulnerabilidades das mulheres. Sabe-

-se que os trabalhos domésticos quase sempre recaem às mulheres. Na época em que foi instituído *lockdown* como medida de contenção da pandemia, era comum perceber as mulheres acumulando as funções domésticas, como o cuidado com a casa e com os filhos, em jornadas exaustivas. Não há o devido reconhecimento da sociedade em relação a esse trabalho, muitas vezes “invisível”.

No entanto, sob o olhar do constitucionalismo feminista, deve-se considerar o trabalho doméstico de cuidado diário e não remunerado da mulher, por exemplo, no cálculo da proporcionalidade da prestação de obrigação alimentar – sobretudo em caso de divórcio no qual a mulher permanece no cuidado diário da casa e dos filhos, durante um longo período da vida, o que possibilita ao ex-marido sucesso na carreira profissional – ou como um fator de colaboração indireta para a partilha dos bens, adquiridos total ou majoritariamente pelo trabalho do marido ou do companheiro, que pôde se dedicar mais à profissão e ao mercado laboral, por ter a mulher despendido mais tempo com os afazeres domésticos.

Por isso, no âmbito do julgamento que envolve casos de fixação de alimentos ao ex-cônjuge bem como aos filhos menores, cabe ao Poder Judiciário adotar o do Protocolo de julgamento com perspectiva de gênero do Conselho Nacional de Justiça (Recomendação CNJ n. 128/2022).

A preocupação com a equidade de gênero, desde a sua diretriz constitucional (art. 5º, I, da CF), deve estar presente no contexto do Direito das Famílias. Como já asseverado, tal perspectiva deve nortear o julgamento das ações de alimentos, para diminuir as injustas discriminações sexuais, próprias do patriarcalismo estrutural ainda presente na sociedade brasileira, conferindo tratamento isonômico, e, ao mesmo tempo, diferenciado a homens e mulheres no desempenho das funções paterna e materna.

Cabe enfatizar que recai, especialmente às mulheres – esposas ou companheiras – as atividades domésticas e inerentes ao dever diário de cuidado prestados aos filhos, como o preparo do alimento, a correção das tarefas escolares, a limpeza da casa para propiciar um ambiente hígido e saudável. Tais afazeres exigem delas mais disponibilidade de tempo, o que sobrecarrega e, não raramente, retira das mulheres oportunidades no mercado de trabalho, no aperfeiçoamento cultural e na participação na vida pública.

Dessa forma, o labor doméstico deve ser considerado, contabilizado e valorado, para fins de aplicação do princípio da proporcionalidade, no cálculo dos alimentos, uma vez que são indispensáveis à satisfação das necessidades, bem-estar e desenvolvimento integral (físico, mental, moral, espiritual e social) das crianças e adolescentes. Como consequência, em ações de prestação alimentar devidas aos filhos menores, o *quantum* dos alimentos deve se balizar pelo trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade (arts. 1.694, § 1º, e 1.703 do Código

Civil), o que permite ao juiz considerar o trabalho doméstico de cuidado – não pago – desempenhado pela genitora na criação do filho, para isentar ou diminuir a sua participação no pagamento da pensão alimentícia.

É importante fixar que a jurisprudência brasileira vem progredindo, mesmo que lentamente, quanto à importância do trabalho desempenhado pela mulher no contexto doméstico. Nesse sentido, é necessário se guiar pela jurisprudência progressista ofertada no Tribunal de Justiça paranaense sobre o tema:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DAS FAMÍLIAS. AGRAVO DE INSTRUMENTO – ARBITRAMENTO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM 63,7% SOBRE O SALÁRIO MÍNIMO NACIONAL PARA A FILHA de 3 anos de idade. PRETENDIDA MINORAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR – NÃO ACOLHIMENTO – QUANTUM CONDIZENTE COM A SITUAÇÃO FÁTICA DAS PARTES – CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE VERIFICADA. **TRABALHO doméstico DE CUIDADO diário e NÃO REMUNERADO da mulher CONSIDERADO NO CÁLCULO DA proporcionalidade dos alimentos.**

adoção do protocolo de julgamento com perspectiva de gênero do conselho nacional de justiça.

paternidade responsável. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

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

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

3. **A preocupação com a equidade de gênero deve estar presente no contexto do Direito das Famílias, especialmente em ações de alimentos, para diminuir as injustas discriminações sexuais, próprias do patriarcalismo estrutural ainda presente na sociedade brasileira, conferindo tratamento isonômico, e ao mesmo tempo diferenciado, a homens e mulheres no desempenho das funções paterna e materna.**

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

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

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

7. O princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CF) - concretizado por meio do pagamento de alimentos fixados em montante proporcional aos esforços da mulher, com a realização de trabalhos domésticos e diários na educação da criança - é um instrumento de desconstrução da neutralidade epistêmica e superação histórica de diferenças de gêneros, de identificação de estereótipos presentes na cultura que comprometem a imparcialidade jurídica, de promoção da equidade do dever de cuidado de pai e mãe no âmbito familiar, além de ser um meio de promoção de direitos humanos e de justiça social (arts. 4º, inc. II, e 170, caput).

8. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

(TJPR - 12ª Câmara Cível - 0019031-19.2022.8.16.0000 - Pato Branco - Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI - J. 16.11.2022). (Grifo nosso).

É imperioso destacar o papel da mulher no cuidado doméstico e da guarda dos filhos – os quais não podem ser menosprezados em virtude da sobrecarga que lhe é imposta, não podendo essa ser vítima de discriminação de gênero.

A mulher soma esforços para ingressar no mercado de trabalho e se responsabilizar pelas tarefas domésticas, o que apenas enfatiza as desvantagens vividas. O labor doméstico sempre foi destinado à mulher, enquanto o provimento financeiro era prestígio colhido pelo homem. À mulher cabia o cuidado da casa, dos filhos, do marido ou companheiro, - atribuição essa que limitava a vida feminina dentro do espaço do lar (SOUSA, GUEDES, 2016).

Dessa forma, o empoderamento da mulher por meio da conquista de novos espaços de trabalho abriu espaço para uma “revolução incompleta”. Isso porque, ao mesmo tempo que a saída de casa representava um passo adiante na liberdade econômica e social daquela mulher, por outro lado, diz-se “incompleta”, “uma vez que as mulheres ainda assumem praticamente sozinhas as atividades do espaço privado, o que perpetua uma desigual e desfavorável divisão sexual do trabalho para ela” (SOUSA, GUEDES, 2016).

Nesse sentido, colhe-se da Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

DIREITO DAS FAMÍLIAS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA C/C TUTELA PROVISÓRIA DE NATUREZA ANTECIPADA. DECISÃO QUE INDEFERE LIMINAR. IRRESIGNAÇÃO DO GENITOR. PLEITO PARA A CONCESSÃO DA GUARDA UNILATERAL. AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE DA SITUAÇÃO DE RISCO APTA A REVERTER A GUARDA COMPARTILHADA OU PARA ALTERAR O LAR MATERNO COMO REFERÊNCIA. NECESSIDADE DA DEVIDA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA DE FORMA A ASSEGURAR A MELHOR PROTEÇÃO DOS INTERESSES DA ADOLESCENTE. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOS ARTIGOS 1.584, § 1º, E 1.634, INCs. I E II, DO CÓDIGO CIVIL, À LUZ DA CONVENÇÃO PARA A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES. JULGAMENTO NA PERSPECTIVA DE GÊNERO. DISCRIMINAÇÃO SEXUAL. PROTEÇÃO DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO DA MULHER. RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA DE PAI E MÃE NOS DEVERES DE CUIDADO E EDUCAÇÃO DOS FILHOS. RECURSO NÃO PROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

[...] 3. Não se mostra razoável a justificativa da modificação da guarda da adolescente em virtu-

de da sobrecarga a qual a genitora é submetida, por estar realizando tarefas domésticas e cuidando de outros dois bebês, além da filha adolescente. Tampouco se pode atribuir, exclusivamente, à mãe o declínio no desempenho escolar da adolescente, especialmente quando faltam aos genitores diálogo e entendimento quanto à educação da filha.

4. A tarefa de educar uma adolescente e dois bebês gêmeos está longe de ser fácil, razão pela qual a genitora não deve ser submetida à situação de discriminação pelo fato de ser mãe, mulher e encontrar-se sobrecarregada nas tarefas domésticas desempenhadas.

5. No caso em exame, conforme apontado no laudo psicossocial, a relação entre a agravada e a adolescente é boa, sendo que o auxílio que a filha presta no cuidado dos irmãos é natural, visto a dificuldade imposta à genitora pelo contexto doméstico e familiar.

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

7. **O patriarcalismo estrutural, ao estabelecer relações hierárquicas de poder entre os sexos biológicos, para justificar a dominação masculina, cria formas de discriminação – direta e indireta – que negam a equidade de gênero e a necessidade de tratamento diferenciado (medidas protetivas) para que as mulheres possam, no âmbito familiar, se dedicarem ao dever de cuidado dos filhos sem a naturalização de obstáculos culturais, econômicos, políticos e jurídicos que comprometam a sua autonomia, dignidade humana e cidadania.**

8. Cabe destacar a tutela judicial dos direitos humanos, inerente aos diplomas internacionais protetivos do direito da mulher e que guardam consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, como a Convenção de para Eliminação de Todas as Formas de Violência contra as Mulheres, da Organização das Nações Unidas, mediante o exercício do controle de convencionalidade. Inteligência da Recomendação nº 123 do Conselho Nacional de Justiça.

9. **A interpretação dos artigos 1.584, § 2º, e 1.634, incs. I e II, do Código Civil à luz da Convenção de para Eliminação de Todas as Formas de Violência contra as Mulheres, da ONU, conduzem**

as seguintes conclusões: i) a necessidade de reconhecer e valorizar a contribuição da mulher ao bem-estar da família e ao desenvolvimento da sociedade; ii) a relevância da importância social da maternidade; iii) a plena igualdade entre homens e mulheres, no ambiente doméstico e familiar, e a responsabilidade compartilhada de pai e mãe no desempenho dos deveres de cuidado e educação dos filhos; iv) a adoção de medidas necessárias, inclusive judiciais, para suprimir todas as formas de dominação masculina e discriminação sexual contra as mulheres.

10. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

(TJPR - 12ª Câmara Cível - 0040733-21.2022.8.16.0000 - Curitiba - Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI - J. 16.11.2022). (Grifo nosso).

A mulher tem o direito de receber alimentos do ex-marido ou ex-companheiro, mesmo após a separação de fato do casal. Isso porque a dissolução do casamento ou da união estável não põe fim ao dever de mútua assistência (arts. 1.566, III, e 1.724 do Código Civil) que – aliado aos princípios da solidariedade (art. 3º, inc. I, da Constituição Federal) e da boa-fé objetiva (art. 113 do Código Civil), aplicáveis ao Direito das Famílias, permite que o ex-cônjuge ou companheira, que não tenha condições de suprir a sua própria subsistência, receba, em regra temporariamente, alimentos pelo ex-marido ou pela ex-esposa, até que reúna condições para se reinserir no mercado de trabalho ou readquirir sua autonomia financeira (STJ, AgInt no AREsp 979.421/RJ, 2017). Não se olvida que a mulher permanece em posição desfavorável em casos de divórcio litigioso ou de dissolução das uniões estáveis, pois, na maioria das vezes, o ex-marido ou companheiro permanece na administração e posse dos bens e se desfaz do patrimônio comum, sem anuência da ex-esposa.

Nesse sentido:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DAS FAMÍLIAS. DIREITOS HUMANOS. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E EXTINÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL E SOBREPARTILHA DE DÍVIDAS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA NEGADO. ANÁLISE QUALITATIVA DOS RECURSOS FINANCEIROS. VULNERABILIDADE SOCIAL E ECONÔMICA DA MULHER, SUPOSTA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA FAMILIAR E DOMÉSTICA, NA MODALIDADE DA VIOLÊNCIA PATRIMONIAL, APÓS A DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. NÃO PAGAMENTO DE VERBAS ALIMENTARES DOS FILHOS PELO AGRAVADO. INDÍCIOS DE EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS

EM NOME DA MULHER PELO EX-COMPANHEIRO, COM ENDIVIDAMENTO PESSOAL E RESTRIÇÃO NO CRÉDITO. COMPROVADO PREJUÍZO AO SUSTENTO PRÓPRIO E DE SUA UNIDADE FAMILIAR. CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. PROTOCOLO DE JULGAMENTO NA PERSPECTIVA DE GÊNERO. RECURSO, PARCIALMENTE, PROVIDO. DECISÃO REFORMADA.

[...] 7. A violência patrimonial constitui hipótese de violência doméstica e familiar contra a mulher nos termos da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - “Convenção de Belém Do Pará” (art. 2º, “c”) e da Lei 11.340/06 (art. 7º, inc. IV). 8. O controle judicial de convencionalidade das regras da gratuidade da justiça (especialmente a interpretação conforme à convencionalidade do art. 98 do CPC), aliado a hermenêutica recomendada pelo Protocolo de Julgamento na Perspectiva de Gênero (Recomendação nº 128 de 2022 do CNJ), permitem, na dimensão do constitucionalismo feminista, construir um pensamento crítico para superar a suposta neutralidade epistêmica e a universalidade abstrata, com o escopo de avaliar a situação concreta de vulnerabilidade social e econômica da mulher, que requer a assistência judiciária gratuita, de modo a possibilitar a avaliação das consequências, para o acesso à ordem jurídica justa, da forma como o rompimento do relacionamento aconteceu e quais os seus efeitos econômicos para a dinâmica familiar, consideradas as circunstâncias específicas da agravante – vítima de violência familiar e doméstica - e seus filhos. Exegese das Recomendações nº 123 e 128 de 2022 do Conselho Nacional de Justiça.

9. O constitucionalismo feminista é um método que deve direcionar a hermenêutica jurídica na busca pela coexistência harmônica entre o princípio da igualdade, em sentido substancial, e o princípio do reconhecimento pela diferença, ao revelar discriminações estruturais, presentes na referência da universalidade (inclusive, epistêmica) identificada na masculinidade hegemônica, a partir do respeito à consideração ao outro e ao diferente, em posição de vulnerabilidade (na hipótese, a posição social e jurídica das mulheres), decorrente das relações assimétricas de poder inerentes ao patriarcalismo/machismo estruturais.

10. Argumentos como a perda do bem de família que servia de moradia, a realização de empréstimos consignados e pessoais realizados em nome da mulher pelo ex-companheiro, causando-lhe endividamento e restrição no crédito, e

a indevida retenção ou o atraso no pagamento dos alimentos destinados aos filhos - desde que comprovados e que não apresentem justificativa plausível -, exigindo que ela fique sobrecarregada ou tenha que arcar sozinha com as despesas e demandas inerentes à criação da prole, além de violar os princípios da solidariedade familiar e da paternidade responsável, enquadra-se na definição de violência doméstica patrimonial presente tanto na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - “Convenção De Belém Do Pará” – quanto na Lei 11.340/06.

12. Agravo, parcialmente, provido, para que seja parcelado, em até 24 meses, o pagamento das despesas processuais, que o beneficiário tiver de adiantar no curso do processo, nos termos do artigo 98, § 6º, do Código de Processo Civil.

(TJPR - 12ª Câmara Cível - 0053189-03.2022.8.16.0000 - São José dos Pinhais - Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI - J. 05.12.2022). (Grifo nosso).

Portanto, é necessário combater as desigualdades de gênero e a possibilidade de, por meio de ações de alimentos, diminuir a falta de isonomia existente entre homens e mulheres, tanto no desempenho das funções paterna e materna na sociedade, quanto no favorecimento à promoção da autonomia privada.

Desse modo, é relevante mencionar o texto de Silvia Federici (2019), que afirma acerca do trabalho dentro da esfera privada do lar:

O sexo é parte do trabalho, ele se torna uma tarefa. Dar prazer ao homem, fazê-lo feliz. O que eles chamam de amor, nós chamamos de trabalho não pago. (FEDERICI, 2019)

A reflexão citada critica a *naturalização* das funções de cuidado desempenhadas, de forma majoritária, pelas mulheres, contextualizada principalmente dentro das relações familiares, o que se reflete na não mensuração do trabalho doméstico de cuidado pelo ordenamento jurídico. Tal realidade social, contudo, não pode mais ser ignorada pelo Direito das Famílias.

Afinal, quando se desconsidera o trabalho doméstico, por meio de uma suposta neutralidade jurídica, acaba-se por desconsiderar a realidade social – marcada pelo patriarcalismo e pelo machismo estrutural – como destacado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero:

Agir de forma supostamente neutra, nesse caso, acaba por desafiar o comando da imparcialidade. A aplicação de normas que perpetuam estereóti-

pos e preconceitos, assim como a interpretação enviesada de normas supostamente neutras ou que geram impactos diferenciados entre os diversos segmentos da sociedade, acabam por reproduzir discriminação e violência, contrariando o princípio constitucional da igualdade e da não discriminação. (CNJ, 2021, Grifo nosso).

O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, nos termos da Recomendação CNJ n. 128/2022, deve servir de parâmetro hermenêutico a ser utilizado pelo Judiciário como meio de desconstrução e superação de diferenças e desigualdades históricas, de identificação de estereótipos presentes na cultura que comprometem a imparcialidade jurídica e de promoção da equidade do dever de cuidado de pai e mãe no âmbito familiar:

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

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

Considerar que os estereótipos estão presentes na cultura, na sociedade, nas instituições e no próprio direito, buscando identificá-los para não se submeter à influência de vieses inconsciente no exercício da jurisdição é uma forma de se aprimorar a objetividade e, portanto, a imparcialidade no processo de tomada de decisão. Além disso, a compreensão crítica de que a pessoa julgadora ocupa uma posição social, que informa a sua visão de mundo, muitas vezes bem diversa das partes, reduz a possibilidade de se tomar uma decisão que favoreça a desigualdade e a discriminação. (CNJ, 2021, Grifo nosso).

A Recomendação CNJ n. 128/2022 está, portanto, em sintonia com a teoria crítica dos direitos humanos, bem representada na orientação de Joaquín Herrera-Flores (2009):

Se existe um fenômeno que resiste à suposta “neutralidade” científica, são os direitos humanos, sobretudo para uma teoria como a nossa, que se compromete a refletir intelectualmente e a propor dinâmicas sociais de luta contra os processos hegemônicos de divisão do fazer humano. Que neutralidade podemos defender se nosso objetivo é *empoderar* e fortalecer as pessoas e os grupos que sofrem essas violações, dotando-os de meios e instrumentos necessários para que, plural e di-

ferencialmente, possam lutar pela dignidade? Por isso nossa insistência para que uma visão atual dos direitos humanos parta de novas bases teóricas e induza a práticas renovadas nas lutas “universais” pela dignidade. (HERRERA-FLORES, 2009, P. 31-32)

Como já foi mencionado, os casos que envolvem violência doméstica e familiar são situações corriqueiras na realidade brasileira. Desse modo, é necessário que o intérprete e aplicador das normas jurídicas se oriente pelas balizas protetivas dos direitos humanos das mulheres.

Destaca-se, por exemplo, um precedente do Superior Tribunal de Justiça, pioneiro em reconhecer a dupla vulnerabilidade da mulher, em situação que o ex-marido cobrava aluguel da ex-esposa da casa em que moravam juntos. Ela permaneceu na residência do casal, sem ter de pagar aluguel, após o término do relacionamento por força de decisão judicial que reconheceu que o ex-marido havia praticado violência doméstica e determinou o seu afastamento do lar.

RECURSO ESPECIAL. CÍVEL. IMÓVEL EM CONDOMÍNIO. POSSE DIRETA E EXCLUSIVA EXERCIDA POR UM DOS CONDÔMINOS. PRIVAÇÃO DE USO E GOZO DO BEM POR COPROPRIETÁRIO EM VIRTUDE DE MEDIDA PROTETIVA CONTRA ELE DECRETADA. ARBITRAMENTO DE ALUGUEL PELO USO EXCLUSIVO DA COISA PELA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. DESCABIMENTO. DESPROPORCIONALIDADE CONSTATADA E INEXISTÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. O propósito recursal consiste em definir a possibilidade de arbitramento de aluguel, pelo uso exclusivo e gratuito de imóvel comum indiviso por um dos condôminos, em favor de coproprietário que foi privado do uso e gozo do bem devido à decretação judicial de medida protetiva em ação penal proveniente de suposta prática de crime de violência doméstica e familiar contra a mulher. [...]. 3. Contudo, impor à vítima de violência doméstica e familiar obrigação pecuniária consistente em locativo pelo uso exclusivo e integral do bem comum, na dicção do art. 1.319 do CC/2002, constituiria proteção insuficiente aos direitos constitucionais da dignidade humana e da igualdade, além de ir contra um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro de promoção do bem de todos sem preconceito de sexo, sobretudo porque serviria de desestímulo a que a mulher buscasse o amparo do Estado para rechaçar a violência contra ela praticada, como assegura a Constituição Federal em seu art. 226, § 8º, a revelar a desproporcionalida-

de da pretensão indenizatória em tal caso. [...]. 5. Outrossim, a imposição judicial de uma medida protetiva de urgência - que procure cessar a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher e implique o afastamento do agressor do seu lar - constitui motivo legítimo a que se limite o domínio deste sobre o imóvel utilizado como moradia conjuntamente com a vítima, não se evidenciando, assim, eventual enriquecimento sem causa, que legitimasse o arbitramento de aluguel como forma de indenização pela privação do direito de propriedade do agressor. 6. Portanto, afigura-se descabido o arbitramento de aluguel, com base no disposto no art. 1.319 do CC/2002, em desfavor da coproprietária vítima de violência doméstica, que, em razão de medida protetiva de urgência decretada judicialmente, detém o uso e gozo exclusivo do imóvel de cotitularidade do agressor, seja pela desproporcionalidade constatada em cotejo com o art. 226, § 8º, da CF/1988, seja pela ausência de enriquecimento sem causa (art. 884 do CC/2002). Na hipótese, o Tribunal de origem decidiu em consonância com a referida tese, inexistindo, assim, reparo a ser realizado no acórdão recorrido. 7. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp n. 1.966.556/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 17/2/2022) (Grifo nosso).

Tal julgado está em sintonia com a promoção da equidade de gênero pelo Poder Judiciário, ao assegurar a proteção judicial suficiente à mulher, no âmbito das relações familiares, a fim de combater a violência doméstica, valorizar o exercício da maternidade/paternidade responsável e otimizar a tutela da dignidade humana. O precedente ilustra que o Poder Judiciário, quando instado a se manifestar, tem o dever de promover e garantir direitos humanos, na perspectiva do constitucionalismo feminista, para a melhor proteção dos grupos sociais mais vulneráveis (minorias não hegemônicas), pautado na proteção eficiente e digna da pessoa humana.

Além disso, o precedente do STJ está de acordo com a tutela dos direitos humanos, o que permite a efetivação da Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher), da Convenção para eliminação de todas as formas de violência contra as Mulheres, da Organização das Nações Unidas, do Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero (Recomendação CNJ n. 128/2022) e da Recomendação CNJ n. 123/CNJ, que reforça a imprescindibilidade pelos órgãos do Poder Judiciário de dar concretude aos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos em vigor no Brasil.

Com efeito, é papel dos Poderes Públicos, com destaque para o Poder Judiciário, por meio dos controles de constitucionalidade, convencionalidade e legalidade, realizar a harmonização das normas jurídicas, para inibir e reprimir toda e qualquer discriminação contra as mulheres que possa provocar violência de gênero ou perpetuar a sua impunidade.

A mulher pluralmente compreendida – em razão da sua condição de ser humano socialmente vulnerabilizado por força do patriarcado e do machismo estrutural, fatores históricos de discriminação cultural – tem o direito humano-fundamental a viver sem violência de gênero, sobretudo no ambiente doméstico e familiar (arts. 5º, § 2º, e 226, *caput* e § 8º, da Constituição Federal e aplicação de tratados de direitos humanos em que o Brasil é signatário).

Em sentido complementar, o item 2 da Recomendação Geral n. 35, sobre Violência de Gênero contra as Mulheres, do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) afirma que a proibição de violência de gênero contra as mulheres evoluiu para um *princípio de Direito Internacional consuetudinário*.

A violência patrimonial é uma das espécies de violência doméstica e familiar que merece especial proteção jurídica do Estado brasileiro, conforme preveem os arts. 16, “h”, da CEDAW – de 18 de dezembro de 1979, incorporada ao Direito brasileiro pelo Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002 – e 7º, “d”, da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (também conhecida como “Convenção de Belém do Pará”) – de 9 de julho de 1994, e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996 – e dos arts. 5º, 6º e 7º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Dessa maneira, tal violência é uma das formas de negação da equidade de gênero e de violação dos direitos humanos-fundamentais das mulheres, cuja superação depende da atuação protetiva e diferenciada do Poder Judiciário, nos termos do art. 2º da Recomendação CNJ n. 128/2002 (pela adoção do Protocolo de Julgamento na Perspectiva de Gênero). Por exemplo, quando a mulher não tem acesso aos bens comuns, encontra-se em posição de vulnerabilidade social e econômica, caracterizando situação de desequilíbrio patrimonial, o que, também, configura desigualdade, que não pode ser ignorada pelo Poder Judiciário.

De igual modo, a mulher vítima de violência doméstica e familiar deve ser indenizada, em situações de danos físicos e/ou psicológicos, pelo reconhecimento do dano presumido ou *in re ipsa*².

2 Nesse sentido, também: TJPR (12ª Câmara Cível) 0000952-69.2016.8.16.0107 - Mamborê. Rel.: Eduardo Augusto Salomao Cambi - J. 28.11.2022.

[...] a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único - o criminal - possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada. 7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. 8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos. 9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa - sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o *onus probandi* é integralmente do órgão de acusação -, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados (REsp n. 1.643.051/MS, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe de 8/3/2018). (Grifo nosso).

Precedentes como esse estão em harmonia com o constitucionalismo feminista e a tese da eficácia horizontal do direito fundamental à equidade de gênero (art. 5º, I, da Constituição Federal)³, bem como com a Política institucional do Poder Judiciário de atenção às vítimas de crimes e atos infracionais (especialmente, o art. 1º, § 1º, da Resolução CNJ n. 253/2018) e os diplomas internacionais protetivos do direito da mulher que estão em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, como a Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher) e a Convenção para eliminação de todas as formas de violência contra as Mulheres, da Organização das Nações Unidas.

4. CONCLUSÃO

As vulnerabilidades das mulheres são historicamente situadas e decorrentes do patriarcado e do machismo estrutural, o que exige aplicação de técnicas jurídicas diferenciadas para a promoção da equidade de gênero.

A luta pela igualdade substancial é importante, sob os mais diferentes aspectos – desde a distribuição nas tarefas domésticas até as reivindicações perante a sociedade –, que envolvem igualdade nas oportunidades no mercado de trabalho e nas remunerações pelos mesmos serviços prestados, na capacitação para estudos e aprendizagem e na representação política nos Parlamentos, no Executivo e no Poder Judiciário.

Ao remontar à pergunta de pesquisa, que consiste em responder: Como é possível garantir a proteção às mulheres, sob a ótica do Constitucionalismo Feminista, no âmbito do Poder Judiciário brasileiro?, infere-se que o Poder Judiciário avança, com base no constitucionalismo multinível, para a concretização dos direitos humanos para as mulheres.

A mudança não ocorre rapidamente. Pelo contrário, é necessário reconhecer que existe o problema social para que as regras de convivência sejam adequadas e as instituições se transformem para impedir a reprodução de discriminações. O Direito precisa se adequar às mudanças sociais, razão pela qual deve atender às solicitações dos grupos vulnerabilizados, que pedem sua intervenção para que sejam protegidos e tenham seus direitos fundamentais assegurados.

A Lei Maria da Penha (Lei n. 13.340/2006) bem como os diplomas protetivos internacionais – como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979, a Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher), de 1994 e a Declaração de Pequim (1995) – buscam alinhar as propostas garantistas às realidades vivenciadas pelas mulheres.

Incumbe ao Poder Judiciário o olhar cuidadoso para as vulnerabilidades femininas, de modo a construir uma hermenêutica jurídica pró-mulher, com o objetivo de enfrentar as desigualdades e discriminações culturais, econômicas, físicas, políticas e sociais. Sendo assim, é imperioso destacar a evolução proporcionada pela Recomendação CNJ n. 128/2022, que instituiu o Protocolo de Julgamento da perspectiva de gênero no Poder Judiciário brasileiro.

3 “O constitucionalismo feminista deve ter como missão a institucionalização dos direitos fundamentais das mulheres, tanto na perspectiva de direitos subjetivos, individuais e coletivos quanto de políticas públicas, cujos efeitos dirigente, irradiante e horizontal vincularão todas as autoridades públicas e privadas da nação (SILVA, 2015, p. 72-76). No que diz respeito à eficácia irradiante, pode-se afirmar que ela fornece impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação das leis infraconstitucionais informadas pelos princípios constitucionais fundamentais, numa verdadeira interpretação conforme, que prestigia a igualdade de gênero como vetor da interpretação de todas as normas do ordenamento jurídico. Associada à eficácia irradiante está a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a força vinculante da Constituição também para a esfera privada. A partir dessa ideia, os princípios constitucionais fundamentais, entre os quais está a igualdade de gênero, irradiam seus efeitos para as relações entre particulares” (SILVA, 2021).

O Conselho Nacional de Justiça seguiu o exemplo de outros países latino-americanos – como México, Bolívia, Colômbia e Uruguai – que já haviam editado protocolos similares por determinação de decisões de Cortes Regionais e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (como ficou expresso no julgamento do Caso González e outros vs. México – “Campo Algodonero”). Desse modo, concretizou o disposto nos arts. 2º, “f”, e 5º, “a”, da CEDAW, ao implantar uma medida efetiva para erradicar preconceitos, estereótipos e práticas discriminatórias, fontes da violência de gênero contra as mulheres.

A existência de um protocolo de julgamento de gênero revela a necessidade da adoção de padrões críticos pelo sistema judicial brasileiro, o que permite a colaboração do Poder Judiciário na implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) – apelo traçado pela Organização das Nações Unidas (ONU), na Agenda 2030, para a prosperidade global – notadamente o ODS n. 5, sobre a igualdade de gênero e empoderamento de todas as mulheres e meninas, e o ODS n. 16, voltado à promoção de sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, o fornecimento de acesso à Justiça e a criação de instituições efetivas, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

Entretanto, as transformações sociais dependem da superação de estereótipos e preconceitos arraigados na cultura dominante. O constitucionalismo feminista, ao buscar enfrentar os mecanismos de opressão trazidos pelo patriarcado e pelo machismo estrutural, contribui com a luta contra as injustiças sociais.

Trata-se de um desafio que transcende gerações, em que é indispensável investir na educação para os direitos humanos, como forma de garantir cidadania e bem comum, e fornecer qualificação e treinamento obrigatórios, entre outros, para membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, advogados, legisladores, integrantes das forças de segurança pública, professores e profissionais de saúde.

O empoderamento das mulheres acerca de suas capacidades e de seus direitos deve ser um dos princípios norteadores para a concretização da justiça social. Nessa dimensão, não se pode ignorar o lugar de fala delas nem

desconsiderar a perspectiva interseccional que, além do gênero, se vale da cor da pele e da classe social e de outros fatores⁴ como marcadores das desigualdades a serem juridicamente solucionadas. Nesse sentido, a situação das mulheres negras, deficientes, analfabetas, trans e pobres, por exemplo, encontra peculiaridades que resultam em discriminações múltiplas e que exigem ações específicas na transposição das injustiças ampliadas por diversos fatores de vulnerabilidade⁵.

De qualquer forma, o constitucionalismo feminista opera por meio de mulheres e para mulheres, em permanente diálogo e colaboração com os homens, revelando a potencialidade das vozes femininas para a composição de espaços heterogêneos e a construção de uma sociedade mais igualitária.

A *esperança feminista* se consolida, entre outras ações, em escutar o “grito” das mulheres pela afirmação de seus direitos, mas também em engajar todos os que se calam e “fecham seus ouvidos” (DINIZ, 2022, p. 22) para os discursos e ações contra hegemônicos de superação de todas as formas de opressão de gênero.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Desdêmona Tenório de Brito Toledo. Cultura da Igualdade de Gênero no Brasil: uma leitura a partir de Raewyn Connell. p. 62. In.: SILVA, Christine Peter da. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. FACHIN, Melina Girardi (Coord.). **Constitucionalismo Feminista**. Salvador: JusPodvium, 2020.

BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades**: limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2019.

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

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 jun. 2023.

4 Nesse sentido, depreende-se do item 12 da Recomendação Geral n. 35, sobre Violência de Gênero contra as Mulheres, do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW): “Na Recomendação Geral n. 28 e na Recomendação Geral n. 33, o Comitê confirmou que a discriminação contra as mulheres estava inevitavelmente vinculada a outros fatores que afetam suas vidas. O Comitê, em sua jurisprudência, destacou o fato de que tais fatores incluem etnia/raça, ser indígena ou pertencer a outro grupo minoritário, cor, status socioeconômico e/ou casta, língua, religião ou crença, opinião política, nacionalidade, estado civil e/ou maternal, idade, localização urbana/rural, estado de saúde, deficiência, propriedade, ser lésbica, bissexual, transexual ou intersexual, analfabetismo, busca de asilo, ser refugiada, deslocamento interno, apatridia, migração, chefia de família, viuvez, conviver com HIV/Aids, privação de liberdade, estar na prostituição, assim como o tráfico de mulheres, situações de conflito armado, distanciamento geográfico e estigmatização das mulheres que lutam por seus direitos, incluindo defensoras de direitos humanos. Assim, como as mulheres experimentam formas de discriminação diferentes e cruzadas, que geram impacto negativo agravante, o Comitê reconhece que a violência de gênero pode afetar algumas mulheres em diferentes graus, ou de maneiras diferentes, o que significa que são necessárias respostas legais e políticas adequadas”.

5 Destaca-se, no combate ao racismo, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, promulgada pelo Decreto n. 10.932/2022, que adota o conceito de discriminação múltipla ou agravada no artigo 1.3, *in verbis*: “Discriminação múltipla ou agravada é **qualquer** preferência, distinção, exclusão ou restrição baseada, de modo concomitante, em dois ou mais critérios dispostos no Artigo 1.1, ou outros reconhecidos em instrumentos internacionais, cujo objetivo ou resultado seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes, em qualquer área da vida pública ou privada”.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996.** Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.340, de 7 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l13340.htm#:~:text=%C3%89%20garantido%20a%20toda%20mulher,median-te%20atendimento%20espec%C3%ADfico%20e%20humanizado. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **REsp n. 1.643.051/MS.** Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, de 28 de fevereiro de 2018, DJe de 8/3/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **REsp n. 1.966.556/SP.** Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 8 de fevereiro de 2022, DJe de 17/2/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgInt no AREsp 979.421/RJ.** Relator: Min. Raul Araújo, 16 de fevereiro de 2017, DJe de 14/03/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **RHC n. 42.918/RS.** Relator: Min. Jorge Mussi, 5 de agosto de 2014, DJe de 14/8/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 779.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779 - Distrito Federal. Relator: Min. Dias Toffoli, 15 de março de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373>. Acesso em: 23 nov. 2022.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de; FACHIN, Melina Giradi. **Constituição e Direitos humanos:** tutela dos grupos vulneráveis. São Paulo: Almedina, 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Comunicados de imprensa. **CIDH expressa sua profunda preocupação frente à alarmante prevalência de assassinatos de mulheres em razão de estereótipo de gênero no Brasil.** 4 fev. 2019. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/024.asp>. Acesso em: 2 dez. 2022.

COMITÊ PARA ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (CEDAW). **Recomendação Geral n. 35 sobre violência de gênero contra as mulheres, de 26 de julho de 2017.** Tradução: Neri Accioly. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero.** Brasília: CNJ; Enfam, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação CNJ n. 123, de 7 de janeiro de 2022.** Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original-1519352022011161dda007f35ef.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação CNJ n. 128, de 15 de fevereiro de 2022.** Recomenda a adoção do “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4377>. Acesso em: 18 jun. 2023.

DINIZ, Débora; GEBARA, Ivone. **Esperança feminista**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2022.

FEDERICCI, Silvia. **O que eles chamam de amor, nós chamamos de trabalho não pago, diz Silvia Federici**. Portal Galedés, [s. l.], 14 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/o-que-eles-chamam-de-amor-nos-chamamos-de-trabalho-nao-pago-diz-silvia-federici>. Acesso em: 23 nov. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência contra mulheres em 2021**. São Paulo: Fórum Brasileiro De Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2023.

FUCHS, Marie Christine. Perspectiva de gênero: um desafio necessário e urgente para a Consolidação do Estado de direito nas Américas. In.: SILVA, Christine Peter da. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. FACHIN, Melina Girardi (Coord.). **Constitucionalismo Feminista**. Salvador: JusPodvium, 2020.

HERRERA-FLORES. Joaquin. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Trad. de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Boiteux, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **PNS: Pesquisa Nacional de Saúde**. Brasília: IBGE, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/saude/9160-pesquisa-nacional-de-saude.html>. Acesso em: 19 jun. 2023.

Eduardo Cambi

Pós-Doutor pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do programa de pós-graduação (doutorado e mestrado) da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e do Centro Universitário Fundação Assis Gurgaz (FAG). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídica.

Letícia de Andrade Porto Nosaki

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Especialista em Direito Constitucional pela ABDCONST e FEMPAR/PR. Chefe de gabinete de Desembargador - TJPR.

Melina Girardi Fachin

Estágio de pós-doutoramento pela Universidade de Coimbra no Instituto de Direitos Humanos e Democracia (2019-2020). Doutora em Direito Constitucional, com ênfase em Direitos Humanos, pela PUC-SP. Professora adjunta dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada.

PARANÁ. TJPR - 12ª Câmara Cível - 0053189-03.2022.8.16.0000 - São José dos Pinhais - Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI - J. 05.12.2022.

PARANÁ. TJPR - 12ª Câmara Cível - 0000952-69.2016.8.16.0107 - Mamborê - Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI - J. 28.11.2022

PARANÁ. TJPR - 12ª Câmara Cível - 0040733-21.2022.8.16.0000 - Curitiba - Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI - J. 16.11.2022.

PARANÁ. TJPR - 12ª Câmara Cível - 0019031-19.2022.8.16.0000 - Pato Branco - Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI - J. 16.11.2022

RIBEIRO, Djamila. **Lugar de fala**. São Paulo: Jandaíra, 2019.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Por uma dogmática constitucional feminista. **Suprema**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 151-189, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.53798/suprema.2021.v1.n2.a67>. Acesso em: 18 jun. 2023.

SILVA, Christine Oliveira Peter da; GOMIDE, Carolina Freitas. Constitucionalistas Constituintes: uma agenda para o Brasil. p. 24. In: SILVA, Christine Peter da. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. FACHIN, Melina Girardi (Coord.). **Constitucionalismo Feminista**. Salvador: JusPodvium, 2020.

SOUSA, Luana Passos de; GUEDES, Dyeggo Rocha. A desigual divisão sexual do trabalho: um olhar sob a última década. **Estudos Avançados – USP**, São Paulo, v. 30. n. 87, p. 123-139, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/119119>. Acesso em: 13 dezembro. 2022.

POR QUE OS JUÍZES DEVEM SE PREOCUPAR COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: RECOMENDAÇÃO CNJ N. 123/2022

WHY SHOULD JUDGES WORRY ABOUT INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS' CASE LAW: RECOMMENDATION CNJ N. 123/2022

Vitor Fonsêca

RESUMO: Interpreta a Recomendação n. 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça, quando recomenda aos juízes brasileiros a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Para tanto, utiliza-se a teoria do direito para fundamentar o poder de recomendação do CNJ. Quanto à interpretação do que significa “uso da jurisprudência da Corte Interamericana”, apresentam-se estudos teóricos para entender a extensão dessa recomendação, incluindo a interpretação de instrumentos internacionais do Sistema Interamericano, especialmente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O artigo pretende esclarecer dúvidas sobre o conteúdo da Recomendação do CNJ, particularmente se os juízes brasileiros são livres para ignorar a jurisprudência da CIDH.

PALAVRAS-CHAVE: Recomendação CNJ n. 123/2022. Poder de recomendação. Direitos humanos. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Controle de convencionalidade.

ABSTRACT: This article seeks the meaning of the CNJ Recommendation 123/2022, when it recommends to Brazilian judges to use the case-law of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR). To do so, we used the theory of law to support CNJ's power to recommend. As for the interpretation of what “use of the case-law of the Inter-American Court” means, theoretical studies were brought to understand the extension of this recommendation, including interpretation of international instruments of the Inter-American System, especially the American Convention on Human Rights itself, and authors who study the International Human Rights. The article is supposed to clarify doubts about the content of CNJ's recommendation, particularly if Brazilian judges are free to ignore the case-law of IACHR.

KEYWORDS: Recommendation CNJ 123/2022. Power to recommend. Human rights. Case-law of the Inter-American Court of Human Rights. Conventionality control.

1. INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é a Recomendação CNJ n. 123/2022. Mais especificamente, pretende-se buscar o significado da recomendação aos juízes e às juízas brasileiros para utilizarem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O artigo tem como objetivo interpretar o comando normativo do art. 1º da Recomendação CNJ n. 123/2022 quando recomenda à magistratura que seja utilizada a jurisprudência da Corte Interamericana. Como objetivos específicos, busca-se entender a dimensão do poder normativo de recomendar no CNJ e o que se quer dizer ao “recomendar” a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana pela magistratura.

Para tanto, buscou-se amparo na doutrina para fundamentar o poder de recomendar no CNJ, seja no campo formal (recomendar como “norma jurídica”) ou no campo institucional e constitucional-administrativo (recomendar como “poder normativo do CNJ”).

Quanto à interpretação do que significa “utilização da jurisprudência da Corte Interamericana”, buscou-se subsídios teóricos para entender a extensão dessa recomendação em instrumentos normativos do Sistema Interamericano, especialmente a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e na doutrina voltada ao Direito Internacional de Direitos Humanos. A base teórica para o desenvolvimento da pesquisa é a teoria do controle de convencionalidade, desenvolvida no âmbito da própria Corte Interamericana, cujas sentenças foram citadas e referenciadas no presente estudo, além da própria diferença entre a eficácia *inter partes* e *erga omnes* feita pela Corte.

Espera-se com isso elucidar eventuais dúvidas sobre o teor da recomendação do CNJ e, ao mesmo tempo, fornecer elementos para que juízes e juízas, além de outros operadores do direito, possam, de fato, utilizar com segurança a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tal como recomendado pelo CNJ. Mais particularmente, pretende-se esclarecer se os juízes

brasileiros e as juízas brasileiras estão livres para ignorar a jurisprudência da Corte Interamericana.

2. A RECOMENDAÇÃO CNJ N. 123/2022

A Recomendação CNJ n. 123/2022 foi aprovada pelo Plenário do CNJ no procedimento Ato Normativo n. 0008759-45.2021.2.00.0000, durante a 61ª Sessão Extraordinária, realizada em 14 de dezembro de 2021. Embora votada em 2021, a Recomendação somente foi numerada e publicada no ano de 2022, quando foi disponibilizada no Diário Oficial de 11 de janeiro de 2022. A Recomendação tem apenas dois artigos. O art. 2 diz que a recomendação entra em vigor na data de sua publicação e o art. 1º traz em si o teor e o conteúdo do ato. Diz o art. 1º que o CNJ resolveu recomendar aos órgãos do Poder Judiciário:

- a) a observância dos tratados e as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas;
- b) a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral.

Lendo e analisando o art. 1º da Recomendação CNJ n. 123/2022, pode-se dizer que há quatro recomendações centrais:

- 1) a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil;
- 2) a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH);
- 3) o controle de convencionalidade das leis internas;
- 4) a prioridade de julgamento de processos envolvendo casos em que o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O CNJ não é necessariamente pioneiro na iniciativa de recomendar a observância de tratados internacionais de direitos humanos e a utilização da jurisprudência da Corte IDH no Brasil. Alguns tribunais brasileiros já haviam feito a mesma recomendação.

Desde 2017, o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, mediante a Recomendação n. 1/2017/CGJUS/CHGABCGJUS, já recomendava aos magistrados que “observem os tratados de direitos humanos e utilizem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Hu-

manos (Corte IDH) quando da prolação de despachos, decisões e sentenças”.

Do mesmo modo, no ano de 2020, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, mediante o Provimento n. 20/2020 da Corregedoria-Geral de Justiça, recomendou aos juízes que “observem os tratados, convenções e demais instrumentos internacionais aprovados e ratificados pela República Federativa do Brasil, especialmente no que tange à proteção dos Direitos Humanos e, sempre que possível, utilizem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) nas atividades que envolvam a pesquisa para a elaboração de despachos, decisões e sentenças”.

Por que, então, recomendar a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana?

3. A OBRIGATORIEDADE DE UMA “RECOMENDAÇÃO” DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Até que ponto uma recomendação como essa do CNJ é obrigatória? Para responder a essa pergunta, a recomendação será apresentada como norma jurídica (a partir de uma abordagem formal do Direito) e como poder normativo do Conselho Nacional de Justiça (a partir de uma abordagem constitucional-administrativa).

3.1 A “recomendação” como norma jurídica

Poderia se dizer que uma “recomendação” não seria obrigatória e talvez há quem diga que sequer seria um ato normativo. Isso se deve ao fato de que a expressão “recomendar” não tem a mesma carga normativa que outras expressões como “obrigar”, “dever” ou “determinar”. Do mesmo modo, a recomendação também não tem uma sanção. Qual seria então o caráter vinculante de uma “recomendação” como norma jurídica?

De fato, normas jurídicas nem sempre são cumpridas. Por isso, as normas jurídicas precisam de garantias para sua execução. Para não serem consideradas “letra-morta”, as normas se utilizam muitas vezes de sanções. Mas isso não é uma regra. Existem normas jurídicas sem sanções: são as chamadas “normas imperfeitas” (FALCÓN Y TELLÁ, 2011; KORKUNOV, 1922).

O Direito evoluiu ao ponto de que existem modos mais suaves de se determinar o comportamento alheio e nem sempre se requer a sanção. Dois exemplos de “normas imperfeitas” podem demonstrar isso.

Imagine, por exemplo, uma Prefeitura que quer realizar uma compra pública e recebe um parecer de sua Procuradoria lhe dizendo que o edital viola regras jurídicas sobre licitações. A manifestação técnica da Procuradoria não é uma ordem de comando em si (para obrigar a Prefeitura a não realizar a compra por via daquele edital). Por não ser uma ordem de comando, o parecer da Procuradoria tem menor força de obrigatoriedade. No

entanto, isso não afasta do parecer jurídico sua função de guia ou de direcionamento para o comportamento futuro da Prefeitura (BOBBIO, 2003).

O mesmo acontece com “recomendações” no âmbito do Direito Internacional. As recomendações emanadas de órgãos internacionais de controle não deixam de, também, influir no comportamento dos sujeitos internacionais, mesmo que com menor obrigatoriedade (BOBBIO, 2003). É o caso, por exemplo, das resoluções da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e as recomendações expedidas por comitês criados por tratados internacionais de direitos humanos.

Uma recomendação também pode ser considerada uma “norma imperfeita”, porque não prevê exatamente uma sanção. Quando alguém recomenda uma conduta, não está obrigando o destinatário a seguir o que foi recomendado. A pergunta é: mesmo sem uma sanção, a recomendação tem algum valor jurídico? Qual é a importância de uma sanção para a recomendação?

Na verdade, a própria palavra “sanção” é polissêmica no Direito. Quando se fala em sanção, pode-se referir a: a) uma pena (uma punição, como a privação da liberdade); b) uma consequência negativa de uma violação (danos morais, por exemplo); c) um constrangimento (ou seja, uma medida preventiva para evitar o descumprimento da norma); d) uma consequência positiva de um comportamento (uma vantagem ou um prêmio); e) um reconhecimento (pelo Poder Judiciário, por exemplo); ou f) uma consagração (a chamada “sanção” presidencial). Em torno dessa polissemia sobre o que é sanção, ainda repousa um emaranhado de dúvidas sobre as relações de interdependência e coordenação de sanções. Basta pensar, por exemplo, na intrincada relação entre sanções civis, administrativas e penais (OST e KERCHOVE, 2002).

Na literatura jurídica, Hobbes (2003) e Bobbio (2003) distinguem o “comando” de um “conselho”. Para ambos, quando alguém diz “faça isto” pode dar ensejo a uma ordem de comando ou a um conselho. O traço diferencial vai depender de quem o diz, a quem é dirigido e em qual ocasião. Há uma diferença grande entre quando um policial diz “pare o carro” (comando) e quando um amigo percebe que seu pneu furou e diz “é melhor você parar o carro” (conselho).

A distinção entre comando e conselho pode ser feita em três pontos quanto: a) ao conteúdo; b) ao comportamento do destinatário; e c) às consequências. No que se refere ao conteúdo, os comandos são obedecidos por serem comandos (“Por que devo obedecer? Porque está na lei”); já os conselhos não contam com a autoridade de quem aconselha, mas com a racionalidade em si do conselho (“esse conselho é bom”). Quanto ao comportamento do destinatário, quem recebe o conselho não é obrigado a segui-lo (nem pode ser punido por não seguir o conselho). Por fim, quando se fala em consequências, quem emite o comando responsabiliza-se pela ordem;

ao contrário, no conselho, o destinatário é que assume a responsabilidade pelo que acontecer (HOBBS, 2003; BOBBIO, 2003).

A recomendação tem todas essas características. Alguém acata a recomendação pelas razões nela expostas, ou seja, por ser uma boa recomendação. Ninguém é obrigado a acatar a recomendação. Até porque, ao fim, a responsabilidade em acatá-la será do destinatário. A recomendação, porém, pode convencer o destinatário e conseguir produzir os efeitos pretendidos.

3.2 A “recomendação” como poder normativo do Conselho Nacional de Justiça

Se, do ponto de vista formal do Direito, a recomendação, mesmo sem aparente “sanção”, tem força suficiente para mudar, orientar ou direcionar comportamentos jurídicos, deve-se discutir agora se uma recomendação do Conselho Nacional de Justiça tem também essa força.

O Conselho Nacional de Justiça é órgão criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, como “cúpula administrativa do Poder Judiciário”, com sede na capital federal. O órgão faz parte do Poder Judiciário, mas não tem natureza jurisdicional e nem pode revisar ou reformar decisões judiciais. Sua atuação é meramente administrativa e tem caráter duplice: preventivo e repressivo. O caráter preventivo é parte de sua função de *accountability* judicial institucional (zelar pela autonomia do Poder Judiciário, por exemplo), enquanto o caráter repressivo abrangeria sua função de *accountability* judicial comportamental (conhecer de reclamações contra membros do Poder Judiciário, por exemplo) (ROBL FILHO, 2021; MORAES, 2021; MOTTA, 2021; NERY JUNIOR e ABOUD, 2019).

É inegável hoje o impacto da atuação do CNJ sobre a atuação do Poder Judiciário e sobre a própria sociedade brasileira. Como impactos nos tribunais, basta citar como exemplos: 1) o Justiça em Números; 2) a Gestão de Tabelas Processuais Unificadas; 3) as Inspeções nos Tribunais; e 4) os Mutirões Carcerários. Há, por outro lado, iniciativas que ultrapassaram o âmbito interno dos Tribunais e que impactaram a própria sociedade, tais como: 1) a proibição do nepotismo (estendida depois aos demais Poderes); 2) a definição do teto remuneratório (estendida para fora do Judiciário); 3) a virtualização da justiça (e o amplo acesso ao processo eletrônico); 4) o planejamento estratégico; e 5) o estabelecimento de metas institucionais (SADEK, 2015).

Entre várias outras atribuições previstas no texto constitucional, o art. 103-B, § 4º, inciso I, da Constituição de 1988 prevê que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Para exercer essa função, o texto constitucional diz caber ao CNJ, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, “zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cum-

primento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”.

A parte final do inciso I diz, muito claramente, que compete ao CNJ “recomendar providências” no âmbito do controle de atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. O que são essas recomendações?

As recomendações fazem parte do poder normativo do CNJ. A partir do próprio texto constitucional, divide-se a atuação normativa do CNJ em: poder regulamentar (expedir resoluções) e poder de recomendar (recomendar providências) (MOREIRA, 2015). Esse poder normativo, como se vê do texto constitucional, está atrelado à dupla finalidade de “zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura”. Assim sendo, o poder normativo do CNJ está delimitado no exercício de regulamentar e recomendar no âmbito da “autonomia judicial” e do “cumprimento do Estatuto da Magistratura” (ROBL FILHO, 2017; WERNER, 2015; WELSCH, 2013).

Qual é a importância desse poder normativo? Para alguns, decorre da necessidade de uma “padronização” ou “uniformização” de atos administrativos e financeiros do Poder Judiciário (GARCIA, 2007). Para outros, esse poder normativo visa à adequação dos atos do Judiciário diante de “modificações sociais e tecnológicas” (ROBL FILHO, 2017).

Não se pode confundir as duas atribuições de “recomendar providências” e de “expedir resoluções” do poder normativo do CNJ.

A resolução (poder regulamentar) busca regulamentar soluções para problemas encontrados em diversos tribunais da federação (WERNER, 2015). É a resolução que vai disciplinar várias situações que ainda aguardam regulamentação legal. No entanto, a doutrina ainda guarda várias críticas ao poder regulamentar do CNJ sob o ponto de vista da necessária observância da reserva de lei e dos próprios limites do poder regulamentador de qualquer órgão administrativo (basta lembrar dos limites constitucionais do poder regulamentar do Parlamento). Há também quem diga que não se pode confundir poder regulamentar (auto-organização com regimentos internos) com o princípio da legalidade (de impor condutas a terceiros), sob pena de afronta ao princípio da reserva legal e à separação dos poderes (PEDERSOLI, 2010; GARCIA, 2007).

Exemplo dessa crítica foi a discussão que ocorreu na ADC n. 12, do Supremo Tribunal Federal, quando o CNJ expediu a Resolução CNJ n. 7/2005, conhecida como resolução contra o nepotismo nos tribunais. Teria o CNJ “poder normativo primário”? O Supremo Tribunal Federal respondeu positivamente, dizendo ser possível ao CNJ exercer suas atribuições inclusive com poder normativo primário no âmbito das matérias do art. 103-B,

§ 4º, da Constituição de 1988 (MORAES, 2021; BRASIL, 2008).

Outra dessas críticas, por exemplo, dirigiu-se à Resolução CNJ n. 203/2015, que impôs a reserva de 20% das vagas para negros em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura. Para uma parte da doutrina, é inconcebível permitir-se a um órgão administrativo expedir atos administrativos (resoluções, decretos e portarias) com força de lei, “cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais, circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos” (DELFINO e SILVEIRA, 2017; STRECK, SARLET e CLÈVE, 2005).

Daí o duplo limite levantado pela doutrina ao poder regulamentar do CNJ: 1) a impossibilidade de expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; 2) a impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. O poder regulamentar do CNJ não poderia inovar, sob pena de inconstitucionalidade (WELSCH, 2013; STRECK, SARLET e CLÈVE, 2005).

Ao lado do poder regulamentar, as recomendações do CNJ (poder de recomendar) também fazem parte do poder normativo do CNJ e são conceituadas como “atos administrativos que visam a orientar em determinado sentido” (LIMA, 2012).

Desde 2006 até dezembro de 2022, o CNJ já havia expedido 139 recomendações sobre os mais variados temas, tais como: a implantação de equipes interprofissionais em todas as comarcas (Recomendação CNJ n. 2/2006), a formação de lista triplíce (Recomendação CNJ n. 13/2007), a prioridade processual de idosos (Recomendação CNJ n. 14/2007), a conduta de evitar a denominação da operação policial em atos judiciais (Recomendação CNJ n. 18/2008), a realização de mutirões de julgamento (Recomendação CNJ n. 24/2009), a realização de depoimento especial para crianças e adolescentes (Recomendação CNJ n. 33/2010), a gestão de precatórios (Recomendação CNJ n. 39/2012), o uso da linguagem inclusiva de gênero (Recomendação CNJ n. 42/2012), a não exigência de tradução de documentos em língua estrangeira (Recomendação CNJ n. 54/2018), as medidas preventivas contra a COVID19 (Recomendação CNJ n. 62/2020), a gestão de processos coletivos (Recomendação CNJ n. 76/2020) e o protocolo de segurança para magistrados em risco (Recomendação CNJ n. 114/2021).

Um dado interessante é o de que, das 139 Recomendações expedidas pela Presidência do CNJ desde o ano de 2006 até fevereiro de 2022, 95 recomendações foram emitidas apenas nos anos de 2020, 2021 e 2022. Isso significa que dois terços das recomendações do CNJ (68%) foram expedidas nos anos de 2020 a 2022. É preciso acompanhar essa tendência normativa por mais algum

tempo, mas aparentemente há um incremento no uso dessas recomendações pelo CNJ nos últimos anos.

Há alguma sanção pelo descumprimento da recomendação? O principal argumento sobre a não-vinculação das recomendações do CNJ encontra-se no próprio Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça. Aprovado pela Resolução CNJ n. 67/2009, o Regimento Interno do CNJ, em seu art. 102, trata do processo de “ato normativo”. No caput do art. 102, o Regimento diz que o Plenário poderá, por maioria absoluta, “editar atos normativos, mediante Resoluções, Instruções ou Enunciados Administrativos e, ainda, Recomendações”.

A regra mais importante está no § 5º. do mesmo art. 102, quando diz que: “As Resoluções e Enunciados Administrativos terão força vinculante, após sua publicação no Diário da Justiça e no sítio eletrônico do CNJ”. Verifica-se que o § 5º do art. 102 apenas faz menção à força vinculante de dois tipos de ato normativo: as resoluções e os enunciados administrativos. O caput do mesmo art. 102, porém, trata ainda de outros atos normativos, como as instruções e as recomendações. Ou seja: o § 5º parece indicar que a recomendação, de fato, não terá força vinculante, porque não a menciona expressamente como ato normativo com força vinculante.

Ocorre que há autores que sustentam que o descumprimento das recomendações do CNJ acarreta falta funcional-administrativa do administrador, servidor ou magistrado (COSTA, 2014). Para confirmar essa posição da doutrina, seria prudente pesquisar a apuração de infrações disciplinares no âmbito dos tribunais e do próprio CNJ para verificar se, de fato, o descumprimento das recomendações é visto como falta funcional. No entanto, não se pode negar que punir disciplinarmente um juiz pelo descumprimento de uma recomendação está longe de ser um “indiferente” jurídico.

Em todo caso, as recomendações do CNJ também têm seus próprios limites. O CNJ não pode tudo. As recomendações devem ser emanadas no âmbito da atribuição normativa do CNJ. Nem poderia ser diferente. O CNJ é um “conselho” administrativo. Na ADI n. 4638, o STF ressaltou a escolha pelo constituinte derivado do termo “Conselho” para a instituição interna de controle do Poder Judiciário, pois “busca evidenciar a natureza administrativa do órgão e definir, de maneira precisa, os limites de atuação”. Em outras palavras, o CNJ integra a estrutura do Poder Judiciário, mas não é órgão jurisdicional e não intervém na atividade judicante, pois possui caráter eminentemente administrativo (MEDINA, 2021; PADILHA, 2019).

As mesmas críticas sobre os limites do poder regulamentar são direcionadas ao poder de recomendar do CNJ. São conhecidas as críticas, por exemplo, à Recomendação CNJ n. 31/2010, que tem por finalidade recomendar aos tribunais “a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do

direito para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”. Ocorre que, entre as “recomendações” do CNJ, encontra-se a seguinte: “ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência”. Mais ainda, a Recomendação sugere que juízes “evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei”. Alguns estudos concluem que a recomendação do CNJ, nesse aspecto, teria ampla capacidade de direcionar a decisão jurisdicional num ou noutro sentido (MOREIRA, 2015; LIMA, 2012).

Não obstante as críticas ao teor de algumas recomendações do CNJ, tem-se que o poder de recomendar do CNJ tem fundamento constitucional, está respaldado pelo STF e possui caráter nitidamente normativo, especialmente com caráter de orientação, não sendo possível concluir, de outro modo, que a recomendação não tem efeito jurídico algum.

4. O QUE SIGNIFICA A RECOMENDAÇÃO DE UTILIZAR A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS?

Dentre as várias recomendações constantes de seu texto, a Recomendação CNJ n. 123/2022, em seu art. 1º, recomenda aos juízes e aos tribunais a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH). É sobre esse ponto específico que o texto vai discutir a partir de agora.

A primeira observação a ser feita é o caráter judicial da Corte Interamericana. A CorteIDH é um órgão judicial formado por 7 (sete) juízes e juízas, indicados pelos Estados-membros da OEA, com função jurisdicional. Sua função não é diplomática nem política, mas jurisdicional. O art. 1º do Estatuto da CorteIDH já declara que a Corte Interamericana “é uma instituição judicial autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”. Há uma polêmica se a Corte é órgão judicial integrante do Sistema Interamericano ou integrante da própria Convenção Americana. No entanto, desde a OC-1/82, a CorteIDH sempre se entendeu como instituição judicial do Sistema Interamericano com competência “para decidir qualquer caso contencioso relativo à interpretação e aplicação da Convenção”. A OC-1/82 também deixa claro que a Corte é o órgão do Sistema Interamericano com maior poder para garantir a efetiva aplicação da Convenção “em razão do caráter obrigatório que têm suas decisões em matéria contenciosa” (SALVIOLI, 2020; MONTERISI, 2009; HITTERS, 2003; RAMÍREZ, 2002; CIDH, 1982, §§ 19-22).

Como órgão jurisdicional do Sistema Interamericano, portanto, a CorteIDH funciona como um tribunal internacional de direitos humanos. Com fundamento nos arts. 63 e 64 da Convenção Americana, sua competência é consultiva e contenciosa. Enquanto na competência consultiva a CorteIDH é chamada a interpretar normas jurídicas internacionais de direitos humanos e a responder a uma “consulta” dos Estados-membros (daí o surgimento de inúmeras opiniões-consultivas da CorteIDH ao longo dos anos), na competência contenciosa a CorteIDH não só interpreta as normas como estabelece a verdade dos fatos e decide se os fatos levados a seu conhecimento podem ou não constituir violações de direitos humanos contra o Estado (ROBLES e ZO-VATTO G., 1989).

A competência da Corte Interamericana, seja na função consultiva ou contenciosa, não é obrigatória, porém. Com efeito, um Estado somente poderá ser julgado pela CorteIDH se houver antes manifestado sua vontade de reconhecer a obrigatoriedade da competência da CorteIDH. É um ato facultativo pelo qual o Estado responsabiliza-se, no plano internacional, a assumir as decisões da Corte Interamericana. Um Estado pode até mesmo ter ratificado a Convenção Americana e, mesmo assim, não ter reconhecido a jurisdição obrigatória da CorteIDH (PIOVESAN *et al*, 2019; REY *et al*, 2015).

No Brasil, o Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo n. 89/1998, aprovou a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do seu reconhecimento. Pelo Decreto Federal n. 4.463/2002, o Brasil reconheceu como obrigatória a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A única reserva foi o limite temporal: essa competência se dá apenas para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. Assim sendo, mesmo sem ser obrigado, o Brasil reconheceu a jurisdição obrigatória da CorteIDH e hoje submete-se à sua competência consultiva e contenciosa, pelo menos a respeito dos fatos ocorridos a partir de 10 de dezembro de 1998.

Essa é uma importante constatação. Embora o CNJ tenha “recomendado” a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana, é certo que o Brasil reconheceu, em razão do Decreto Federal n. 4.463/2002, a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir de 1998. O reconhecimento do caráter judicial das decisões da Corte Interamericana faz parte de obrigação jurídica internacional assumida pelo Brasil prevista em instrumento internacional (e não mera “recomendação”).

É importante ressaltar, porém, que, em caso de condenação brasileira, é completamente desnecessária a homologação da sentença da CorteIDH no âmbito interno

brasileiro. As sentenças da Corte Interamericana prescindem do procedimento previsto no art. 105, I, “i” da Constituição de 1988 e também previsto nos arts. 960/965 do CPC, porque não se enquadram na categoria de “sentença estrangeira”. Por sentenças estrangeiras devem ser entendidas as “decisões judiciais internas dos Estados”; são essas as sentenças que exigem sua homologação no país. As sentenças da CorteIDH não são sentenças de outros Estados, mas sentenças proferidas por um tribunal internacional de direitos humanos. Por isso, em caso de condenação do Brasil perante a CorteIDH, não há necessidade dessa homologação. A esse respeito, aliás, o art. 68.1 da CADH, ao contrário, demonstra que as sentenças da CorteIDH têm eficácia imediata na ordem jurídica interna (PIOVESAN *et al*, 2019; RAMOS, 2001).

Se as sentenças da Corte Interamericana prescindem de homologação interna em solo brasileiro, sua eficácia é imediata. Daí surge outra pergunta: que tipo de eficácia é essa?

A primeira observação a ser feita é que a sentença da Corte Interamericana produz coisa julgada internacional. Desde o antigo caso Corfu Channel, estabeleceu-se que as decisões de órgãos internacionais de caráter jurisdicional adquirem força de coisa julgada (*final and without appeal*) e não podem ser alteradas, modificadas ou revogadas pelos órgãos jurisdicionais internos. Essa regra aplica-se às sentenças da Corte Interamericana (OBREGON, 2018; MAC-GREGOR, 2013).

Sabe-se, porém, que a *res judicata* internacional, assim como o entendimento sobre a coisa julgada no processo, tem eficácia subjetiva limitada às partes. A “identidade de partes” é exigência para a aplicação da regra da coisa julgada internacional. Isso quer dizer que os Estados estão obrigados a utilizar apenas as sentenças de CorteIDH em que forem partes?

Essa questão já foi respondida pela Corte Interamericana a partir da diferença entre a eficácia *inter partes* e a eficácia *erga omnes* de sua jurisprudência. A Corte lembrou que, quando é réu num processo internacional de direitos humanos, um Estado está sujeito à coisa julgada internacional, ou seja, está vinculado ao que foi decidido (*res judicata*). Essa é a chamada eficácia *inter partes*. Como o Estado é “parte” no processo internacional em que é acusado de violação de direitos humanos, está obrigado a obedecer àquela sentença proferida pelo tribunal. Por outro lado, mesmo que o Estado não tenha sido condenado naquele processo internacional, o Estado, mesmo sendo terceiro, está vinculado à interpretação dada pela Corte Interamericana a respeito daquele julgamento de violações de normas de direitos humanos (*res interpretata*). Essa é a chamada eficácia *erga omnes*. A interpretação dada pela Corte Interamericana a respeito daqueles direitos humanos vale contra todos, mesmo terceiros (FONSÊCA, 2020; FONSÊCA, 2018).

A respeito da eficácia *inter partes*, no famoso Caso Gelman vs. Uruguai, a Corte Interamericana lembrou que suas sentenças produzem o efeito da coisa julgada e têm caráter vinculante, derivado da ratificação da Convenção e do reconhecimento da jurisdição obrigatória da CorteIDH. Essa eficácia *inter partes* consiste na “obrigação do Estado de cumprir com todo o estabelecido na sentença interamericana de maneira pronta, íntegra e efetiva. Existe uma vinculação total e absoluta dos conteúdos e dos efeitos da decisão” (CIDH, 2013).

Há uma razão normativa para essa eficácia *inter partes*. De fato, o art. 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos diz, em seu *caput*, que “os Estados partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”. Além disso, o art. 67 da Convenção ainda estabelece que a sentença da Corte é definitiva e inapelável, o que é corroborado pelo art. 31 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Daí o porquê de a doutrina afirmar que as sentenças de Corte Interamericana têm caráter vinculante (MAC-GREGOR, 2013).

Um exemplo da eficácia *inter partes* ocorreu quando o Superior Tribunal de Justiça, no RHC n. 136.961, reconheceu o cômputo em dobro do período de prisão, quando o apenado cumpre sua pena em condições degradantes, como superlotação, mortes nos presídios e infraestrutura precária. Esse reconhecimento só se deu porque, mediante Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018, a Corte Interamericana proibiu o ingresso de novos presos no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho e determinou o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprido no local. O STJ reconheceu, então, a necessidade de obedecer à eficácia *inter partes* da decisão da Corte Interamericana contra o Brasil e aplicou o entendimento em sua própria jurisprudência no âmbito interno brasileiro (BRASIL, 2021).

Ocorre que, também no Caso Gelman vs. Uruguai, além de reconhecer a eficácia *inter partes*, a Corte Interamericana reconhece a eficácia *erga omnes* de suas sentenças. Segundo a Corte, todas as autoridades nacionais estão vinculadas à efetividade dos direitos humanos e, consequentemente, ao “critério interpretativo estabelecido pela CorteIDH”. Considerando que o próprio Pacto de San José estabelece a Corte Interamericana como único órgão competente de natureza «jurisdicional» para conhecer de assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos feitos pelos Estados Partes da Convenção Americana, é a jurisprudência da Corte Interamericana que determina a eficácia mínima da norma convencional que as autoridades nacionais do Estado Parte devem aplicar em seus territórios (CIDH, 2013).

Há aqui também um fundamento normativo para esse entendimento. É que os arts. 1º e 2 da Convenção Americana exigem dos Estados o respeito, a garantia e a

adequação de suas normas internas aos direitos humanos assegurados no Pacto de San José. Ademais, o art. 69 da Convenção dispõe que a sentença será notificada não apenas às partes do caso, mas também a todos os Estados partes da Convenção.

Daí surgiu a diferença entre a norma convencional e a norma convencional interpretada. Além do “respeito” e da “garantia” dos direitos humanos, os Estados têm o dever de “adequação” dos direitos humanos às leis internas, de acordo com o art. 2 da Convenção. Esse mesmo art. 2 diz que, para essa adequação, serão tomadas as “medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”. Essa “adequação” é, então, dupla: normativa e interpretativa. Ao mesmo tempo que os Estados devem alterar ou revogar leis internas inconventionais (adequação normativa), também devem respeito à norma convencional interpretada (adequação interpretativa). Ou seja, devem os Estados respeito ao “critério interpretativo” utilizado pela Corte Interamericana na aplicação do Pacto de San José e de outros tratados internacionais de direitos humanos (MAC-GREGOR, 2013).

Assim sendo, a doutrina lembra que, com o Caso Gelman vs. Uruguai, a Corte Interamericana deu um passo adiante. A Corte não se limitou a estabelecer a vinculatividade de suas sentenças apenas às partes. Segundo a doutrina, as sentenças da Corte Interamericana “não são apenas válidas para o caso concreto (vinculação direta *inter partes*)”, mas também “produzem efeitos vinculantes para todos os Estados signatários da CADH no que se refere à interpretação que esta Corte realiza das normas convencionais (vinculação indireta *erga omnes*)” (HITTERS, 2013).

No famoso Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, a Corte Interamericana se autoproclamou “intérprete última” da Convenção Americana. Como “intérprete última” da CADH, a Corte exige que os Estados levem em consideração não apenas os tratados internacionais de direitos humanos, mas também a interpretação que lhes foi dada pela jurisprudência da CorteIDH (CIDH, 2006).

No Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México, ao repetir a fórmula de “intérprete última” da Convenção Americana, a própria Corte Interamericana estabelece o que entende por “norma convencional interpretada”. Para a Corte, sua jurisprudência adquire “eficácia direta” em todos os Estados nacionais que reconheceram expressamente sua jurisdição obrigatória, mesmo não sendo “partes” do processo. Diz a Corte Interamericana que a “norma convencional interpretada” produz “efeitos expansivos” da jurisprudência convencional, e não apenas eficácia subjetiva para um caso particular sujeito à sua competência. Daí se dizer que a jurisprudência da Corte Interamericana não é apenas orientadora, mas, sobretudo, é obrigatória para todos os juízes nacionais a partir

da notificação do Estado a partir do art. 69 da CADH (ALCALÁ, 2012; CIDH, 2010).

Por isso, a doutrina fala em eficácia subjetiva (e direta) e eficácia objetiva (e indireta) das sentenças da Corte Interamericana. No primeiro caso (eficácia *inter partes*), os Estados estão vinculados total e absolutamente ao conteúdo da decisão; no segundo caso, todas as autoridades nacionais vinculam-se ao “critério interpretativo” estabelecido pela Corte Interamericana para um padrão mínimo de efetividade da norma convencional (MAC-GREGOR, 2013).

Em razão dessa distinção entre eficácia *inter partes* e eficácia *erga omnes* é que se alertou anteriormente que a Recomendação CNJ n. 123/2022 disse menos no que deveria dizer quando apenas recomenda a “utilização” da jurisprudência da Corte Interamericana. Baseando-se nessa distinção feita pela própria Corte Interamericana, no Caso Gelman vs. Uruguai, a expressão “jurisprudência” da Corte Interamericana a ser utilizada pelos juízes e pelas juízas brasileiras:

a) refere-se às sentenças da Corte IDH em que o Brasil foi parte (eficácia *inter partes* ou *res judicata*), especialmente aquelas sentenças em que o Brasil foi condenado;

b) mas também refere-se às demais sentenças proferidas pela Corte contra outros Estados, mesmo sendo o Brasil um terceiro (eficácia *erga omnes* ou *res interpretata*), ou seja, mesmo aquelas sentenças em casos em que o Brasil não foi parte.

Também não é só. Já há algum tempo se discute se opiniões consultivas da Corte Interamericana seriam ou não vinculantes aos Estados partes. Essa eficácia *erga omnes* alcançaria as opiniões consultivas? (FONSÊCA, 2018; MAC-GREGOR, 2013).

O art. 64.1 da CADH dispõe que os Estados poderão consultar a Corte sobre a interpretação da CADH “ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”. É a chamada “função consultiva” da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

As primeiras opiniões consultivas respondidas pela Corte Interamericana não permitiram à doutrina a conclusão de seu “efeito vinculante”, parecido ou igual ao da função contenciosa. Muitos reconheceram que as opiniões consultivas não são obrigatórias e que apenas a Corte Interamericana é quem se autovincula ao resultado de suas opiniões consultivas para futuros casos contenciosos ou até mesmo para futuras consultas. Por isso, para essa corrente da doutrina, as opiniões consultivas não controlam propriamente a convencionalidade de qualquer norma jurídica interna (MAZZUOLI, 2016; ZÚÑIGA, 2013; GÓMEZ, 2003).

Isso mudou nos últimos anos. Na Opinião Consultiva OC-21/2014, a Corte Interamericana estabeleceu que sua competência consultiva também deve ser levada em consideração durante o controle de convencionalidade

dada sua “função preventiva”. Já na Opinião Consultiva OC-22/2016, a Corte reiterou seu entendimento da função preventiva das opiniões consultivas, mas ainda ressaltou ser esse o propósito central da função consultiva: a função própria de um “controle de convencionalidade preventivo”. Por isso, defende-se que a interpretação dada às normas convencionais pelas opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos também deve ser considerada pelos Estados como um “controle de convencionalidade preventivo” ou “interpretação autorizada” do alcance dos direitos humanos (MARÍN *et al.*, 2019; FONSÊCA, 2018).

Por isso, salvo melhor juízo, quando a Recomendação 123 do CNJ indica a “utilização” da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, também disse menos do que deveria, pois não se referiu à utilização também das opiniões consultivas da Corte Interamericana (LIMA, 2022). Na verdade, quando a Recomendação CNJ n. 123/2022 recomenda a “utilização” da jurisprudência da Corte Interamericana, não se pode olvidar também das opiniões consultivas proferidas pela Corte, que, segundo o próprio tribunal, são padrões interpretativos autorizados para o controle de convencionalidade de direitos humanos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos resultados encontrados, pode-se concluir que, ao recomendar a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos, o Conselho Nacional de Justiça, na Recomendação CNJ n. 123/2022, está recomendando às juízas e aos juízes brasileiros que: a) obedeçam à coisa julgada internacional formada em sentenças da Corte Interamericana em que o Brasil foi condenado (eficácia *inter partes* da jurisprudência da Corte Interamericana); b) obedeçam à interpretação dada à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em sentenças da Corte Interamericana, mesmo que o Brasil não tenha sido parte (eficácia *erga omnes* da jurisprudência da Corte Interamericana); e c) sigam os padrões de direitos humanos e a “interpretação autorizada” nas opiniões-consultivas da Corte Interamericana.

As conclusões acima são reforçadas quando se lembra do caráter normativo de uma “recomendação” do CNJ, pautado, como se viu, na ideia de orientação da magistratura brasileira, trazida pela própria Constituição e abalizada pelo Supremo Tribunal Federal. Deve-se também interpretar a Recomendação CNJ n. 123/2022 como ato normativo que é (a recomendação não é uma mera “dica”).

A Recomendação deve ainda ser interpretada à luz das decisões da própria Corte Interamericana sobre a eficácia *inter partes* e a eficácia *erga omnes* de sua jurisprudência e sobre o novo caráter das opiniões-consulti-

vas como controle preventivo de convencionalidade. As decisões da Corte IDH não são exortações diplomáticas ou políticas, mas decisões judiciais às quais o Brasil se autovinculou por tratados internacionais.

Ao expedir a Recomendação CNJ n. 123/2022, mais do que um simples “conselho”, o que o CNJ fez foi afastar qualquer dúvida sobre a necessidade de juízes brasileiros e juízas brasileiras conhecerem e aplicarem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com essa recomendação, o juiz brasileiro e a juíza brasileira não podem mais duvidar de que são também juízes interamericanos.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: FUNDAP, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2.ed. Bauru: EDIPRO, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2022**. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 89, de 1998**. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decretolegislativo-89-3-dezembro-1998-369634-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República. Dispo-

nível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **AgRg no RHC n. 136.961/RJ**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 15 de junho de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=018205>. Acesso em: 19 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12 – Distrito Federal**. Relator: Min. Carlos Britto, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <https://www.ufpe.br/documents/40070/1837975/ABN-T+NBR+6023+2018+%281%29.pdf/3021f721-5be8-4e6d-951b-fa354dc490ed>. Acesso em: 19 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4638 – Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4125637>. Acesso em: 19 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação CNJ n. 123, de 7 de janeiro de 2022**. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original-1519352022011161dda007f35ef.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução CNJ n. 67, de 3 de março de 2009**. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2009. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_67_03032009_22032019151610.pdf. Acesso em: 18 jun. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, n. 154. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb-59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México**. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C, número 220.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Gelman vs. Uruguai**. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe-41e886a744a9f8753e1.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Opinião Consultiva OC-1/82, de 24 de setembro de 1982.** Outros tratados como objeto da função consultiva da Corte (art. 64 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Série A Número 1.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Opinião Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014.** Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf. Série A Número 21. Acesso em: 18 jun. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Opinião Consultiva OC-22/14, de 22 de fevereiro de 2016.** Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Série A Número 22. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 18 jun. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 2018.** Medidas provisórias a respeito do Brasil: assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em: 19 jun. 2023.

DELFINO, Lúcio; SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. A função do Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua competência normativa. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; JUNIOR, Nelson Nery. **Crise dos Poderes da República.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FALCÓN Y TELLA, Maria José. **Lições de teoria geral do direito.** Tradução de Cláudia de Mirada Avena *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FONSÊCA, Vitor. O processo civil e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. In: NORONHA, João Otávio de; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (coords.). **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

FONSÊCA, Vitor. **Processo civil e direitos humanos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GARCIA, Emerson. Poder normativo primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: a gênese de um equívoco. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, p. 260-274, 2007.

GÓMEZ, Máximo Pacheco. La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Memoria del Seminario “El sistema interamericano de protección de los**

derechos humanos en el umbral del siglo XXI”. 2.ed. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.

HITTERS, Juan Carlos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 años de vigencia). In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **Derecho procesal constitucional.** t.2. 4.ed. México: Porrúa, 2003.

HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad: el efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana. **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 11, n. 2, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200018>. Acesso em: 18 jun. 2023.

HOBBS, Thomas. **Leviatã:** matéria, forma e poder de uma república eclesástica civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KORKUNOV, Nikolai Mikhailovich. **General theory of law.** Tradução de W. G. Hastings. 2.ed. Nova York: The Macmillan Company, 1922.

LIMA, Lucas Carlos. Recomendação 123 do CNJ: qual é o controle de convencionalidade? Consultor Jurídico, 13 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-fev-13/lima-recomendacao-123-cnj-qual-controle-convencionalidade#_ftn3. Acesso em: 16 fev. 2022.

LIMA, Robson Barbosa. **Poder normativo do conselho nacional de justiça.** 2012. 398 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/handle/10899/23792>. Acesso em: 16 jun. 2023.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional.** Madri: Marcial Pons, 2013.

MARÍN, Daniela Salazar *et al.* La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador. **Foro: Revista de Derecho**, n. 32, p. 123-143, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.32719/26312484.2019>. Acesso em: 19 jun. 2023.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição federal comentada.** 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MONTERISI, Ricardo D. **Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos.** La Plata: Platense, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 37.ed. São Paulo: Grupo Gen, 2021.

MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues. **Atuação do Conselho Nacional de Justiça e independência jurisdicional**: interfaces e interferências. 2015. 308 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/handle/handle/6937>. Acesso em: 19 jun. 2023.

MOTTA, Sylvio. **Direito constitucional**. 29.ed. São Paulo: Grupo Gen, 2021.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OBREGON, Edgardo Sobenes. Res judicata and the test of finality. **The Journal of Territorial and Maritime Studies**, Seoul, v. 5, n. 2, p. 75–84, 2018.

OST, François; KERCHOVE, Michel van de. **De la pyramide au réseau?** pour une théorie dialectique du droit. Bruxelas: Faculté Universitaires Saint Louis, 2002.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Grupo Gen, 2019.

PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição regulamentar do Conselho Nacional de Justiça e seus limites: alguns apontamentos sobre o ato administrativo regulamentar e a vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 61, n. 192, p. 39-49, jan./mar. 2010.

PIOVESAN, Flávia *et al.* **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMÍREZ, Sergio García. Atribuciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana. In: **Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

REY, Sebastián Alejandro *et al.* **Los desafíos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el siglo XXI**. Remedios de Escalada: Universidad Nacional de Lanús, 2015.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. Conselho Nacional de Justiça: controle (accountability) judicial. In: CLÈVE, Clémerson

Merlin. **Direito constitucional brasileiro**, v.2. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. Conselho Nacional de Justiça: uma análise após uma década de sua existência e a partir da jurisdição constitucional. In: LEITE, George Salomão *et al.* (coords.). **Crises dos Poderes da República**: Judiciário, Legislativo e Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ROBLES, Manuel E. Ventura; ZOVATTO G., Daniel. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**: naturaleza e principios. Madri: Civitas, 1989.

SADEK, Maria Tereza Aina. CNJ: impactos no Judiciário e na sociedade. In: STOCO, Rui; PENALVA, Janaína (coords.). **Dez anos de reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SALVIOLI, Fabián. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**: instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

SALVIOLI, Fabián. La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial. In: **Homenaje y Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade**. t. III. Brasília: Sergio Fabris, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clémerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Revista da ESMECS**, v. 12, n. 18, 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO MATO GROSSO DO SUL. Corregedoria-Geral da justiça. **Provimento n. 20, de 5 de junho de 2020**. Dispõe sobre a observância dos tratados de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Cuiabá: TJMT, 2020. Disponível em: [http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/NoticiaImprensa/file/19%20-%20Provimento%20n_%2020%20-%202005_06_2020%20-%20aplicabilidade%20dos%20tratados%20de%20direitos%20humanos%20\(1\).pdf](http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/NoticiaImprensa/file/19%20-%20Provimento%20n_%2020%20-%202005_06_2020%20-%20aplicabilidade%20dos%20tratados%20de%20direitos%20humanos%20(1).pdf) Acesso em: 18 jun. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE TOCANTINS. **Recomendação n. 01/2017/CGJUS/TO**. Dispõe sobre a observância dos tratados de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Palmas: TJTO, 2017. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/elegis/Home/Imprimir/1132>. Acesso em: 18 jun. 2023.

WELSCH, Gisele Mazzoni. O poder normativo do CNJ: possibilidade de criação, modificação e restrição de direitos fundamentais. **Revista de Processo**, v. 38, n. 218, abr. 2013.

WERNER, José Guilherme Vasi. Dez anos do CNJ: entre controle administrativo e disciplinar e hierarquização do Judiciário. In: STOCO, Rui; PENALVA, Janaína. **Dez anos de reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZÚÑIGA, Natalia Torres. **El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)**. Espanha: EAE, 2013.

Vitor Fonsêca

Doutor em Direito (PUC/SP). Coordenador da linha “Processo civil e direitos humanos” do Grupo de Estudos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (GESIDH). Promotor de Justiça (AM).

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA NA ERA DOS CIBERATAQUES: UMA ANÁLISE A PARTIR DO ESCOPO PROTETIVO DA LGPD

THE PRINCIPLE OF SECURITY IN THE ERA OF CYBER-ATTACKS: AN ANALYSIS BASED ON THE PROTECTIVE SCOPE OF THE LGPD

Gabriel Cemin Petry

Haide Maria Hupffer

RESUMO: O crescente número de ataques cibernéticos se tornou uma grande ameaça à segurança cibernética, causando sérios danos para Estados, organizações, indivíduos e sociedade. O artigo objetiva evidenciar o papel do princípio da segurança, esculpido no texto da LGPD, para proteção de dados pessoais, evitando consequentemente a ocorrência de incidentes de segurança dessa natureza. A pesquisa é qualitativa e exploratória, desenvolvida a partir do método dedutivo, com utilização de pesquisa bibliográfica e documental. Os resultados apontam que ataques cibernéticos são um problema recorrente no Brasil, sendo imprescindível, que sejam estabelecidas medidas técnicas e administrativas voltadas a garantir a funcionalidade de sistemas e proteção dos titulares de dados, garantindo-lhes seus direitos, desde a concepção até execução das atividades.

Palavras-chave: Princípio da Segurança. LGPD. Incidentes de Segurança. Proteção de Dados. Infraestruturas críticas.

ABSTRACT: The growing number of cyber-attacks has become a major threat to cyber security, causing serious harm to states, organizations, individuals and society. The article aims to highlight the role of the security principle, carved in the text of the LGPD, for the protection of personal data, consequently avoiding the occurrence of security incidents of this nature. The research is qualitative and exploratory, developed from the deductive method, with the use of bibliographical and documental research. The results indicate that cyber-attacks are a recurring problem in Brazil, and it is essential that technical and administrative measures are established to guarantee the functionality of systems and the protection of data subjects, guaranteeing their rights, from conception to execution of activities.

Keywords: Security Principle. LGPD. Security Incidents. Data Protection. Critical infrastructures.

1. INTRODUÇÃO

Com o avanço das novas tecnologias da informação e comunicação, na atualidade é experienciado um processo de digitalização e migração de ambientes analógicos para virtuais. Inúmeros são os benefícios do oferecimento de produtos e prestação de serviços no ambiente digital, o que é explorado até mesmo na prestação de serviços públicos; no entanto, a exposição em rede costuma atrair riscos que, embora invisíveis, possuem um potencial destrutivo alto: fala-se dos ciberataques e o seu impacto para as organizações, empresas e pessoas envolvidas.

No intuito de auxiliar na compreensão da terminologia técnica empregada, expõe-se brevemente alguns dos termos e significados que serão comentados no decurso do presente trabalho: (i) *malware*: programa (*software*) malicioso utilizado por *hackers* para danificar ou explorar vulnerabilidades de rede ou dispositivo; (ii) *hacker*: é o atacante da rede ou dispositivo invadido ou comprometido; (iii) *social engineering*: a engenharia social busca a manipulação da vítima para o acesso a dados e informações confidenciais; *phishing*: uma forma de engenharia social utilizada para furto de dados da vítima,

costumeiramente realizada por contatos via e-mail; (iv) *ransomware*: um programa malicioso que pode bloquear dados, informações e até mesmo o dispositivo da vítima, sendo exigido resgates para liberação do dispositivo e dados criptografados; (v) *cyberwarfare*: o termo “guerra cibernética” diz respeito a prática de ataques a sistemas informacionais de países ou instituições com o fim de danificar ou destruir infraestruturas essenciais; (vi) *Critical infrastructures*: geralmente são os grandes alvos de ataques, pois, assim como cadeias de suprimento (*Supply Chains*) são responsáveis pela distribuição de produtos, as infraestruturas críticas são ativos e serviços essenciais para vida em sociedade (v.g. serviços de saúde, comunicação, transporte, energia etc.).

Os ataques cibernéticos podem ter como alvos pessoas, organizações políticas e sociais, empresas públicas e privadas, postos fiscais, tribunais, bases militares, autarquias e ministérios do Estado, variando conforme a motivação que ensejou o ataque, como: interrupção de sistemas e serviços essenciais, resgate de valores em troca de arquivos criptografados, extração de dados, repercussão política ou até mesmo a lesão física de pessoas. O instrumental empregado pelos *hackers* também é variado

e demanda atenção de profissionais da segurança da informação, contando com *malwares* e ardilosas técnicas de engenharia social.

O número de ataques, diante desse contexto de digitalização, é exponencial e a problemática é relevante em nível global. Neste sentido, de se destacar que desde 2020 o Brasil lidera rankings internacionais no quesito de detecção de ofensivas virtuais realizadas por meio de *phishing*, descortinando a quantidade de tentativas de ataques cibernéticos no país. A necessidade de proteção contra os recorrentes ataques cibernéticos é, de forma inegável, vital para a garantia do exercício de direitos fundamentais de pessoas físicas e jurídicas no Brasil, de forma que diversas normas legais consagram o dever de segurança para com o manejo de dados e informações de consumidores (Código de Defesa do Consumidor), usuários (Marco Civil da Internet) e titulares de dados pessoais submetidos a determinada atividade de tratamento de dados (Lei Geral de Proteção de Dados).

Ante ao panorama apresentado, a presente investigação se propõe a examinar a importância do princípio da segurança, consagrado no texto da Lei Geral de Proteção de Dados, nesse cenário em que ataques cibernéticos são uma realidade cada vez mais presente na vida em sociedade – sendo até mesmo esperados, de modo a demandar cautelas e precauções preventivas nas atividades internas das empresas e organizações responsáveis por realizar operações de tratamento de dados.

A pesquisa é de natureza exploratória e qualitativa com utilização do método dedutivo. Quanto aos procedimentos técnicos, utiliza-se de pesquisa bibliográfica, documental e abordagem de casos práticos. A análise é realizada por um viés crítico e dialético, acompanhada de revisão da literatura especializada das principais bases científicas nacionais e internacionais, análise do princípio da segurança para a proteção de dados no contexto da LGPD e legislações correlatas, assim como pelo exame das contribuições do Conselho Nacional de Justiça frente aos desafios impostos à segurança cibernética do Poder Judiciário.

O estudo se desenvolveu em três partes. O primeiro tópico contextualiza a problemática dos incidentes de segurança e ataques cibernéticos. Na sequência, expõe-se alguns dos principais *malwares* e técnicas de engenharia social que exploram vulnerabilidades e são utilizados para ataques cibernéticos. Por fim, são incorporadas reflexões sobre a fundamentalidade do princípio da segurança para a proteção de dados pessoais no contexto da LGPD, diante do constante risco (e expectativa) da ocorrência incidentes de segurança.

2. AMEAÇAS INVISÍVEIS: A RECORRENTE PROBLEMÁTICA DOS INCIDENTES DE SEGURANÇA E ATAQUES CIBERNÉTICOS NA ATUALIDADE

Ao tratar dos riscos à liberdade digital, Ulrich Beck apresenta um paradoxo implícito: quanto mais próximo do dano (ou da “*catástrofe*”), menos visível ele é (BECK, 2018, p. 185). Em que pese o trecho em comento trate do risco de um controle hegemônico global de dados, entende-se apropriado ao caso dos perigos cibernéticos, visto que, além de objetivarem vantagens patrimoniais sobre organizações, oferecem riscos à liberdade digital e autodeterminação informativa dos titulares de dados – riscos, então, imateriais. Neste sentido, ameaças cibernéticas, como o *ransomware*, viabilizam a ação de grupos criminosos em ações contra diversas organizações e empresas. Por exemplo, segundo o relatório “Como os executivos de empresas interpretam a ameaça do *ransomware*”, produzido pela Kaspersky, 80% das organizações atingidas pelo ataque pagariam pelo resgate dos dados criptografados. O relatório ilustra, ainda, que 56% das empresas brasileiras afirmam terem sido vítimas de ataques de *ransomware*, assim como 54% das entrevistadas acreditam que no futuro eventualmente serão atingidas (KASPERSKY, 2022).

Para além de ataques voltados à obtenção de vantagens patrimoniais sobre a constrição de dados e interrupção da atividade de organizações ou empresas, os ciberataques tornaram-se verdadeiras armas de guerra (*cyberwarfare*). Ofensivas militares neste sentido foram empregadas, de forma “*híbrida*”, isto é, concomitantemente a ataques por solo, pela Rússia em ataque ao satélite KA-SAT da empresa Viasat, por meio do *malware* chamado de “*AcidRain*” e, posteriormente, “*Hermetic Wiper*”, apagando dados do sistema e desativando máquinas atacadas, com o intuito de desabilitar as capacidades militares da Ucrânia (MIT TECH REVIEW, 2022).

Neste caso, concentraram-se ataques cibernéticos em sites do governo Ucraniano e em setores críticos, como provedores de telecomunicação, energia elétrica, instituições financeiras e, entre outros, meios de comunicação. Segundo observa James A. Lewis (2022), o objetivo dessas “*Cyber Operations*” reside na degradação de vantagem informacional e de ativos intangíveis, como dados, comunicações e acesso à sistemas para garantir vantagem operacional. Por vezes, o objetivo é a obtenção de um efeito político: “interrompendo finanças, energia, transporte e serviços governamentais para sobrecarregar a tomada de decisões dos defensores e criar turbulência social” (LEWIS, 2022)¹. Na atualidade, a guerra avança também sobre o ciberespaço.

¹ No original: “Cyber operations can also be used for political effect by disrupting finance, energy, transportation, and government services to overwhelm defenders’ decision-making and create social turmoil” In: (LEWIS, 2022).

Trata-se, pois, da inauguração de uma “*quinta dimensão da guerra*”:

A tecnologia se tornou fundamental em uma batalha, e a guerra adquiriu cinco dimensões: terra, água, ar, espaço e o ciberespaço — onde as batalhas pelas informações são travadas. [...] Essa dimensão bélica é baseada em operações psicológicas, guerras eletrônicas e operações computacionais. Mas, além das questões vistas anteriormente, por que ela é tão complicada e tão perigosa? Porque, antes de tudo, a guerra cibernética é silenciosa e anônima. Ela não tem um território definido. Os oponentes são difíceis de ser detectados e, por conseguinte, a reação se torna extremamente complicada. Baseando-se no desenvolvimento tecnológico, na descoberta de vulnerabilidades e exploração das falhas e psicologia humanas, a quinta dimensão da guerra exige a inteligência e o preparo (BRANQUINHO e BRANQUINHO, 2021, p. 51).

Observa-se uma revolução significativa nos conflitos armados contemporâneos, com a utilização de *Big Data* e sistemas de Inteligência Artificial que incluem a digitalização de armamentos e canais de comunicação, aquisição de dados significativos, ações preventivas ou sabotagem no ciberespaço e inteligência baseada em imagens de satélite. As ações técnicas ofensivas passam a incluir o ciberespaço para atos sabotagem, espionagem e ciberterrorismo, com possibilidade de paralisar infraestruturas críticas que incluem ataques à administração pública, governos, comunicação, mercados financeiros, aeroportos, hospitais, sistemas de transportes, usinas nucleares, assim como a produção e fornecimento de energia, alimentos, água, matérias-primas, combustíveis ou destruição de instalações importantes. Qualquer interrupção, falha ou ação planejada pode trazer danos e riscos à segurança pública e com graves consequências a comunidade local e global. Como exemplo, a sabotagem de um software que altera prioridades, alvos e cronogramas pode interromper ou paralisar operações militares (GÓRKA, 2021, pp. 17-20).

Percebe-se que ciberataques podem ser fatais para empresas, organizações, pessoas e, inclusive, governos. Ataques de *ransomware* podem ser estrategicamente empregados para desestabilização geopolítica de um Estado, instaurando o caos e demonstrando a incapacidade de ação (e impotência) de empresas e organizações estatais diante desse tipo de evento (CANO, 2022). Atacantes com a pretensão de desestabilização estatal costumam ter como alvo a *Supply Chain* (cadeia de suprimento) de sua vítima e suas infraestruturas críticas: “todas aquelas atividades que, mesmo que não percebamos, são engrenagens sem as quais a grande máquina que é nosso país deixaria de funcionar ou o faria de forma precária”

(BRANQUINHO e BRANQUINHO, 2021, p. 48). Em vista a probabilidade de ataques, segundo atenta Lewis, a preparação e fortalecimento de alvos prováveis revela-se medida notadamente importante para monitoramento e reação aos incidentes (LEWIS, 2022).

É possível citar, neste sentido, o incidente paradigmático ocorrido na Costa Rica em 2022, em que um ataque *ransomware* implicou no fechamento de plataformas alfandegárias e fiscais do país, assim como agências governamentais, provocando colapsos no fornecimento de energia em uma cidade e a desativação de alguns serviços digitais prestados pelo Ministério da Fazenda. Observe-se que um ataque *ransomware*, em suma, foi responsável por levar o governo costarricense a edição do Decreto Executivo n. 42.542/2022, que determinou estado de emergência nacional (CANO, 2022).

Constituem exemplos de infraestruturas críticas: o fornecimento água, distribuição e produção de alimentos, combustível, saúde e transporte público, serviços financeiros, e, entre outros, a distribuição de energia elétrica (BRANQUINHO e BRANQUINHO, 2021, p. 48). Não à toa, o setor de energia foi um dos alvos de ataques cibernéticos durante o período da pandemia de COVID-19 no Brasil (PEREIRA e NEVES, 2021, p. 74), fazendo com que a Agência Nacional de Energia Elétrica -ANEEL editasse a Resolução Normativa N° 964/2021, sobre a consolidação da política de segurança cibernética a ser adotada pelos agentes de energia elétrica (ANEEL, 2021).

Os incidentes de segurança podem ser categorizados como *cyber crime* (atos criminosos que podem envolver a invasão de dispositivos), *hacktivism* (convergência entre o processo de invasão e intenções ativistas), *cyberwarfare* (utilização do ciberespaço para ataques a capacidade de combate de adversários militares) e, entre outros, *cyber espionage* (que pode envolver ataques a companhias e instituição com o fim de adquirir vantagem corporativa ou não). De fato, diversos setores podem ser alvos de ataques cibernéticos, assim como variadas são as motivações do ataque, que podem, por exemplo, objetivar a morte, o acesso e interrupção de um sistema (isto é, a manipulação de permissões, troca de acessos, impedimento de acesso à informação ou à vítima), atrasos no fornecimento de um serviço (interferindo no sistema a fim de causar atrasos ou colapsos na prestação de serviços), extração de dados (acesso não autorizado a dados pessoais de usuários ou informações privadas), repercussões políticas (referindo-se a eventos de impacto político ou afetando líderes de governos) (AL-MHIQANI, 2018, pp. 500-501).

Marcelo Branquinho e Thiago Branquinho (2021, p. 88-99) listam uma série de incidentes graves que demonstram o potencial destrutivo de incidentes de segurança, que causaram danos patrimoniais e financeiros, ao meio ambiente e inclusive lesões físicas a pessoas. Cons-

tituem exemplos históricos mencionados pelos autores: (1) o incidente de segurança que gerou a explosão de oleoduto em Belingham (EUA), em 1999; (2) o ataque à estação de tratamento de resíduos em Maroochy (Austrália), em 2000; (3) o ataque ao satélite ROSAT (2008) (BRANQUINHO e BRANQUINHO, 2021, p. 88-99).

Em 2021, The Harris Poll (2022, p. 4) conduziu, em nome da NortonLifeLock, pesquisa com cerca de 10.003 adultos com mais de 18 anos em 10 países (Brasil, Austrália, França, Alemanha, Índia, Itália, Japão, Nova Zelândia, Reino Unido e Estados Unidos da América). A pesquisa resultou no “2022 Cyber Safety Insights Report: Global Results”, o qual aponta o Brasil como um líder global no quesito de número de ciberataques, estando ao lado da Índia no ranking de países com adultos mais propensos a dizer que sofreram um ataque por vírus de computador ou dispositivo móvel (THE HARRIS POLL, 2022, p.4). O relatório ainda destaca que, no cenário global, “a prevalência contínua da vida virtual forneceu terreno fértil para cibercriminosos – mais de 415 milhões adultos em 10 países sofreram crimes cibernéticos nos últimos 12 meses” (traduziu-se)². De fato, estar-se-á diante de uma verdadeira transformação digital nos mais diversos campos da vida social (economia, cultura, política, comunicações, relações de consumo etc.) que se amplificou com a pandemia de COVID-19 e a necessidade de isolamento físico (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 3-5), forçando um avanço de projetos de transição digital e fazendo com que o Poder Público, por exemplo, intensificasse esforços na digitalização de serviços públicos (WIMMER, 2021, pp. 127-128).

O sistema bancário vive um verdadeiro “tsunami tecnológico” com o desenvolvimento de estratégias da economia digital centradas no cliente, o que mudou radicalmente a relação banco-cliente, como bem registra Schiavi (2018). A digitalização de pagamentos passa a exigir sistemas sofisticados de segurança para o relacionamento neste novo contexto, com o desafio de atualizações nos sistemas de proteção de dados e de segurança das informações, novas condições de contratos, disponibilização segura de canais para informar e conscientizar o cliente sobre benefícios e riscos de movimentações financeiras eletrônicas. Por outro lado, a criminalidade digital evolui com a mesma rapidez e a cada dia a sociedade é surpreendida com sofisticadas ações criminosas, que forçam as instituições financeiras a ampliar e manter ferramentas e protocolos com vistas a propiciar a segurança da informação (SCHIAVI, 2018).

Incidentes de segurança nos mercados digitais podem restringir direitos dos usuários e causar danos materiais e imateriais de difícil reparação. Falhas na proteção de dados, negligências no gerenciamento de informações

e eventos de exposição de dados atrelados a fins ilícitos e obscuros são cada vez mais frequentes e possuem potencial de ocasionar riscos severos, tanto para os usuários, empresas, governos, como para a sociedade no seu todo (REBOUÇAS, 2021, p. 181-184). A adoção de uma postura preventiva de incidentes, a preservação da privacidade do usuário, a construção de sistemas seguros em todo o ciclo de processamento da informação, com auditorias e verificações constantes e a priorização dos interesses e direitos dos usuários, são práticas responsáveis e medidas essenciais para mitigar riscos de ataques cibernéticos e incidentes de segurança (REBOUÇAS, 2021, p. 185-188).

O cenário pandêmico foi igualmente problemático no quesito de segurança cibernética, de modo que não apenas órgãos públicos foram alvos de ataques cibernéticos, mas, igualmente, empresas que buscavam se adequar a essa nova realidade, por meio do trabalho remoto. Hackers, neste período, aproveitavam-se para tentar realizar furto de informações, técnicas de *phishing*, explorar novos domínios na web e promover os mais variados tipos de ataque (BRANQUINHO e BRANQUINHO, 2021, p. 101). No fim do ano de 2020, o Superior Tribunal de Justiça foi vítima de um ataque hacker que criptografou os dados existentes no sistema da Corte Superior (PEREIRA e NEVES, 2021, p. 75) constituindo um entre os numerosos exemplos de ataques cibernéticos dirigidos às Cortes e Tribunais brasileiros, testemunhados pela sociedade brasileira entre 2020 e 2022. Preparar-se contra incidentes de segurança tornou-se indispensável. Nesse sentido, a Resolução CNJ n. 396/2021, instituiu a Estratégia Nacional de Segurança Cibernética do Poder Judiciário (ENSEC-PJ), reconhecendo que é imprescindível garantir a segurança cibernética do Poder Judiciário, de modo que se faz necessário abordar aspectos da segurança da informação – fazendo menção direta à adequação com a NBR ISO/IEC 27001:2013, que trata justamente do referencial técnico acerca da segurança da informação (CNJ, 2021a).

Sendo assim, é possível consignar que a ocorrência de ataques cibernéticos tem se tornado, dentro da conjuntura nacional e internacional (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 117), uma problemática séria e recorrente, da qual o despreparo, ignorância e até mesmo negligência podem ter consequências gravíssimas – para organizações, autarquias, empresas, Estados e pessoas. A seguir serão apresentadas algumas das técnicas empregadas em ataques cibernéticos.

2 No original: “The continued prevalence of virtual life has provided fertile ground for cybercriminals – more than 415 million adults in 10 countries* experienced cyber-crimes in the past 12 months” (THE HARRIS POLL, 2022, p. 4).

3. INSTRUMENTOS AO DISPOR DO ATAQUANTE: A NECESSÁRIA ATENÇÃO AOS MALWARES E TÉCNICAS DE ENGENHARIA SOCIAL

Além do *ransomware*, existem diversos métodos e técnicas empregados para o cometimento de crimes informáticos, os quais atualizam-se e reinventam-se no decurso de tempo. Patrícia Peck Pinheiro (2021a, p. 82) esclarece que o *ransomware* trata-se de um *malware* malicioso que explora vulnerabilidades encontradas no sistema e desenha uma cadeia de ataques, bloqueando o acesso aos dados e normalmente exigindo um resgate para recuperação. Atenta a autora que, desde 2012, o crescimento do número de ataques de *ransomware* é exponencial, representando um aumento de 229% entre os anos de 2017 e 2018, razão pela qual a implementação de medidas de segurança (antes, durante e após o incidente) é imprescindível (PINHEIRO, 2021a, p. 82).

De forma sintética, Damásio de Jesus e José Antônio Milagre listam parte do ferramental utilizado por atacantes há algum tempo: a) *vírus*: genericamente uma espécie de *malware* que, quando capaz de se replicar na web, recebe o nome de *worm*; b) *trojan*: popularmente chamado de “*cavalo de troia*”, na medida em que o *malware* é ocultado ou disfarçado como outro *software*; c) *sniffing*: captura de pacote de dados transmitidos em rede, podendo ser combinado com outras técnicas de invasão; d) *backdoor*: código malicioso que permite acesso facilitado ao sistema, viabilizando o escalonamento ou privilégio na invasão; e) *spyware*: *software* voltado a coleta de informações e atividade de um dispositivo, posteriormente enviando os dados ao destinatário; f) *keylogging*: técnica utilizada para monitorar o que é remetido pela vítima por meio do uso do teclado (*keyboard*); g) *screenlogin*: realiza capturas da tela (*screenshots*) da vítima para monitorar sua atividade e extrair informação; h) *rootkits*: *software* utilizado para corromper a atividade do sistema operacional de um dispositivo; i) *DoS* e *DDoS*: trata-se de ataque de negação de serviço (*Denial of Service*) e negação de serviço distribuída (*Distributed Denial of Service*), voltadas indisponibilizar a prestação de serviços por meio de sobrecargas, que podem ocorrer das mais variadas formas; j) *força bruta*: técnica automatizada para tentativa reiterada de combinações de senha, e; k) *DNS poisoning*: alteração de resolução no sistema de domínios de um serviço, direcionando um acesso para um site falso, criado pelo responsável pelo ataque (JESUS e MILAGRE, 2016, p. 35-41).

A segurança dos dados pode ser posta em xeque por *crackers* de senhas (*Softwares* voltados a adivinhar senhas, podendo prever em até 29 milissegundos senhas com até 7 caracteres), *eavesdropping* (registro de tráfego de dados em rede), *souldeer surfing* (utilização de dispositivos para espionar a vítima), permanência de dados (recuperação de dados existentes no disco rígido) e *trashing*

(coletar o “lixo” descartado pelas empresas e analisá-lo a fim de extrair informações) (BRANQUINHO e BRANQUINHO, 2021, p. 282-285). Técnicas de “*engenharia social*” também podem ser utilizadas por atacantes para persuadir as vítimas a transmitir informações secretas ou dados importantes.

Conforme a lição de Patrícia Peck Pinheiro:

[...] engenharia social pode ser compreendida como um conjunto de práticas e ações aplicadas na busca de informações sigilosas ou de grande importância e valor, pertencentes a uma pessoa ou a uma empresa, de maneira que essas práticas utilizam a manipulação, a persuasão e a influência sobre o comportamento humano como estratégia de ataque.[...] Com isso em mente, é de primordial pertinência que a empresa se preocupe com a engenharia social, seja através da conscientização dos funcionários, seja por meio da criação de mecanismos que dificultem a quebra dos protocolos de acesso à informação pela via humana (PINHEIRO, 2021, p. 96).

Técnicas de engenharia social acabam por explorar o fator mais fraco do elo da segurança da informação: o denominado “*fator humano*”. Quando não há treinamento ou educação sobre cibersegurança, atentam Marcelo Branquinho e Thiago Branquinho, os próprios colaboradores de uma organização podem se tornar uma ameaça potencial, eis que “os seres humanos podem cometer erros, introduzir vulnerabilidades no ambiente industrial e enfraquecer as medidas de monitoramento e proteção adquiridas” (BRANQUINHO e BRANQUINHO, 2021, p. 61). Alguns pontos explorados pelo atacante que se vale da engenharia social são: a) retribuição: necessidade de retribuir um favor que recebe; b) compromisso: pessoas tem a inclinação a agir de forma repetitiva em situações cotidianas; c) prova social: reproduzir comportamento do próximo quando se está em uma situação de dúvida; d) simpatia: vulnerabilidade diante de uma situação envolvendo familiar ou amigo; e) autoridade: o atendimento a requerimentos de uma autoridade; f) escassez: propensão em oportunidades que estão menos disponíveis (PINHEIRO, 2021a, p. 99).

A prática de *phishing* e *vishing* consistem em práticas comuns de engenharia social. A primeira trata-se de contatos (v.g. e-mails) mal-intencionados que, devido ao caráter inofensivo ou importante, levam a vítima a clicar em links enviados ou enviar informações ou documentos ao atacante (contendo variantes como *spear phishing* e *clone phishing*); a segunda (*voice phishing* ou *vishing*), trata-se da prática de ligações telefônicas para vítima, adotando falsa identidade, a fim de angariar informações relevantes ou induzir suas ações (PINHEIRO, 2021a, p. 100). Por vezes a prática de *phishing* pode ser a “porta de entrada” para

um *malware* combinado, como foi o caso, em 2017, dos ataques do *ransomware* “Wannacry” – posteriormente otimizado na nova geração de *ransomware* “NotPetya”, que, ao contrário do primeiro (que criptografava acesso aos arquivos), realiza o bloqueio de forma completa o acesso ao dispositivo afetado pelo ataque (BRANQUINHO e BRANQUINHO, 2021, p. 99). Segundo o relatório da Kaspersky, em 2020 o Brasil recuperou a liderança global no quesito de detecções anti-*phishing*, permanecendo no topo do ranking inclusive em 2021, o que revela que se trata de um dos países do mundo com maior índice de tentativas de ataques por meio de *phishing*³ (KULIKOVA e SHCHERBAKOVA, 2022).

4. A FUNDAMENTALIDADE DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA PARA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO DA LGPD

O desenvolvimento da digitalização e a utilização de ferramentas de *Big Data* e Inteligência Artificial demandam responsabilidade e especiais precauções no tocante a segurança cibernética – especialmente quando empregada em infraestruturas críticas (como aquelas que foram anteriormente exemplificadas), segundo adverte Wolfgang Hoffmann-Riem. Para o autor, é imprescindível assegurar a funcionalidade de sistemas e constantemente monitorá-los, eis que “os riscos vão muito além dos perigos específicos da lei de proteção de dados, talvez se devam ao fato de que o *hardware* e/ou *software* contém lacunas de segurança” (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 116). O avançar das novas tecnologias da informação e comunicação (TICs), essencialmente fruto da “*quarta revolução industrial*”⁴, por exemplo, fez com que infraestruturas tecnológicas e digitais se tornassem indispensáveis tanto para o setor público quanto privado (LORÈ e MUSACCHIO, 2021, p. 82), de modo que, conforme advertem Filippo Lorè e Paolo Musacchio, “a segurança de dados não deve ser encarada como um fardo econômico, mas sim como um bem indispensável, dado o aumento exponencial dos ataques cibernéticos nos últimos anos” (traduziu-se)⁵.

Os principais focos jurídicos da segurança da informação são:

- a) estar em conformidade com as leis vigentes; b) proteger a empresa de riscos e contingências le-

gais relacionados ao mau uso da informação, ao uso não autorizado, o vazamento de informação confidencial, danos a terceiros, crime e fraude eletrônica, invasão de privacidade etc.; c) atender aos preceitos da Constituição Federal, do Código Civil, do Código Penal, da Lei de Direitos Autorais, da Lei de Software (antipirataria), da Consolidação das Leis do Trabalho e outros dispositivos legais nacionais e internacionais; d) garantir que, na hipótese de investigação de um incidente, a empresa possa usar as provas coletadas, e que, de forma preventiva, possa praticar monitoramento, sem que isso gere riscos legais; e) garantir que os contratos estejam adequados no tocante às responsabilidades relacionadas aos níveis de serviço acordados e aos termos de confidencialidade exigidos; f) fazer com que o time de resposta a incidentes atue com segurança jurídica, ou seja, com legitimidade jurídica (PINHEIRO, 2021b, p. 78).

O “dever de segurança”, consagrado no regime de proteção de dados por meio da LGPD, segundo pontuam Fabiano Menke e Guilherme Damasio, possui como antecedentes institutos jurídicos como o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Marco Civil da Internet (MCI) (MENCKE e GOULART, 2021, p. 351), também tidos como *microssistemas* de proteção de dados, ao lado da Lei do Cadastro Positivo (LCP) e Lei de Acesso à Informação (LAI)⁶. Alguns dos diplomas legais suscitados chamam a atenção a critérios técnico-ocupacionais, como é o caso do MCI, por meio do Decreto nº. 8.771/2016, que, a teor do art. 13, assegura algumas medidas de segurança, como por exemplo: mecanismos de autenticação; controle estrito sobre acesso aos dados; inventário dos acessos de registro, e; uso de soluções de gestão dos registros (MENCKE e GOULART, 2021, p. 346).

O CDC, em seu art. 4º, inc. IV e V, estabelece como objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo a educação e informação de fornecedores e consumidores, assim como a criação pelos fornecedores de qualidade e segurança dos produtos e serviços. Segundo Humberto Theodoro Júnior, o primeiro diz respeito à conscientização quanto a direitos e deveres nas relações de consumo; o segundo, compreende a garantia da utilização segura e adequada do produto ou serviço pelo consumidor (THEODORO JÚNIOR, 2021, p. 36).

3 Literalmente, segundo as autoras: “Users living in Brazil made the most attempts to follow phishing links, with the Anti-Phishing protection triggered on devices belonging to 12.39% of users in this country. Brazil was also the top phishing target in 2020” (KULIKOVA; SHCHERBAKOVA, 2022).

4 Para Schwab (2016, p. 19), a quarta revolução industrial é caracterizada “por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina)”.

5 No original: “La sicurezza dei dati, infatti, non deve essere percepita, come un aggravio economico, bensì come un asset indispensabile, considerato l’aumento esponenziale degli attacchi informatici degli ultimi anni” (LORÈ; MUSACCHIO, 2021, p. 82).

6 Segundo assevera Bruno Ricardo Bioni (2021, p. 270), sob a perspectiva do diálogo das fontes, a LGPD e outras leis podem servir de base conceitual uma para outra, se influenciando reciprocamente (Coerência-sistêmica); complementam-se de forma coordenada com as anteriores (complementariedade-subsidiariedade), e; redefinem o escopo de aplicação e os parâmetros delas, do especial ao geral e do geral ao especial (coordenação-adaptação sistêmica).

O Marco Civil da Internet estabelece, sequencialmente, como princípios atrelados à segurança da informação: proteção da privacidade (inc. II), proteção de dados (inc. III) e segurança e funcionalidade da rede (inc. V). O dever de informação está exposto no MCI em seu art. 7º, inc. VI, estabelecendo como garantia do usuário o direito à informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, inclusive “com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade” e, no inc. VII, a disponibilização informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais.

Neste sentido, por pertinência ao dever informacional esculpido no CDC e no MCI, a lição de Fabiano Menke e Guilherme Damasio Goulart:

O controle do risco também está relacionado com o provimento de informações pelo fornecedor do produto e do serviço. A informação deve ser transmitida de forma clara e ostensiva, sob pena de o dever não ser cumprido, como ocorre no caso em que as informações de segurança dadas pelo banco estão escondidas em vários níveis de links em seu site ou, até mesmo, não foram fornecidas. Ainda, nesse contexto, são comuns as situações em que o fornecedor dá instruções de uso de seus produtos ou serviços, visando evitar um comportamento descuidado do consumidor. Como consequência, nas situações de descumprimento das orientações pelo consumidor, ocorre a configuração de sua culpa exclusiva diante da ocorrência do dano. Isso significa que, além do dever de fornecer as informações, há, por outro lado, um dever de cuidado a ser observado pelo próprio consumidor ao utilizar serviços e produtos que possuam algum tipo de risco (MENCKE e GOULART, 2021, p. 352).

Daí a necessidade de uma ação coordenada “entre o setor público e o setor privado, no sentido de aperfeiçoar a política vigente de proteção ao consumidor digital e mitigar os riscos de exposição de dados pessoais”, a fim de promover um ambiente digital seguro e confiável, bem como manter o ritmo de desenvolvimento da economia digital (REBOUÇAS, 2021, p. 185).

A LGPD, consoante seu art. 6º, estabelece como princípios: a finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, não discriminação, responsabilização e prestação de contas e, entre eles, com enfoque especial, a precaução e segurança. Esses dois últimos, segundo Ruth e Teixeira, podem ser traduzidos

na adoção de medidas técnicas e organizativas (como estabelecimento de políticas, treinamentos e medidas de conscientização) para evitar a ocorrência de incidentes de segurança a partir de um “raio X” dos processos de tratamento de dados da empresa, assim como seus riscos e vulnerabilidades (TEIXEIRA e GUERREIRO, 2022, p. 20). Ante ao refinamento das técnicas de invasão e recorrência de ataques cibernéticos, entende-se pertinente a advertência de Filippo Lorè e Paolo Musacchio, no sentido de que o termo conformidade (*compliance*) não coincide automaticamente com o termo segurança (*security*) (LORÈ; MUSACCHIO, 2021, p. 82), de forma que “não pode ser considerado suficiente o genérico respeito das normas em vigor para minimizar os riscos de violação” (traduziu-se)⁷.

Filippo Lorè e Paolo Musacchi (2021, p. 82) reforçam a necessidade de atenção ao tripé que sustenta a segurança da informação: (i) disponibilidade; (ii) integridade, e; (iii) confidencialidade dos dados (LORÈ e MUSACCHIO, 2021, p. 82). É possível falar também em um quarto elemento que coexiste entre esse clássico tripé: a “resiliência”, cujo cerne, segundo Menke e Goulart, é a capacidade de reestabelecimento das funcionalidades comprometidas após o erro ou incidente (MENCKE e GOULART, 2021, p. 354). Para Arturo Di Corinto a resiliência é “a capacidade de recomeçar depois de um choque, neste caso informático” (traduziu-se)⁸ (DI CORINTO, 2022, pp. 31-37). Além de providências de gerenciamento de segurança e vulnerabilidade, devem ser adotadas medidas de “*Identity and Access management*” (gerenciamento de identidade e acesso – sigla em inglês IAM), “*Secure Content and Threat Management*” (gerenciamento de conteúdo e ameaças – sigla em inglês SCTM) (LORÈ e MUSACCHIO, 2021, p. 82).

Com efeito, além da observância aos ditames da legislação vigente, faz-se essencial observar as normas de padronização existentes, as quais auxiliam no preenchimento de lacunas técnicas. Cita-se algumas normas técnicas que cumprem esse papel: (i) ISO/IEC 27001:2013 (recomendações sobre Sistemas de Gestão de Segurança da Informação); (ii) ISO/IEC 27002:2013 (código de práticas para Gestão de Segurança da Informação); (iii) ISO/IEC 27035:2011 (gestão de incidentes de segurança da informação); (iv) ABNT NBR 15999-1:2007 (gestão de continuidade dos negócios); (v) ISO/DIS 31000:2008 (gestão de risco), e; (vi) ABNT ISO/IEC 2009 (gerenciamento de serviços) (PINHEIRO, 2021b, pp. 78-79).

Conforme aponta Patrícia Peck Pinheiro (2021a, p. 31-40), que pese cada organização, através do conhecimento do seu funcionamento próprio, possa estabelecer e aplicar a política de segurança da informação que melhor lhe sirva, existem medidas “*macroexistenciais*” que po-

7 No original: “non può ritenersi sufficiente il generico rispetto delle norme in vigore per minimizzare il rischio di violazione” (LORÈ; MUSACCHIO, 2021, p. 82).

8 No original: “la capacità di ripartire dopo uno shock, in questo caso informatico” (DI CORINTO, 2022).

dem ser categorizadas como boas práticas em proteção de dados, tais como: (i) adotar políticas de segurança sólidas e implementar um Sistema de Gestão de Segurança da Informação (SGSI); (ii) definir e identificar os agentes responsáveis (consubstanciados na figura do controlador, operador e encarregado); (iii) assegurar acesso aos direitos do titular de dados (art. 17, 18, 19 e 20 da LGPD); (iv) adotar medidas de anonimização ou pseudoanonimização quando possível; (v) realizar Relatório de Impacto de Proteção de Dados (RIPD); (vi) estabelecer comitê especializado em proteção de dados e focar na figura do encarregado; (vii) atentar as particularidades dos processos de transferência de dados em nível nacional e internacional (PINHEIRO, 2021a, pp. 31-40).

O princípio da responsabilização e prestação de contas (ou princípio da *accountability*), esculpido no inc. X, do art. 6º, da LGPD, também é de acentuada relevância. Segundo leciona Bruno Ricardo Bioni, em seu quesito histórico (atinentes a evolução normativa da LGPD⁹), o princípio harmoniza um raciocínio jurídico voltado à reparação e, ainda, à prevenção, de modo que: “deve haver uma demonstração de tais medidas, o que pode ser materializado mediante um maquinário precaucionário que foi gradualmente esculpido ao longo das mais de sete fases em quase dez anos de (in)evolução do texto legal” (BIONI, 2022, p. 52). Essa racionalidade que se extrai da interpretação do inc. X, do art. 6º, revela que “o grau de responsabilidade de uma atividade de tratamento de dados é correspondente ao nível de demonstração das medidas adotadas para o cumprimento das normas de proteção de dados” (BIONI, 2022, p. 77).

O princípio da segurança, em sua definição esculpida no inc. VII, do art. 6º, da LGPD, consiste na “utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão” (BRASIL, 2018). Medidas técnicas e administrativas “*aptas*” consistem em conceito jurídico indeterminado – replicado no *caput* do art. 46 -, o qual, segundo Menke e Goulart, pode ser suprido na forma do §1º, do art. 46, da LGPD: através do estabelecimento de guias e parâmetros pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) (MENCKE e GOULART, 2021, p. 357), em sua atribuição pedagógica, nos termos do inc. V, VI, XIII e XVIII, do art. 55-J, da LGPD.

Medidas neste sentido podem ser citadas, como o “Guia Orientativo: segurança da informação para agentes de tratamento de pequeno porte”, abarcando uma série de medidas de segurança da informação voltadas aos agentes definidos no art. 2º da Resolução CD/ANPD n. 2/2022, tais como: i) medidas administrativas

(políticas, gerenciamento de contratos, conscientização e treinamento; ii) medidas técnicas (gerenciamento de vulnerabilidades, controle de acessos, segurança da comunicação e dos dados armazenados); iii) medidas relacionadas ao uso de dispositivos móveis, e; iv) medidas relacionadas aos serviços em nuvem (ANPD, 2021). Outra interessante participação da ANPD nesse sentido foi na contribuição para a “Cartilha de Segurança para Internet. Fascículo: Vazamento de dados”, desenvolvido pela Cert.br, Nic.br e Cgi.br, apresentando riscos e orientações no caso da ocorrência de vazamentos de dados (NIC.BR, 2021).

A instituição de estratégias dedicadas a implementação da LGPD e a segurança nas operações de tratamentos de dados e segurança da informação também se destaca. Neste sentido, vale a reprise da importância da contribuição do Conselho Nacional de Justiça diante dos desafios impostos à segurança cibernética do ecossistema digital do Poder Judiciário que instituiu, por exemplo, a Estratégia Nacional de Segurança Cibernética do Poder Judiciário (ENSEC-PJ), por meio da Resolução CNJ n. 396/2021, que em seu art. 11 elenca uma série de medidas voltadas ao aumento do nível de segurança das infraestruturas críticas (CNJ, 2021a). A Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário (ENTIC-JUD), instituída pela Resolução CNJ n. 370/2021, conta com guia estratégico para o período de 2021 – 2026, a fim de aprimorar a segurança e gestão dos dados, assim como implementação à LGPD, nos processos internos (CNJ, 2021b).

O Conselho Nacional de Justiça (2018), pela competência a ele atribuída de fiscalizar os serviços notariais e de registro, publicou em 31 de julho de 2018 o Provimento n. 74/18 com o objetivo de “instruir Cartórios e garantir a segurança sobre os serviços prestados por eles” (JABUR e MARTINELLI, 2021, p. 166). O Provimento nº. 74/18 estabelece padrões mínimos de segurança técnica e administrativa assentado nos três pilares clássicos da segurança da informação: disponibilidade, integridade, confidencialidade. Para atender ao disposto no Provimento, cada serventia deverá elaborar um plano estratégico para instituir um Sistema de Gestão de Segurança da Informação com a participação de todos os colaboradores, promovendo mapeamento de todos os processos e de todo portfólio de serviços, classificando-os por grau de risco, atendendo aos requisitos legais e as “obrigações contratuais e plano de contingência para continuidade dos serviços do ativo” (JABUR e MARTINELLI, 2021, p. 166).

Por seu turno, o Provimento n. 134, de 24 de agosto de 2022, trata particularmente de medidas que as serven-

⁹ Bioni (2022, p. 41-52) atenta ao mapeamento, de 2010 até 2019, de nove fases do texto normativo da LGPD. Houve, portanto, uma guinada no texto legislativo acerca da matéria de proteção de dados no que toca a criação de instrumentos pelos quais seria possível demonstrar a eficácia de salvaguardas e medidas de mitigação de risco voltadas à preservação da LGPD, tais como boas práticas, registros de atividade, a concepção do *privacy by design* e no tocante a figura do encarregado.

tias extrajudiciais devem adotar em nível nacional para adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Além das contribuições específicas para cada serventia (*i.e.*, Tabelionato de Notas, Registros de Imóveis etc.), em relação a segurança informacional, o Provimento dedica o Capítulo VII especialmente para tratar de medidas de segurança, técnicas e administrativas (art. 12 -15), assim como Capítulo VIII, que estabelece medidas de treinamento e capacitação de todos os envolvidos no tratamento dos dados pessoais (art. 16) (CNJ, 2022a).

Outra importante iniciativa do CNJ é a criação do Centro de Prevenção, Tratamento e Resposta a Incidentes Cibernéticos do Poder Judiciário (CPTRIC-PJ), instituído pela Portaria n. 172, de 25 de maio 2022, como apoio às ações de governança, educação, segurança cibernética e segurança da informação. Como órgão técnico para assuntos de segurança da informação e cibernéticos, o CPTRIC-PJ é composto pela Rede de Cooperação do Judiciário que integra representantes de Equipes de Tratamento e Resposta a Incidentes de Segurança Cibernética de todos os tribunais com a responsabilidade de criar um canal seguro de comunicação entre os integrantes da Rede para trocas de informações sobre segurança da informação, reportar ameaças e incidentes, disseminar boas práticas, divulgar possíveis ameaças e possíveis ações de defesa ou mitigação, além de “auxiliar, na medida do possível, com troca de informações, o órgão do Poder Judiciário que esteja sob ameaça ou ataque cibernético” (a teor do art. 4 e seus incisos) (CNJ, 2022b).

Com efeito, o Capítulo VII, Seção I (art. 46 – 49), da LGPD está dedicado a segurança e sigilo de dados. Suscintamente, além do parágrafo supracitado, o § 2º, do art. 46, estabelece expressamente que as medidas de segurança deverão ser tomadas em consideração “da fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução” e, a teor do *caput* do art. 47, as medidas de segurança devem ser observadas pelos agentes de tratamento mesmo após o término do tratamento (*cf.* art. 15 e 16 da LGPD). Isto é, o que se convencionou como “*Privacy by Design*” ou, como abordado na alínea b, do inc. I, do art. 12 do Provimento 134/2022, “*Security by Design*” (CNJ, 2022a), que, segundo Bruno Ricardo Bioni, de rigor implica “a ideia de que a proteção de dados pessoais deve orientar a concepção de um produto ou serviços, devendo eles ser embarcados com tecnologias que facilitem o controle e a proteção das informações pessoais” (BIONI, 2021, p. 171).

Cabe, sem dúvida, à organização implementar medidas de segurança e salvaguardas para ataques ou vazamentos de dados. Identifica-se que a análise dos fatores de segurança empregados pela organização se faz presen-

te, ainda, na comunicação de ocorrência de incidente de segurança, conforme preceitua o inc. III (medidas técnicas e de segurança utilizadas) e VI (medidas adotadas para mitigar e reverter o prejuízo), do art. 48, da LGPD. Inclusive, a ANPD poderá exigir comprovação de que foram adotadas as medidas técnicas, durante o juízo de gravidade do incidente, conforme o comando do § 3º. Nesta esteira, pertinente reforçar que o art. 44 expressamente prevê a possibilidade de reparação de danos no caso de violação da segurança dos dados:

Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo pelo qual é realizado; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado. Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano (BRASIL, 2018).

Não responderão pelos danos causados os agentes de tratamento que comprovadamente não realizaram o tratamento de dados ou, tendo-o realizado, não havendo violação ao texto da legislação ou, ainda, na hipótese de dano decorrente de culpa exclusiva do titular ou de terceiros. É o que prevê o art. 43 e incisos da LGPD. Salta, então, o seguinte questionamento: sendo o ataque hacker realizado por terceiro, estar-se-ia diante de uma excludente de responsabilidade, de modo que, diante de sua suposta “*imprevisibilidade*” do evento, poder-se-ia aduzir se estar diante de caso fortuito externo?

Primeiro, deve-se investigar como ocorreu o acesso indevido e, por decorrência, o dano: a culpa pelo vazamento ou incidente de segurança, por vezes, pode decorrer de ato imprudente ou negligente do próprio usuário, ao revelar suas credenciais e senhas a terceiro, por exemplo (falta de cuidado no manejo do dispositivo e de seus dados); contudo, havendo violação por parte daquele a quem incumbia a proteção, ou seja, a falha no dever de segurança por conta de quem deveria assegurá-lo, estará esse incumbido da reparação pelos danos causados¹⁰. Segundo atenta Arnaldo Rizzardo, o mesmo ocorre com provedores de acesso e aplicação na internet, diante de caso de contaminação de computadores e equipamentos através de *malwares* invólucros a e-mails, que dentro de da organização são constantemente transmitidos: cabe

10 Arnaldo Rizzardo (2019, p. 934) assunta a responsabilização do usuário de sistema bancário online para conferir saldo, movimentar quantias e realizar aplicações bancárias, no caos de fornecimento das credenciais a terceiro. Entretanto, salienta que caso seja comprovado que o fato gerador do dano derivou de problema no sistema do banco, permitindo o acesso indevido, deverá esse repor as quantias indevidamente sacadas.

ao provedor a implementação de mecanismos de proteção e prevenção, estancando a transmissão maliciosa, conforme determina o MCI (RIZZARDO, 2019, p. 934).

Na lição de Arnaldo Rizzardo (2019, p. 70), o caso fortuito externo, assim como o interno, é *imprevisível e inevitável*, diferindo-se do segundo em razão de ser *estranho a atividade ou organização do negócio* (RIZZARDO, 2019, p. 70). No entanto, a LGPD, como visto, imputa ao responsável pelo tratamento de dados uma série de medidas e salvaguardas de segurança (art. 46 a 49), assim como a observância de diligências de boas práticas e governança de dados (art. 50 a 51), desde a concepção do produto ou serviço até a sua execução, independentemente da natureza do negócio, de modo a assemelhar-se ao fortuito interno – fazendo parte da atividade do fornecedor do produto ou serviço e exigindo desse a observância de cautelas e precauções em sua atividade.

Sobre o caso fortuito externo no caso de ataque cibernético, entendeu a 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na oportunidade do julgamento da Apelação Cível de nº. 1000568-46.2021.8.26.0007, que a invasão de dispositivo ou sistema por ataque cibernético (com obtenção de dados pessoais de consumidores) consistiria em evento extraordinário e fortuito externo, praticado por terceiro estranho ao serviço prestado pela empresa ré (TARTUCE, 2022, p. 932). O precedente é examinado, e, sobre o quesito da reparação de danos decorrente da violação dos dados, atenta Flávio Tartuce:

[...] entendo que o citado ataque pode ser enquadrado como evento interno, se a empresa não toma medidas para evitá-lo a gerar a sua eventual responsabilização civil. Feita esse importante nota prática, a norma ainda estabelece, no seu art. 44, que o tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: a) o modo pelo qual é realizado; b) o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; e c) as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado. Nos termos do seu parágrafo único, responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 da própria lei, der causa ao dano. A menção ao risco parece indicar mais uma vez um modelo de responsabilização sem culpa, diante da cláusula geral de responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, segunda parte, do Código Civil (TARTUCE, 2022, p. 933).

Ademais, diante da recorrência do número de ataques (assim como a notoriedade dos incidentes e seus violentos impactos), é possível questionar ainda até que ponto pode-se falar na *imprevisibilidade do evento*. O dever de segurança, sendo um dos princípios norteadores das atividades de tratamentos de dados, objetiva salvaguardar o direito à autodeterminação informativa do titular de dados, apresentando acentuada importância diante do panorama de crescimento exponencial do número de incidentes de segurança e ciberataques em âmbito nacional e internacional. Por outro lado, é pertinente referir que cumpre a autodeterminação informativa seu papel como fundamento da LGPD, estando atrelada a outros direitos do titular, notadamente personalíssimos, como a sua liberdade e privacidade, de modo que, segundo atenta Wolfgang Hoffmann-Riem (2021, p. 73), concretiza a proteção da dignidade da pessoa humana neste contexto de irrefreável digitalização.

Com efeito, o processamento e a análise de dados tornam possível, além do acesso e interpretação de informações privadas, a viabilidade de previsão comportamental do indivíduo ou grupo de indivíduos analisados, potencializando a violação de sua privacidade. Deste modo, conforme aponta Arturo Di Corinto (2022, p. 33), a questão da segurança é determinante para a autodeterminação informativa do titular de dados, na medida em que “num mundo digital digitalizam-se os dados que identificam os nossos comportamentos; se falharmos em proteger esses dados digitais, falhamos em proteger nosso comportamento”¹¹. Para o autor, nesse contexto digitalizado, a privacidade e segurança cibernética são precondições para o exercício de direitos fundamentais, como liberdade de expressão, movimento, associação e, entre outros, a garantia de igualdade (DI CORINTO, 2022, p. 34).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ataques de hackers a dispositivos e sistemas informacionais de pessoas, empresas, organizações, tribunais e até mesmo autarquias estatais podem ter os mais diversos objetivos e motivações, assim como podem ocorrer das mais variadas formas. O instrumental pelo qual se vale o atacante é vasto e desafia os profissionais da segurança da informação, na medida em que constantemente se reinventa – aproveitando brechas e vulnerabilidades que eventualmente são constatadas. Nada obstante, pode o atacante valer-se de técnicas de engenharia social, explorando o fator humano para fisgar aquele que, des-treinado, é o elo mais fraco da segurança da informação.

11 No original: “in un mondo digitale i dati che identificano i nostri comportamenti sono digitalizzati; se non riusciamo a tutelare questi dati digitali, non riusciamo a tutelare i nostri comportamenti” (DI CORINTO, 2022, p. 33).

O catastrófico impacto que um ataque cibernético pode ter é inegável. Ao longo da presente investigação foram apresentados exemplos históricos de ataques que causaram muito mais do que prejuízos financeiros, mas, concomitantemente, a interrupção a serviços públicos essenciais, danos ao meio ambiente e igualmente lesões físicas a pessoas. *Supply Chains* e infraestruturas críticas, dada a sua essencialidade para sociedade, costumam ser alvos significativos para atacantes e, uma vez comprometidos, os resultados podem ser irreversíveis. Com efeito, a letalidade de ataques cibernéticos é tanta que atualmente consistem em perigosas estratégias de guerra (*Cyber Operations*) voltadas a degradação de vantagens informacionais e desestabilização política do alvo.

O fato é que, de forma paralela a impetuosa marcha de digitalização das coisas, vivemos na *era dos ciberataques*: onde incidentes de segurança dessa natureza e ataques cibernéticos são um problema vital e recorrente, de importância nacional e internacional. Neste cenário, o número de ataques cresce exponencialmente e lastimavelmente o Brasil revela-se como um recorrente alvo à nível global, razão pela qual a normativas atreladas a segurança da informação são cada vez mais presentes. A recorrência de ataques põe em xeque a imprevisibilidade deste tipo de evento, de forma que a deliberada ignorância acerca dos riscos de um ataque pode equivaler a um ato de negligência ou imprudência.

Com efeito, a operação de tratamento de dados (seja em âmbito público ou privado) atrai os efeitos normativos da LGPD, de modo que se faz imperiosa a atenção ao arcabouço principiológico da Lei. Nessa conjuntura, entre os princípios da legislação suscitada, entende-se que se sobressai o princípio da segurança – com medidas complementares presentes em institutos jurídicos como o CDC e o MCI – na medida em que se revela como condicionante para um seguro e adequado tratamento de dados, assim como para que efetivamente possa o titular dos dados pessoais exercer seus direitos e, em suma, sua autodeterminação informativa.

Em que pese a abstração constante no termo “medidas técnicas e administrativas ‘*aptas*’ a proteger os dados pessoais”, a leitura e interpretação do princípio não deve se dar de forma isolada, mas conjuntamente com os diplomas legais pertinentes, como Código Civil, MCI, CDC, LAI, entre outros. Nada obstante, deve-se atentar às normas de padronização existentes e ao estabelecimento de parâmetros de segurança por entidades competentes, como constitui exemplo os guias orientativos da ANPD e, também, as Resoluções emanadas pelo CNJ, que, a título de exemplo, inauguram medidas voltadas ao aumento do nível de segurança de infraestruturas críticas no Poder Judiciário.

Para além do título de conformidade com os *standards* da lei, são bem-vindas medidas e boas práticas voltadas a guarnecer os pressupostos de disponibilidade,

integridade e confidencialidade dos dados, assim como a capacidade de resiliência da organização submetida a ataque cibernético. Destacam-se, neste sentido, treinamento de colaboradores, gerenciamento de vulnerabilidades, identidade e acessos e, através de um criterioso olhar interno das atividades, um gerenciamento do conteúdo e dos possíveis riscos e ameaças.

Os deveres de segurança imputados pela LGPD aos responsáveis pelas operações de tratamento de dados devem ser observados pelos agentes de tratamento desde a concepção até a completa execução da operação, de modo que, nos processos internos da atividade exercida, caberá a observância das cautelas e precauções pertinentes, sob pena de responsabilização pelos danos decorrentes da violação de segurança.

REFERÊNCIAS

AL-MHIQANI, Mohammed Nasser et al. Cyber-security incidents: a review cases in cyber-physical systems. (*IJACSA*) **International Journal of Advanced Computer Science and Applications**, v. 9, n. 1, p. 500-501, 2008. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14569/IJACSA.2018.090169>. Acesso em: 6 mar. 2023

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). **Resolução Normativa n. 964/2021**. Dispõe sobre a política de segurança cibernética a ser adotada pelos agentes do setor de energia elétrica. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-normativa-aneel-n-964-de-14-de-dezembro-%20de-2021-369359262>. Acesso em: 10 fev. 2023.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD). **Guia orientativo: segurança da informação para agentes de tratamento de pequeno porte**: versão 1.0. Brasília: ANPD, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: novos conceitos para uma nova realidade. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BRANQUINHO, Thiago; BRANQUINHO Marcelo. **Segurança cibernética industrial**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Regulação e proteção de dados pessoais: o princípio da *accountability***. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: A função e os limites do consentimento**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

(LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 13 dez. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Provimento n. 74 de 31 de julho de 2018**. Dispõe sobre padrões mínimos de tecnologia da informação para a segurança, integridade e disponibilidade de dados para a continuidade da atividade pelos serviços notariais e de

registro do Brasil e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_74_31072018_01082018113730.pdf. Acesso em: 16 maio 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 396 de 7 de junho de 2021**. Institui a Estratégia Nacional de Segurança Cibernética do Poder Judiciário (ENSEC-PJ). 2021a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3975>. Acesso em: 1º fev. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Guia da Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário (ENTIC-JUD) 2021-2026**: versão 1.1. Brasília: CNJ, 2021b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado1841452021102661784be9efedd.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Provimento n. 134, de 24 de agosto de 2022**. Estabelece medidas a serem adotadas pelas serventias extrajudiciais em âmbito nacional para o processo de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília: CNJ, 2022a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1413072022082563078373a0892.pdf>. Acesso em: 16 maio 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Portaria n. 172 de 25 de maio de 2022**. Brasília: CNJ, 2022b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4559>. Acesso em: 26 fev. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Provimento n. 134, de 24 de agosto de 2022**. Estabelece medidas a serem adotadas pelas serventias extrajudiciais em âmbito nacional para o processo de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília: CNJ, 2022b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1413072022082563078373a0892.pdf>. Acesso em: 16 maio 2023.

CANO M., Jeimy J. El ransomware: una estrategia de desestabilización geopolítica. El Caso de Costa Rica. **Global strategy report**, n. 15, 2022. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8473340>. Acesso em: 6 fev. 2023.

DI CORINTO, A. Data commons: privacy e cybersecurity sono diritti umani fondamentali. **Rivista italiana di informatica e**

diritto, v. 4, n. 1, p. 31-37, 16 mar. 2022, p. 33. Disponível em: <https://www.rivistaitalianadiinformaticadiritto.it/index.php/RIID/article/view/92>. Acesso em: 28 jan. 2023.

GÓRKA, Marek. Współczesne zagrożenia cybernetyczne na przykładzie zjawiska cyberwojny: Analiza teoretyczna. **Acta Politica Polonica**, v. 1, n. 51, p. 5-21, 2021, p. 17-20. Disponível em: www.wnus.edu.pl/ap. DOI: 10.18276/ap.2021.51-01. Acesso em: 26 fev. 2023.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

JABUR, Mirian Aparecida Esquárzio; MARTIMELLI, Anielle Eisenwiener. A influência da segurança da informação no Provimento n. 74 e na LGPD. In: TEIXEIRA, Tarcisio et al. (Coord.). **LGPD e cartórios: implementação e questões práticas**. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 162-169.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. **Manual de crimes informáticos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

KASPERSKY. Ransomware: caso haja novo ataque, 80% das empresas no Brasil pagariam resgate. **Kaspersky daily**, 19 mai. 2022. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/blog/80-das-empresas-pagariam-resgate/19416/>. Acesso: 7 fev. 2023.

KULIKOVA, Tatyana; SHCHERBAKOVA, Tatyana. Spam and phishing in 2021. Spam and phishing reports. **Securelist by Kaspersky**, 9 fev. 2022. Disponível em: <https://securelist.com/spam-and-phishing-in-2021/105713/>. Acesso em: 20 fev. 2023.

LEWIS, James A. Cyber War and Ukraine. **Center For Strategic & International Studies (CSIS)**. Report. June 16, 2022. Disponível em: <https://www.csis.org/analysis/cyber-war-and-ukraine>. Acesso em: 06 mar. 2023.

LORÈ, Filippo; MUSACCHIO, Paolo. Cybersecurity e protezione dei dati personali ai tempi dell'accountability: verso un cambio di prospettiva? **Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo**, n. 1, p. 65-90, 2021. Disponível em: <http://amministrativamente.com/index.php/formez/article/view/13201/11916>. Acesso em: 20 fev. 2023.

MENKE, Fabiano; GOULART, Guilherme Damasio. Segurança da informação e vazamento de dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (Coord.); BIONI, Bruno (Coord. Exec.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 339-360.

MIT TECHNOLOGY REVIEW. Uma hora antes da invasão da Ucrânia, hackers russos já haviam iniciado o ataque. MIT

Technology Review, 10 jun. 2022. Disponível em: <https://mittechreview.com.br/uma-hora-antes-da-invasao-da-ucrania-hackers-russos-ja-haviam-iniciado-o-ataque/>. Acesso em: 6 fev. 2023.

NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR (NIC.BR). **Cartilha de Segurança para Internet**. Fascículo: Vazamento de dados. Brasília: ABNP, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes>. Acesso em: 13 dez. 2022.

PEREIRA, Nicholas de Lucas Bastos; NEVES, Lucas Miranda. Ransomeare e Phishing durante a pandemia de COVID-19. **Revista Tecnológica da Fatec Americana**, v. 9, n. 01, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://fatec.edu.br/revista/index.php/RTecFatecAM/article/view/256>. Acesso em: 10 fev. 2023.

PINHEIRO, Patrícia P. **Segurança digital**: proteção de dados nas empresas. São Paulo: Atlas, 2021a.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 7. edição. São Paulo: Saraiva Educação 2021b.

REBOUÇAS, Marina de Siqueira Campos. Segurança do consumidor nos mercados digitais: considerações sobre uso e proteção de dados pessoais. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 19, n. 72, p. 175-191, jan./mar. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução Daniel Moreira. São Paulo: Edipro, 2016.

SCHIAVI, Pablo. Los servicios financieros a través de plataformas tecnológicas. **Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica**, n. 20, mar. 2018. Disponível em: <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=eeac5424e67e88a263f2a5d2598d5061> Acesso em: 18 maio 2023.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

TEIXEIRA, Tarcísio; GUERREIRO, Ruth M. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**: Comentada Artigo por Artigo. São Paulo: Saraiva, 2022.

THE HARRIS POLL. **2022 Cyber Safety Insights Report. 2022**. Disponível em: <https://www.nortonlifelock.com/us/en/newsroom/press-kits/2022-norton-cyber-safetyinsights-report-special-release-online-creeping/>. Acesso em: 8 jan. 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

WIMMER, Mirian. Limites e possibilidades para o uso secundário de dados pessoais no poder público: lições da pandemia. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 11, n. 1, abr. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpb.v11i1.7136>. Acesso em: 20 jan. 2023.

Gabriel Cemin Petry

Bolsista do CNPq. Graduando em Direito pela Universidade Feevale. Integrante do Grupo de Pesquisa CNPq/Feevale: Direito e Desenvolvimento. Integrante do Projeto de Pesquisa CNPq/Feevale: Inteligência Artificial para um Futuro Sustentável: Desafios Jurídicos e Éticos.

Haide Maria Hupffer

Pós-Doutora e Doutora em Direito pela UNISINOS. Pesquisadora no Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental e no Curso de Direito da Universidade Feevale. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/Feevale Direito e Desenvolvimento. Líder do Projeto de Pesquisa FAPERGS: Inteligência Artificial e Sociedade de Algoritmos: regulação, riscos discriminatórios, governança e responsabilidades.

POLÍTICAS JUDICIÁRIAS TRANSPARENTES, EFICIENTES E RESPONSÁVEIS

TRANSPARENT, EFFICIENT AND ACCOUNTABLE JUDICIAL POLICIES

José Antonio Dias Toffoli

Richard Pae Kim

RESUMO: Este artigo é uma reflexão acerca de políticas públicas judiciárias e de suas premissas no Brasil, com ênfase no papel do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nelas. O método de pesquisa utilizado foi a pesquisa bibliográfica e documental, com análise de algumas ações específicas do CNJ durante os anos de 2018 a 2020. O artigo lança luz sobre a observância dos princípios da transparência, da eficiência e da responsabilidade na gestão pública do Judiciário Brasileiro e discorre sobre os avanços necessários nesse domínio, propondo reflexões, em seu final, a respeito da integridade pública prevista na Resolução CNJ nº 410, de 23 de agosto de 2021.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas judiciárias. Conselho Nacional de Justiça. Transparência, eficiência e responsabilidade na gestão pública.

ABSTRACT: This article is a reflection on judicial public policies and their premises in Brazil, with emphasis on the role of the National Council of Justice (CNJ) in them. The research method used was bibliographic and documentary research, with an analysis of some specific actions of the CNJ during the years from 2018 to 2020. The article sheds light on the observance of the principles of transparency, efficiency and accountability in the public management of the Brazilian Judiciary Power, and discusses the necessary advances in this field, proposing reflections, in its end, regarding public integrity in CNJ Resolution nº 410, of August 23, 2021.

KEYWORDS: Judicial public policies. National Council of Justice. Transparency, efficiency and accountability in public management.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal Cidadã brasileira, com fortes traços democráticos, o Poder Judiciário passou a protagonizar o papel de efetivo garantidor dos direitos constitucionais, em especial, a tutela dos direitos fundamentais. Aliás, não existe regime democrático sem que haja um projeto político-normativo fundado na soberania popular, na separação de poderes, na superioridade da Constituição Federal e na sustentação da Justiça, por meio do respeito pleno aos direitos.

Para que o Poder Judiciário possa realizar de forma concreta o ideal democrático, aquele há de ter uma funcionalidade também democrática, diante de sua legitimidade constitucional. Há de desempenhar as tarefas de maneira mais idônea, transparente e eficiente possível (ZAFFARONI, 1995, p. 43-44).

O Judiciário, além de garantir os referidos direitos, quer sejam fundamentais ou não, fá-lo-á, não apenas pelo exercício da atividade jurisdicional, mas, como qualquer outro poder estatal, por meio de políticas públicas – no caso, judiciárias – respeitando-se sempre alguns princípios, como veremos adiante, que são os da transparência, eficiência e respeito à responsabilidade pública e social.

Para que o Poder Judiciário nacional pudesse cumprir adequadamente a sua missão, o constituinte derivado concluiu ser necessária a formação de mais um órgão, com competências de âmbito nacional, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que restou criado em 14 de junho de 2005, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, que trouxe a “Reforma do Poder Judiciário”.

Este Conselho passou a atuar como protagonista na elaboração de políticas públicas judiciárias a fim de resolver determinados problemas que deram ensejo à sua própria criação. Dentre eles, podemos citar: a) morosidade no julgamento das ações e recursos; b) descumprimento de alguns dos princípios que regem a Administração Pública; c) questionamentos sobre sua transparência; d) ineficiência de algumas corregedorias e ouvidorias; e) falta de qualidade técnica na gestão administrativa, financeira e orçamentária; f) ausência do uso de técnicas de gestão pública; e g) ausência de interlocução com outros atores das políticas públicas (KIM, 2015, p. 115-136).

Conforme bem lembrado pelo eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que presidiu o CNJ entre 2008 e 2010, diferentemente do que ocorreu em outros países, a instituição desse Conselho em nosso país não se deu para responder a anseios da magistratura por maior autonomia e independência, tampouco

para impedir a ingerência de outros poderes perante o Judiciário, mas para integrar e coordenar os “diversos órgãos jurisdicionais nacionais, por meio de uma instituição central com atribuições de controle e fiscalização de caráter administrativo, financeiro e correcional” (MENDES, 2012).

A despeito de ainda não se encontrarem pacificadas algumas questões afetas aos limites de suas competências, não há dúvida de que as atividades que o Conselho Nacional de Justiça vem desenvolvendo como órgão de planejamento e de coordenação do Judiciário nacional têm se mostrado essenciais, não só para alcançar soluções aos problemas acima elencados, mas também para garantir a eficácia dos direitos fundamentais e possibilitar a evolução das políticas públicas judiciais, inclusive aquelas ligadas à gestão pública administrativa dos tribunais, como desenvolveremos neste trabalho.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIÁRIAS E SUAS PREMISSAS: O PAPEL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

De proêmio, há que se salientar que os estudos sobre o tema no âmbito jurídico são recentes, o que impede, por ora, que se apresente um único conceito de política pública (SOUZA, 2003, p. 11-24). As políticas são públicas não por sua dimensão, mas por seu caráter imperativo, ou seja, porque são revestidas de decisões e ações tomadas pelas autoridades políticas do poder público. Estas são diretrizes, princípios norteadores de ações do poder público, regras e procedimentos para as relações entre o poder público e a sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado. Isto só se concretiza se houver uma gestão estratégica de qualidade e eficiente.

Aplicando-se as modernas teorias da administração¹ ao aparelho público, o posicionamento estratégico, ou planejamento estratégico, como se sabe, é a criação de uma posição única e valiosa que deve envolver um conjunto de atividades que deve ter, como objetivo fundamental, atingir os resultados pretendidos de forma diferencial, sustentável e de forma satisfatória ao usuário de seus serviços. Logo, o planejamento estratégico auxilia as organizações a delinear seus objetivos, especificando as ações adequadas que devem ser executadas para atingi-los.

São verdadeiras políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamentos) que orientam ações que normalmente envolvem aplicação de recursos públicos. Nem sempre, porém, há compatibilidade entre as intervenções e declarações de vontade e as ações desenvolvidas (TEIXEIRA, 2002), eis que as “não-ações”, as omissões deliberadas

também são formas de manifestação de políticas, pois representam opções dos gestores.

Política não se traduz em apenas uma decisão, mas num conjunto de decisões inter-relacionadas com metas e processos necessários para que possam ser alcançadas. Os elementos que a compõem, fundamentalmente, são: estabelecimento de diretrizes; fixação das ações, princípios e metas; trabalho conjunto entre sociedade civil e governo; definição do financiamento a cargo do poder público; e, a toda evidência, o pressuposto para a implantação das políticas públicas decorre de uma análise política, com a interpretação das causas e consequências da ação de um poder.

Também pode ser entendida como a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção de direitos, portanto, pode ser entendida como instrumento de ação de um poder ou de governo, fundado em três eixos: validação pela lei; diretrizes para sua execução e aplicação para a realização de interesses públicos ou coletivos.

As políticas públicas podem ter distintos suportes legais. Os fundamentos de validade podem estar em dispositivos constitucionais, em leis complementares ou ordinárias ou, ainda, em atos normativos, como decretos e portarias, ou até mesmo podem estar fundadas em atos negociais, como em contratos de concessão de serviço público, por exemplo.

Segundo Fabio Konder Comparato, a política pública se apresenta como uma atividade, “um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”, ou seja, são “os atos, decisões ou normas que a compõem, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio” (COMPARATO, 1998, p. 45). Em seu trabalho, ficou evidenciada a defesa da tese de que a política pública teria natureza jurídica de normas e atos.

Para Maria Paula Dallari Bucci, no entanto, a política pública é um programa de ação governamental que resulta de um processo ou de um conjunto de processos juridicamente regulados visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. E deve esta buscar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (BUCCI, 2006, p. 39).

Com precisão científica, a jurista Maria Paula Dallari Bucci traz para o mundo jurídico a definição adequada de política pública, como sendo, pois, um “programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto

1 Vide artigo de Michael E. Porter, sobre “O que é estratégia” na prestigiada obra da Harvard Business Review. (CHRISTENSEN, et. al., 2018, p. 187-224).

de processos juridicamente regulados” (BUCCI, 2006, p. 121), deixando claro a natureza jurídica de que se trata de um grande processo composto de diversos outros processos, tanto é que a autora propõe na referida obra um “painel de análise jurídica processual” com a consideração de vários ‘processos estatais’ pertinentes” (BUCCI, 2006, p. 161), quais sejam: a) um processo administrativo, na medida em que é a matriz de organização do processo decisório no âmbito da Administração Pública; b) o processo legislativo, diante do interesse no exercício da iniciativa governamental (ou de um poder como salientaremos abaixo) sobre a elaboração das leis; c) o processo judicial, na medida em que o Poder Judiciário é o foro último da decisão sobre conflitos relacionados à implantação dos direitos objeto das políticas públicas; d) o processo de planejamento que orienta os comportamentos futuros do Poder Público e os destinatários das ações públicas; e) o processo orçamentário de alocação e de arranjo de meios para a realização das políticas públicas (BUCCI, 2006, p. 161-162).

Importante se faz sublinhar que as políticas públicas estão diretamente atreladas aos princípios estruturais da administração pública, tanto a direta como a indireta, os quais estão expressamente previstos no artigo 37, caput, da Constituição Federal, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Também devem os entes de qualquer dos Poderes da República, e portanto, o próprio Poder Judiciário, respeitar estes princípios, além dos demais que estão definidos em nossa Carta Magna.

No que toca à missão do Conselho Nacional de Justiça, neste cenário das políticas públicas judiciais, como já restou assentado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 3.367/DF, as atribuições conferidas ao Conselho pela Emenda Constitucional nº 45/2004 são: o controle da atividade administrativa e financeira do Judiciário e o controle ético-disciplinar de seus membros. Analisemos apenas a primeira competência, objeto de interesse do presente trabalho.

O Conselho Nacional de Justiça é o órgão competente para supervisionar a atuação administrativa e financeira do Judiciário nacional. Supervisionar, no caso, não significa apenas fiscalizar, mas também participar do processo de modernização da gestão, inclusive por meio da regulação, e contribuir para a elaboração dos planejamentos estratégicos de interesse do Judiciário.

É fato que o Conselho não se substitui à administração dos tribunais. Em verdade, o exercício dessa atividade há de suprir as necessidades dos diversos órgãos que compõem o Poder Judiciário, mas deve o CNJ, como premissa inafastável, admitir que os demais órgãos do Poder Judiciário nacional são os “primeiros responsáveis pelos próprios destinos e somente diante de sua inegável insuficiência ou deficiência, de todas as ordens, é que deverá o órgão central atuar” (MENDES, 2012).

Por sua vez, incumbe ao Conselho Nacional de Justiça implantar políticas públicas judiciais nacionais, de forma a aperfeiçoar a eficiência dos órgãos judiciais e buscar soluções para os seus problemas, com a finalidade não só de fomentar mudanças positivas à Administração da Justiça, mas de possibilitar que se alcance, de forma mais eficiente, o cumprimento de direitos fundamentais dos cidadãos.

O Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que o CNJ possui natureza jurídica administrativa de controle interno, consoante resultado do referido julgamento da ADI nº 3.367-DF, um controle que não deve prejudicar a autonomia e a independência do Poder Judiciário, mas um controle que o organiza. E, no cumprimento de seu desiderato, o CNJ há de exercer atividade reguladora e fiscalizadora, como se extrai do trecho do importante voto do Ministro Dias Toffoli, no julgamento da ADI nº 4638-DF pelo Pleno da Suprema Corte, de relatoria do Min. Marco Aurélio:

Ao Conselho Nacional de Justiça, nos termos do que dispõe o art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal, compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes. Para tanto, a Lei Maior conferiu-lhe a competência de expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providência (art. 103-B, § 4º, inciso I, da Constituição).

Nesse sentido, inclusive, já decidiu esta Corte, fixando o entendimento, na ADC nº 12, de que o controle administrativo do CNJ pode ser feito mediante resoluções dotadas de caráter normativo primário (ADC 12/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 18/12/09). A propósito, nessa ocasião, o Ministro Gilmar Mendes destacou que [o]s referidos dispositivos, conforme se vê, autorizam expressamente a expedição de atos regulamentares pelo CNJ, no âmbito de sua atuação, estando entre as suas atribuições o dever de observância dos princípios e disposições contidas no art. 37 da Constituição Federal (art. 103-B, § 4º, II, da CF/88).

Dessa forma, no cumprimento de sua atividade de controle, cabe ao CNJ o papel de agente fiscalizador da atuação administrativa e disciplinar do Poder Judiciário, podendo expedir atos regulamentares, ou recomendar providências, no âmbito de sua competência (...).

Para alcançar esse desiderato, incumbe pois, ao Conselho Nacional de Justiça e a cada um dos tribunais e demais órgãos do Poder Judiciário, desde o diagnóstico, passando pela elaboração dos planejamentos, projetos e programas, até a execução das políticas definidas e durante o exercício da gestão administrativa, financeira

e orçamentária, respeitar e fazer respeitar cada um dos princípios da administração públicas e das premissas estabelecidas para a gestão eficiência da Justiça.

3. GESTÃO PÚBLICA NO JUDICIÁRIO COM TRANSPARÊNCIA, EFICIÊNCIA E RESPONSABILIDADE².

O Poder Judiciário de hoje é diferente daquele pré-Constituição de 1988 – o qual se encontrava mantido na “estufa” pelo regime autoritário, para utilizar a expressão de Wernneck Vianna (1997) na obra “Corpo e alma da magistratura brasileira”, quando basicamente se limitava à função tradicional de resolução de conflitos individuais entre os particulares ou entre os cidadãos e o Estado, aplicando a lei aos casos concretos específicos.

A Constituição de 1988, atendendo o clamor do povo brasileiro – sedento por Justiça –, elencou um extenso rol de direitos e garantias individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e de minorias. Para assegurar-lhes cumprimento e efetividade, a Carta Cidadã conferiu plena independência aos magistrados e total autonomia ao Poder Judiciário, o qual passou a exercer um papel proeminente na vida social, econômica e política brasileira.

Esse fenômeno não é exclusivo do Brasil. Observa-se, mundialmente, o fortalecimento dos respectivos Poderes Judiciários nacionais, tanto em países de *common law* como em países de *civil law*. Vide, por exemplo, o caso da França, baluarte da supremacia do parlamento e da separação dos poderes – fruto da grande Revolução Francesa –, onde a magistratura historicamente era vista com forte desconfiança. Eis que a reforma constitucional de 2008 conferiu ao Conselho Constitucional da República Francesa poderes para realizar o controle de constitucionalidade das leis repressivamente (a posteriori) – até então, o controle de constitucionalidade estava limitado ao modelo preventivo.

No mesmo sentido, caminhou a Inglaterra (berço do *common law*), onde, sobressaindo, mais uma vez, a supremacia do parlamento, competia ao Comitê de Apelações da Câmara dos Lordes realizar o controle de constitucionalidade das leis. Em 2005, o *Constitutional Reform Act* conferiu à Corte Constitucional do Reino Unido essa prerrogativa, que sob forte resistência, somente foi efetivada em 2010.

A Justiça contemporânea passou, portanto, a ser, cada vez mais, demandada para resolver questões de grande complexidade, sejam elas de natureza social, ética, cultural, econômica ou política. No Brasil, o Judiciário saiu daquela “estufa” que o inibiu por décadas e conquistou seu espaço na sociedade e na vida cotidiana do cidadão,

passando a atuar constantemente no primeiro plano da vida pública.

Com a TV Justiça, ele adentrou o lar das famílias brasileiras. Com julgamentos televisionados, suas decisões passaram a ser submetidas não apenas aos controles recursais, mas ao escrutínio público, sendo aplaudidas por uns e desaprovadas por outros, como é próprio das democracias. Como órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal não é mais “esse outro desconhecido” dos tempos de Aliomar Baleeiro e de sua clássica obra.

A sociedade brasileira que, nos últimos anos, havia voltado seus olhos para os Poderes Executivo e Legislativo, passou a cobrar, cada vez mais, uma Justiça eficiente, coerente e previsível, pautada pela transparência. Para fazer frente a essa demanda crescente de protagonismo e a uma sociedade cada vez mais plural, aberta e complexa – a chamada “sociedade em rede” de Manoel Castells (2013) –, o Judiciário também precisa ser dinâmico, flexível e cooperativo.

Todas as novas teorias de gestão em voga no século XXI baseiam-se no tripé eficiência, transparência e responsabilização. Esses fundamentos são válidos para a administração privada e são ainda mais relevantes na governança pública, inclusive na do Poder Judiciário. Busca-se, assim, a substituição do modelo burocrático tradicional, idealizado por Max Weber, por um modelo de governança eficiente, transparente e, sobretudo, democrático, visto que está voltada para o cidadão. Como já falava o magistrado paulista Moura Bittencourt na obra “O Juiz” (2002), da década de 60, é preciso conciliar a arte de julgar com a arte de judicar. A Justiça brasileira precisa modernizar-se e entrar efetivamente na Era da Gestão Judicial.

Nesses passos, hoje a Administração do Judiciário exige que se promova de forma permanente reflexões acerca de soluções dos principais desafios enfrentados pelos tribunais e magistrados brasileiros. O Conselho Nacional de Justiça vem empreendendo significativos esforços por uma maior integração, sistematização e modernização do Poder Judiciário Nacional, aperfeiçoando a coleta de dados, realizando diagnósticos, estabelecendo metas e aperfeiçoando os sistemas de controle.

Por meio da Estratégia Nacional do Poder Judiciário, instituída pela Resolução CNJ nº 198 de 2014, é possível impulsionar a unicidade do Poder Judiciário, disseminando diretrizes e políticas norteadoras para atuação institucional dos seus órgãos.

Uma Justiça eficiente exige que o tempo de duração dos processos seja administrado de forma mais ágil, pois os conflitos do mundo pós-moderno atuam em um ritmo cada vez mais intenso. É desafiadora a missão de tornar efetiva a prestação jurisdicional de âmbito nacional,

2 Capítulo baseado em artigo publicado no Anuário da Justiça Brasil 2018 e no site do Consultor Jurídico: (TOFFOLI, 2018).

especialmente em um universo como o nosso, com aproximadamente 80 milhões de processos em tramitação e, ainda, em um país com tantas peculiaridades regionais e de extensa dimensão territorial.

Ao mesmo tempo em que é latente a necessidade de modernização e de aprimoramento da gestão judiciária, é essencial ter em mente que não se planeja o futuro sem conhecimento da realidade e que não se desenvolvem metas, sem a construção de indicadores.

Assim, o aprimoramento da gestão judicial não tem outro caminho, se não passar pelo necessário processo de melhoria na gestão da informação. Não é uma tarefa simples, pois a cultura de dados e a cultura de pesquisa é algo ainda recente em nosso país, e que, além de estar em constante crescimento, exige uma mudança de paradigma. Precisamos mobilizar e conscientizar os atores do sistema justiça com relação à importância de se observar com atenção os registros processuais básicos e os dados elementares do processo judicial que são cadastrados nos sistemas. São eles que irão nos contar a história do processo e que permitirão traçar tendências e identificar possíveis gargalos.

Essa é a primeira etapa de um grande desafio: o de criar uma única base de dados nacional, com um extenso repositório de dados processuais, a ser utilizada no desenvolvimento de diagnósticos precisos e confiáveis que subsidiem a criação de parâmetros, de diretrizes e de políticas, de forma a garantir a celeridade processual.

Infelizmente, mesmo com importantes avanços na última década no que diz respeito ao aprimoramento na gestão da qualidade dos dados e na transparência do Poder Judiciário, ainda há, não infundadamente, críticas pela ausência e precariedade de dados estatísticos. Cabe ao Poder Judiciário mudar esse cenário e avançar para um Judiciário cada dia mais eficiente e transparente.

Mudanças nas leis e nas estruturas processuais são necessárias. Mas para além disso, é preciso mudar a cultura do litígio. O país hoje judicializa a boa-fé, o cotidiano, a política. Tudo depende do carimbo judicial. Para fazer frente a essa “explosão de litigiosidade” – para usar as palavras de Boaventura Sousa Santos (2000) –, precisamos estimular a cultura da pacificação social e da valorização do diálogo, e não a cultura do conflito. O Judiciário torna-se mais eficiente quando estimula soluções autocompositivas e meios adequados de resolução de conflitos - instrumentos céleres e econômicos para oferecer justiça. O desempenho neste aspecto ainda é tímido. Apenas 12% das decisões judiciais que são prolatadas resultaram de um acordo de conciliação previamente firmado entre as partes. É preciso avançar nesse quesito.

Nessa seara, destacam-se as Metas Nacionais do Poder Judiciário como instrumento que permite aperfeiçoar a prestação jurisdicional, buscando proporcionar à sociedade serviço mais célere, com maior eficiência e qualidade. Atualmente são temas das metas a celeridade

processual, a conciliação, a priorização do julgamento de processos relativos: à corrupção e à improbidade administrativa, às ações coletivas, aos maiores litigantes e dos recursos repetitivos.

O processo de formulação dessas metas vem acontecendo de forma colaborativa e participativa, resultando em maior comprometimento dos envolvidos. Registra-se, aqui, o fortalecimento da atuação da Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário no seu papel de pulverizar a informação e permitir o debate cada vez maior de representantes de cada tribunal. É preciso traçar metas cada vez mais desafiadoras, planejar e executar projetos e ações mais concretos e com impactos significativos.

Por outro lado, o compromisso com a *accountability* exige transparência, prestação de contas, controle e responsabilização, todos inerentes ao ideal democrático e republicano. A autonomia e a independência do Judiciário não são e não devem ser subterfúgios do controle e da responsabilização tanto pelos órgãos institucionalizados quanto pela sociedade, destinatária imediata da eficiente prestação jurisdicional. A publicidade dos processos judiciais e a fundamentação das decisões são importantes instrumentos de controle do Judiciário, mas não são os únicos. Juízes e tribunais devem prestar contas do exercício de suas funções estatais, sejam elas jurisdicionais ou administrativas.

Historicamente, há no Brasil a ideia de que o Poder Judiciário é excessivamente fechado, formal, distante dos anseios sociais e isento de qualquer responsabilidade. Como não poderia deixar de ser, a sociedade tem cobrado um Poder Judiciário menos elitista, mais responsável e próximo da realidade social.

Não há dúvidas da importância de medidas para a valorização da magistratura nacional e dos servidores da Justiça. Todos os esforços possíveis devem ser empreendidos nesse sentido, mas – é importante que se diga – não há espaço para excessos e diferenciações. O juiz não pode medir os outros com régua distinta da que ele usaria para medir a si próprio.

A democracia é essencialmente pluralista. E plural também são os tribunais, com a natural convivência, em seu seio, de juízes com concepções diversas de mundo e do Direito. Não é fácil conciliar e coordenar as diferenças. Mas o futuro do Judiciário e o Judiciário do futuro dependem, cada vez mais, do diálogo e da cooperação institucional.

Nesse contexto, não tem faltado o apoio do Poder Executivo e do Poder Legislativo na iniciativa e na aprovação de projetos legislativos que aperfeiçoem o sistema de justiça, em todas as suas áreas. A Lei nº 12.850/2013 é o exemplo maior disso. Ao definir organização criminosa e dispor sobre os meios de investigação e de produção de provas, com a possibilidade de realização da colaboração premiada, tem sido essencial nas investigações dos últimos anos.

Com as crises recorrentes da política brasileira, mais uma vez, o Poder Judiciário é destacado para arbitrar conflitos políticos e sociais e julgar denúncias, inclusive contra altas personalidades do mundo político, econômico e social. Inevitavelmente, caberá ao Poder Judiciário moderar esses conflitos e assegurar a pacificação social. Para tanto, deve julgar as questões que lhe chegam de forma célere, eficiente, técnica, imparcial e com absoluto respeito à Constituição e às leis do país.

Mas a legitimidade e a autoridade do Poder Judiciário andam de mãos dadas com a prudência e, por isso, ele deve evitar os excessos e a tentação de se investir no papel de Poder “superior” aos demais poderes estatais ou de mais alta instância moral da sociedade. O Judiciário não pode querer se transformar no “superego da sociedade”, como já advertia a socióloga alemã Ingeborg Maus (2010, p. 234). Diante da inevitável e natural expansão do protagonismo judicial, o apelo das ruas e o clamor social devem ser catalisados pela Justiça como mecanismos de controle social, aos quais originariamente se devem subordinar todas as instituições de um Estado Democrático de Direito.

Dessa perspectiva, o Relatório Justiça em Números é um grande aliado da cidadania, mostrando ao Brasil e ao mundo o complexo funcionamento do Poder Judiciário. O Relatório tem contribuído, ademais, de forma relevante, para a transparência dos tribunais, com a divulgação de estatísticas e análises de dados – uma tarefa árdua, porém, essencial para se compreender a atuação do Poder Judiciário Nacional. O relatório mostra que o judiciário não tem conseguido dar vazão a seu estoque processual. Em 2009, no primeiro ano de criação das metas nacionais, existiam 60 milhões de processos em tramitação. Oito anos depois, havia um saldo de espantosos 20 milhões de processos a mais. O congestionamento tampouco reduziu, ao contrário, ele se encontra estagnado em torno de 70% ao longo da série histórica. Em razão disso, é extremamente importante que na definição das metas nacionais seja feito sempre um balanço dos resultados alcançados e assim, que sejam aprovadas, com propostas efetivamente desafiadoras que possibilitem aprimoramento da gestão judicial.

Decorridos dezoito (18) anos da Reforma do Judiciário, muitos foram os avanços alcançados pelo Conselho Nacional de Justiça durante as suas várias composições, para bem atender ao destinatário final dos serviços: o cidadão, o jurisdicionado.

Durante a gestão de setembro de 2018 a 2020 no CNJ, como acima salientado, três foram as premissas fundamentais adotadas para a definição e execução de políticas públicas judiciais, a saber: a) busca pela eficiência dos serviços, seja no âmbito da gestão administrativa ou da realização de sua atividade primária que é o exercício eficiente da jurisdição; b) a transparência dos serviços judiciais e c) o respeito à responsabilidade

administrativa e social, mediante o permanente aprimoramento dos instrumentos de controle de gestão e a garantia de que a atuação do Judiciário atenderá os interesses da sociedade.

O capítulo seguinte apresenta, de forma resumida, algumas das ações.

4. ALGUMAS AÇÕES DO CNJ DE 2018 A 2020

Numerosos foram os desafios vencidos por todo o Judiciário nesse período, na busca obstinada pela eficiência na atividade administrativa e jurisdicional. Investiu-se fortemente na melhoria da gestão estratégica, na utilização das tecnologias e melhoria dos sistemas de automação, na atuação intersetorial e interinstitucional, de forma a trazer os demais poderes e a sociedade civil para encontrar, de forma cooperativa e democrática, as melhores soluções para os desafios do Judiciário brasileiro, na gestão adequada dos riscos e no investimento tecnológico, sem abandonar o capital humano e sem colocar de lado as ações de responsabilidade socioambientais.

No relatório de gestão, que hoje se encontra publicado digitalmente (TOFFOLI; KIM, 2020), pela primeira vez na última década, houve redução dos casos pendentes, invertendo a tendência que vinha sendo observada ao longo dos últimos anos. Muitos foram os investimentos na busca da desjudicialização e na utilização de mecanismos alternativos e consensuais de solução dos litígios.

Houve um importante processo de formulação da Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026, com o esforço colaborativo construído ao longo de todo o ano, sob a coordenação do Conselho Nacional de Justiça e o apoio da Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário, que culminou com a aprovação dos Macrodesafios pelos presidentes dos tribunais e na publicação da Resolução CNJ n. 325, de 29 de junho de 2020, além das Metas do Poder Judiciário para o ano de 2020. Ademais, foi aprovado o Planejamento Estratégico do Conselho Nacional de Justiça 2021-2026, pela Portaria CNJ n. 104, de 30 de junho de 2020.

Após avaliação de todo o trabalho que o CNJ realizou nos referidos dois anos de gestão, foram surpreendentes os resultados do esforço de todos os conselheiros, juízes auxiliares e dos servidores, parceiros e colaboradores. Mesmo com os impactos trágicos e negativos da pandemia Covid-19, o Conselho não deixou de cumprir todas as suas missões. Seguem alguns de mais de uma centena de avanços que se pode alcançar nesses dois anos de gestão.

Comprometido com os pilares da eficiência, transparência e responsabilidade, buscou-se não só dar continuidade aos projetos em andamento, como melhorar a gestão das políticas judiciais e interinstitucionais, investindo nas modernas metodologias de gestão

pública e nas tecnologias digitais, inclusive com o uso da inteligência artificial.

Na busca de maior eficiência no Judiciário, foi criado na estrutura do CNJ a Secretaria Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica, que transformou internamente o órgão ao priorizar as ações de coordenação e de acompanhamentos dos programas e projetos do CNJ e do Judiciário como um todo; foram elevadas de cinco para treze as Comissões Permanentes do CNJ; houve efetiva melhoria na gestão de Sistemas e Cadastros; foram implantados o Banco de Boas Práticas do Judiciário, o Selo de Desburocratização, o programa RESOLVE, a Estratégia de Desjudicialização com o INSS; foi criado o Prêmio CNJ de Qualidade (que passou a premiar os melhores tribunais no país, incluindo critérios de qualidade, em cada segmento de Justiça, o que não era levado em consideração na premiação do extinto Selo Justiça em Números); investiu-se no PRONAME e houve profundo fortalecimento da gestão dos precatórios.

Também foi ultrapassada a série histórica e o plenário do CNJ aprovou 70 (setenta) Resoluções e 20 (vinte) Recomendações até 31 de agosto de 2020, normativos que foram necessários para a instituição de novas e aprimoramento das antigas políticas públicas judiciárias.

Noutro giro, a adequação das rotinas de trabalho judiciárias frente às novas tecnologias também foi objeto da presidência que fortaleceu o sistema de processo judicial eletrônico PJe e outras plataformas tecnológicas como o DATAJUD; o Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU; o Escritório Digital; o SINAPSES, que disponibilizou, modelos de inteligência artificial para todo o Judiciário; os Laboratórios de Inovação; o SISBAJUD que trouxe novas funcionalidades ao extinto BACENJUD; e investiu-se na automação das execuções fiscais, perícias judiciais, conciliações, e gestão de bens apreendidos.

Dentro do eixo transparência foi instituída a codificação e a padronização de rubricas de Pagamento dos Magistrados (Res. 272/2018); instituiu-se o Ranking da Transparência do Poder Judiciário (Res. 260/2018); foi ampliado o acesso à informação das remunerações dos magistrados (Res. 273/2018); restou instituído o Portal do CNJ; aperfeiçoada a nova intranet e remodelado o site do CNJ com avanços em sua funcionalidade; e houve melhoria da comunicação social, inclusive com estratégias de combate à desinformação e uso das mídias sociais.

No eixo da responsabilidade administrativa e social, o CNJ restringiu o pagamento de auxílio-moradia no Poder Judiciário (Res. 274/2018); fixou parâmetros de remuneração a ser paga aos conciliadores e mediadores judiciais (Res. 271/2018); instituiu o Formulário Nacio-

nal de Avaliação de Risco para a prevenção e o enfrentamento de crimes e demais atos praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher (Res. 284/2019); implantou e nacionalizou o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA); investiu na pauta de igualdade de gênero e de raça; e inovou ao lançar o Pacto Nacional da Primeira Infância (com centenas de pactuantes no país), o Pacto Nacional da Escuta Protegida, o Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão, a Agenda 2030 dentro do Poder Judiciário brasileiro, e o programa nacional do DESTRAVA, visando solucionar a paralisação de obras públicas, em especial, da área da educação³.

Estas são algumas das mais de 60 (sessenta) ações que foram realizadas dentro do eixo da eficiência da gestão pública judiciária; das mais de 30 (trinta) ações com foco na transparência do Judiciário; e das mais de 25 (vinte e cinco) ações internas e interinstitucionais para alcançar o respeito à responsabilidade pública e social. Tudo isso, sem contar as centenas de ações com investimento em capacitação no Poder Judiciário; na gestão da saúde no âmbito da Justiça; na ampliação da política nacional de enfrentamento à violência contra mulher; na política nacional de conciliação e de evolução na gestão de dados, com investimentos na tecnologia, automação e o uso de inteligência artificial.

5. AVANÇOS NECESSÁRIOS E REFLEXÕES FINAIS: A INTEGRIDADE PÚBLICA NA RESOLUÇÃO CNJ Nº 410, DE 23 DE AGOSTO DE 2021

Os avanços na gestão administrativa do Judiciário têm ocorrido a passos largos. Trazendo novas premissas e conceitos importantes para a construção das políticas públicas judiciárias, foi aprovada no Plenário do Conselho a Resolução nº 410, de 23 de agosto de 2021 que, para além dos três pilares desenvolvidos neste trabalho, instituiu um sistema de integridade no âmbito do Poder Judiciário.

A Resolução foi construída sobre alguns pilares: a) os 17 (dezessete) objetivos de desenvolvimento sustentável inscritos na Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, em especial o Objetivo nº 16 dos ODS's, que busca “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”, inclusive pela redução substancial da

³ Com destaque ao projeto piloto denominado “Destrava Goiás”, que com a ação conjunta do Judiciário, dos Tribunais de Contas (U, E, M), do CNMP e do FNDE, e de diversos outros atores, o governo do Estado de Goiás e os Municípios conseguiram destravar cerca de 70% das obras que estavam paralisadas, inclusive por decisões judiciais e dos tribunais de contas.

corrupção e do suborno em todas as suas formas, pelo desenvolvimento de instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis, e pela garantia da tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis; b) o trabalho realizado em matéria de combate à corrupção e boa governança pelas Nações Unidas, consagrado em particular na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção; c) as Recomendações do Conselho da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre integridade pública, fundamento vital para a governança pública para resguardar o interesse público e reforçar valores como a democracia pluralista baseada no estado de direito e no respeito aos direitos humanos; d) a busca para fomentar a confiança pública no Poder Judiciário, cumprindo na integralidade os princípios gerais da administração pública estabelecidos no caput do art. 37 da nossa Carta da República; e) para dar concretude às leis que estabelecem a responsabilização administrativa e civil de todos que praticam atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira; f) e disseminar a cultura de integridade e aprimorar os mecanismos de prevenção, detecção e correção de condutas ilícitas e antiéticas no Judiciário.

Nesta normativa foram estabelecidas algumas regras gerais sobre o sistema de integridade no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, que nos seus enunciados ficou estabelecido que deve ser estruturado nos seguintes eixos: I – comprometimento e apoio explícito da alta administração dos respectivos órgãos; II – existência de órgão gestor responsável pela sua implementação e coordenação em cada tribunal; III – análise, avaliação e gestão dos riscos; e IV – monitoramento permanente, aprimoramento contínuo e capacitação.

Não há dúvida quanto à importância dessas premissas, mas a exigência da criação de um órgão gestor da alta administração de cada tribunal para resguardar a integridade no Judiciário e, em especial, para a realização da análise, avaliação e gestão dos riscos, se mostra essencial dentro desse processo que estamos passando de transformação no papel e no funcionamento da Administração Pública brasileira, diante da exigência de uma profissionalização gradativa da gestão pública e das novas tecnologias de gestão de políticas públicas. A análise de políticas públicas, inclusive as judiciais, “seja prescritiva ou descritiva, seja pela abordagem racionalista ou argumentativa, justapõe-se à gestão pública pelo *focus* administrativo (estrutura, processos e comportamentos) e pelo *locus* de gestão (planejamento, direção, coordenação e controle) nas organizações públicas” (SECCHI; COELHO, 2020, p. 13).

A importância da gestão de riscos é acentuada nesta normativa, com razão, na medida em que a “gestão de riscos corretamente implementada e aplicada de forma sistemática, estruturada e oportuna gera benefícios que impactam diretamente cidadãos e outras partes interessadas na organização ao viabilizar o adequado suporte às decisões” (TCU, 2018, p. 14), administrativas e o aumento da eficiência e eficácia das políticas públicas estabelecidas por seus vários instrumentos públicos.

Também garante, diante da vinculação da gestão de risco como elemento básico da *accountability*, a manutenção ou elevação da confiança da sociedade na Administração da Justiça.

O sistema de integridade pública deve abranger todas as etapas das políticas públicas judiciais, respeitando as técnicas nacionais e internacionais, em especial no início da tomada de decisão, com a análise de políticas públicas. Em interessante trabalho de Leonardo Secchi, acentua o autor que a “análise de políticas públicas é a atividade e o campo de conhecimento teórico e metodológico voltados para a geração e a sistematização de conhecimentos aplicados ao enfrentamento de problemas públicos” e “visa melhorar o processo público com o uso de métodos e técnicas de análise de problemas (*problem analysis*) e análise de soluções (*solution analysis*) para auxiliar nas decisões e na estruturação de políticas, leis, programas, campanhas, projetos ou ações públicas” (SECCHI, 2017, p.1), fundamentos de uma boa gestão pública de suas políticas.

Assim, para que a Alta Administração dos tribunais, como pretende a Resolução, possa fazer garantir o respeito à integridade e aos demais princípios constitucionais da administração pública do Judiciário, mostra-se essencial que essas técnicas, incluindo análise de custo-benefício; custo-efetividade; mapeamento de argumentos; métodos participativos (cf. art. 3º, inciso II, da Resolução); técnica *nudge*⁴; e outras, sejam aplicadas adequadamente pela Administração e entregues aos tomadores de decisão.

Portanto, com esta nova Resolução, desde que efetivamente cumprida pelos órgãos da Administração do Judiciário, viabiliza-se uma melhor decisão pública, embasada em informações e análises confiáveis, pautada em princípios e valores constitucionais e internacionais e que venha a trazer resultados desejados no interesse público e para os jurisdicionados.

Como salientado, muitos foram os avanços alcançados pelo Conselho Nacional de Justiça, durante as suas várias composições, para bem atender ao destinatário dos serviços: o cidadão, o jurisdicionado. Na última década, o Judiciário tem aperfeiçoado sua gestão estratégica, ampliado

4 Vide magnífico trabalho de Thaler e Sustein (2019, p. 14). Para os autores, a concepção do *nudge* é uma técnica, um estímulo, “é qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos”.

a utilização das tecnologias e realizado melhoria dos sistemas de automação, na atuação intersetorial e interinstitucional, de forma a trazer os demais poderes e a sociedade civil para encontrarmos, de forma cooperativa e democrática, as melhores soluções para os desafios do Judiciário brasileiro (CNJ, 2019, p. 3).

A gestão adequada dos acervos pelos tribunais, de forma estratégica, acabou, pela primeira vez na última década, por reduzir os casos pendentes, diminuir a taxa de congestionamento, invertendo a tendência que vinha sendo observada ao longo dos últimos dez anos.

Enfim, a sociedade deposita muita esperança no Poder Judiciário e anseia por resultados. Os cidadãos urgem por prestação jurisdicional eficiente, célere, coerente e previsível. A Justiça do século XXI precisa estar atenta a isso. Essa é a revolução pela qual precisa passar o Poder Judiciário. Eis a chave dessa transformação: eficiência, transparência e responsabilização. Agora, deve-se incluir o respeito à integridade pública.

REFERÊNCIAS

- BACHRACH, Peter; BARATZ, Morton. Two faces of power. *American Political Science Review*, Cambridge, v. 56, n. 4, p. 947-952, 1962.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O Juiz*. São Paulo: Millennium, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz & Terra, 2013.
- CHRISTENSEN, Clayton M. et. al. *Desafios da gestão: uma introdução às mais influentes ideias da Harvard Business Review*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 187-224. (10 Leituras Essenciais da Harvard Business Review).
- COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, abr./jun. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/364>. Acesso em: 3 mar. 2023.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório anual 2019*. Brasília: CNJ, 2019.
- FLEURY, Sonia. Redes de políticas: novos desafios para a gestão pública. *Administração em Diálogo*, São Paulo, n. 7, p. 77-89. 2005.
- KIM, Richard Pae. Conselho Nacional de Justiça como órgão garantidor e qualificador de direitos fundamentais. In: LEWANDOWSKI, Ricardo; NALINI, José Renato (Org.). *O Conselho Nacional de Justiça e sua atuação como Órgão do Poder Judiciário: homenagem aos 10 anos do CNJ*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 115-136.
- KIM, Richard Pae; SILVA, Fabiana Andrade Gomes. Metas nacionais como importante mecanismo da gestão estratégica do Poder Judiciário. In: SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). *Magistratura do futuro*. Rio de Janeiro: JC, 2020, p. 99-114.
- MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. As contribuições do CNJ para o Judiciário Brasileiro. *Revista Eletrônica JC*, Rio de Janeiro, n. 143, p. 10-175, jul. 2012. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/as-contribuicoes-do-cnj-para-o-judiciario-brasileiro/>. Acesso em: 3 mar. 2023.
- RIKER, William H. Federalism. In: GREESTEIN, Fred I.; POLSBY, Nelson W. *Handbook of Political Science*. Massachussets: Addison-Wesley Publishing Company, 1975. 5.v. p. 93-172.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.
- SECCHI, Leonardo. *Análise de políticas públicas: diagnóstico de problemas, recomendações de soluções*. São Paulo: CEN-GAGE, 2017.
- SECCHI, Leonardo; COELHO, Fernando de Souza Coelho; PIRES, Valdemir. *Políticas públicas*. 3. ed. São Paulo: CEN-GAGE, 2020.
- SOUZA, Celina. Políticas públicas: questões temáticas e de pesquisa. *Caderno CRH*, Salvador, Dossiê, v. 16, n. 39, jul./dez., 2003, p. 11-24. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/crh/article/view/18743>. Acesso em: 3 mar. 2023.
- TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade*. Salvador: Associação dos Advogados de Trabalhadores Rurais, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf. Acesso em: 3 mar. 2023.

THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). **30 anos da Constituição Brasileira**: democracia, direitos fundamentais e instituições. São Paulo: GEN-Forense, 2018.

TOFFOLI, José Antonio Dias. A transformação é uma porta que só se abre por dentro. **Consultor Jurídico**, 26 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-26/dias-toffoli-transformacao-porta-abre-dentro>. Acesso em: 3 mar. 2023.

TOFFOLI, José Antonio Dias; KIM, Richard Pae (Org.). **Relatório de gestão Ministro Dias Toffoli**: 20018-2020. Brasília:

CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/WEB_RELATORIO_GESTAO_CNJ_2018-2020.pdf. Acesso em: 3 mar. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Roteiro de Avaliação de Maturidade da Gestão de Riscos**. Brasília: TCU, Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo, 2018.

WERNECK VIANNA, Luiz. et al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

José Antonio Dias Toffoli

Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça (2018-2020). Ex-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (2013-2015).

Richard Pae Kim

Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Ex-Secretário Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica do Conselho Nacional de Justiça (2018-2020). Doutor e Mestre em Direito pela USP. Pós-doutor em políticas públicas pela UNICAMP. Professor do Curso de Mestrado em Direito da UNISA.

RESOLUÇÃO N. 10/2018 DO CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E PROCESSO CIVIL: A NECESSÁRIA HARMONIA NO ÂMBITO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS COLETIVAS

RESOLUTION N. 10/2018 OF THE NATIONAL COUNCIL OF HUMAN RIGHTS AND CIVIL PROCEDURE: THE NECESSARY HARMONY IN THE FRAMEWORK OF COLLECTIVE POSSESSIONAL ACTIONS

Paulo Guilherme Mazini

Lucas Cavalcanti da Silva

RESUMO: Este artigo investiga a compatibilidade da Resolução n. 10, de 17 de outubro de 2018, do Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH) com o Código de Processo Civil (CPC) no tratamento das ações possessórias coletivas. Busca-se compreender a influência da Resolução nas tutelas possessórias e a aplicabilidade de suas disposições no processo judicial, conforme é, inclusive, estimulado pela Recomendação n. 90, de 2 de março de 2021, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Para tanto, apresenta-se a origem da Resolução e seu propósito de aproximar as normas internacionais com a legislação pátria para, a seguir, identificar o lugar dessa em uma ordem jurídica que também consagra outros direitos fundamentais, além de realizar uma análise crítica dos seus dispositivos. O trabalho utiliza o método dedutivo para concluir que as normas materiais da Resolução densificam direitos fundamentais e aprimoram as técnicas processuais das ações possessórias.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução CNDH n. 10/2018. Processo civil. Conflitos fundiários.

ABSTRACT: This article investigates the compatibility of Resolution No. 10/2018 of the National Council of Human Rights with the procedure rules in the treatment of collective possessory actions. It seeks to understand the influence of that Resolution on possessory actions, considering that it brings provisions that are intended to be applicable in the judicial process, and such application is encouraged by Recommendation No. 90 of the CNJ. In order to do so, the origin of the Resolution is presented and its attempt to bring international norms closer to national legislation, in order to then identify its place in a legal order that also enshrines other fundamental rights. The article also makes a critical analysis of the provisions of that Resolution. The work makes use of the deductive method to conclude that the Resolution contemplates substantive law rules that densify fundamental rights and improve the procedural techniques of possessory actions.

KEYWORDS: Resolution No. 10/2018 of the NHRC. Civil procedure. Land and housing conflicts.

1. INTRODUÇÃO

Os conflitos fundiários coletivos – assim entendidos os conflitos que envolvem proprietários de áreas urbanas ou rurais e grupos de pessoas hipossuficientes, com ou sem liderança organizada, que pleiteiam direito a moradia ou a propriedade produtiva – têm assumido espaço relevante na pauta do sistema de justiça, como se vê, por exemplo, nas decisões proferidas na Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 828.

A desigualdade social que aflige o país é refletida, entre outras circunstâncias, no colapso do direito social à moradia ou à propriedade produtiva, decorrente da intensa concentração de propriedade que marca a história do Brasil e dos efeitos deletérios das crises econômicas e sociais que se sucedem. E tal colapso costuma ser evidenciado em conflitos fundiários judicializados, em que as ordens judiciais podem acarretar despejo ou remoção de

grande número de pessoas – com consequente impacto social, ambiental e urbanístico –, situações de violência estatal na execução da remoção ou despejo e perpetuação da crise dos direitos fundamentais em confronto (direito de posse/propriedade; segurança jurídica; direito social de moradia; dignidade da pessoa humana etc.).

Nesse contexto, e partindo da premissa de que o conflito fundiário coletivo é um conflito social de que todos os setores do Estado devem se ocupar, o Conselho Nacional dos Direitos Humanos editou a Resolução n. 10/2018, que dispõe sobre soluções garantidoras de direitos humanos e medidas preventivas em situações de conflitos fundiários coletivos rurais e urbanos. O ato normativo traz disposições sobre o dever de o Estado dar cumprimento às normas programáticas sobre o direito a moradia, balizas para o tratamento administrativo do conflito fundiário e diretrizes a serem observadas pelos atores processuais que intervêm em ações possessórias/petitórias coletivas, notadamente os juízes.

A questão que surge é se o conteúdo da Resolução n. 10/2018 tem plena compatibilidade com o sistema jurídico processual vigente. Se não há dúvidas, por um lado, que aquele ato normativo busca densificar direitos fundamentais e tem o potencial de aprimorar o tratamento conferido ao complexo problema dos conflitos fundiários coletivos, não é possível, por outro lado, ignorar que o sistema jurídico processual também tem em sua essência a proteção a garantias e direitos fundamentais exercidos no e pelo processo. E, nessa missão, o princípio da reserva legal exerce papel fundamental.

Uma passagem em revista pelo corpo da Resolução n. 10/2018 é capaz de indicar aparentes incongruências com a legislação processual vigente, incongruências que, se não resolvidas, podem encorajar a não aplicação daquele ato normativo, tornando-o letra morta.

Este artigo tem por escopo investigar o lugar da Resolução n. 10/2018 no processo e no julgamento de ações que tratam de conflitos fundiários coletivos. Como enxergar a compatibilidade daquele ato normativo com o sistema jurídico processual e como ele deve ser aplicado pelo juiz na condução daquelas ações são as questões-problema que servem de orientação para este trabalho.

Para tanto, a primeira parte do artigo trata de apresentar a Resolução e o contexto fático e jurídico em que foi editada. Na sequência, pondera-se sobre os caminhos a serem percorridos para compatibilizar a Resolução em questão com a ordem processual vigente. Por fim, antes de sua conclusão, o trabalho analisa artigos da Resolução n. 10/2018 aplicáveis ao processo com base na Constituição Federal, no Código de Processo Civil e nos princípios que lhe permeiam.

2. RESOLUÇÃO N. 10/2018 DO CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: TEXTO E CONTEXTO

O Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH) editou, em 17 de outubro de 2018, a Resolução n. 10, que dispõe sobre soluções garantidoras de direitos humanos e medidas preventivas em situações de conflitos fundiários coletivos rurais e urbanos.

A edição dessa Resolução veio em contexto de crescente violência no tratamento de conflitos fundiários. Os anos que lhe antecederam foram marcados por aumento do número de mortes por conflitos do campo, despejos no meio urbano e austeridade na concepção de políticas sociais:

A agudização dos conflitos restou visível: segundo dados da Comissão Pastoral da Terra, 2017 teve 73 vítimas de assassinatos por conflitos do campo, o que representou o maior número desde 2003. Em 2016, o Comitê Brasileiro de Defensoras e Defensores de Direitos Humanos, em seu dossiê 'Vidas em Luta', já identificara que 66 defensoras e defensores de direitos humanos haviam sido assassinados no país naquele ano e ao menos outros 64 foram criminalizados, atacados ou ameaçados. Levantamento da Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (CONAQ) e da Terra de Direitos apontou um drástico aumento de 350% no tocante à violência contra lideranças quilombolas no período de 2016 para 2017. (RIBEIRO, 2022).

Com esse pano de fundo, o CNDH propôs, no exercício de sua competência prevista no art. 4º da Lei Federal n. 12.986/2014¹ – o ato normativo em estudo –, que dispõe sobre medidas necessárias para prevenção de conflitos fundiários (Capítulo II); parâmetros para o tratamento de conflitos fundiários judicializados (Capítulo III); soluções garantidoras de Direitos Humanos no bojo de tais conflitos, notadamente os judicializados (Capítulo IV); e diretrizes para remoções e despejos (Capítulo V).

O exercício de tal competência é manifestação da autonomia do CNDH na proteção dos direitos humanos e reflete o respeito pelo Estado brasileiro aos Princípios de Paris², os quais estabelecem que a instituição nacional investida de competência para promover e proteger os direitos humanos deve ter espaço para fomentar e assegurar a harmonização entre preceitos nacionais e internacionais, assim como para encorajar a ratificação de instrumentos internacionais e garantir sua implementação.

Esse foi o mote do trabalho do CNDH na elaboração da Resolução em estudo, como se percebe de sua exposição de motivos e seus considerandos. A Resolução n. 10/2018 escora-se no art. 11.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na parte em que define o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive por meio de moradia adequada, assim como a melhoria contínua de suas condições de vida.

Mais especificamente, a Resolução n. 10/2018 propõe medidas que buscam refletir a interpretação que a Organização das Nações Unidas (ONU) confere ao art. 11.1 daquele Pacto Internacional, tornada pública por meio do Comentário Geral n. 4, de 1991, e do Comentário Geral n. 7, de 1997.

1 Art. 4º O CNDH é o órgão incumbido de velar pelo efetivo respeito aos direitos humanos por parte dos poderes públicos, dos serviços de relevância pública e dos particulares, competindo-lhe: [...] IX – opinar sobre atos normativos, administrativos e legislativos de interesse da política nacional de direitos humanos e elaborar propostas legislativas e atos normativos relacionados com matéria de sua competência.

2 Princípios Relativos ao Status das Instituições Nacionais de Direitos Humanos, os Princípios de Paris foram veiculados pela Resolução nº 54, de 03 de março de 1992, da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) e Resolução nº 48/134, de 20 de dezembro de 1993, da Assembleia Geral da ONU.

Por meio do Comentário Geral n. 4, estabeleceram-se requisitos para a compreensão do que se tem por “moradia adequada”: disponibilidade de serviços públicos e infraestrutura; acessibilidade; habitabilidade; facilidade de acesso; respeito pelo meio cultural e segurança legal sobre a posse.

Já pelo Comentário Geral n. 7, a ONU sustenta que os Estados Partes devem usar todos os meios apropriados, incluindo a adoção de medidas legislativas, para promover todos os direitos protegidos pelo Pacto e, nesse passo, a legislação contra despejos forçados seria base essencial sobre a qual construir um sistema de proteção eficaz. Tal legislação deve incluir medidas que proporcionem a maior segurança possível à posse aos ocupantes de casas e terras; estar em conformidade com o Pacto; e ser projetada para controlar as circunstâncias sob as quais os despejos e as remoções podem ser realizados, garantindo sua aplicabilidade a todos os agentes do Estado.

Seguindo na interpretação sobre a integral proteção ao direito à moradia adequada, a ONU defende que os Estados devem revisar a legislação e as políticas públicas para garantir que elas sejam compatíveis com as obrigações decorrentes do direito à moradia adequada, além de revogar ou alterar qualquer legislação ou políticas que sejam inconsistentes com os requisitos do Pacto. Sem esgotar a questão, considerando que alguns despejos possam ser justificáveis, cabe às autoridades competentes garantir que eles sejam realizados de maneira justificada por uma lei que seja compatível com o Pacto³.

No que é pertinente aos conflitos possessórios judicializados, o Comentário Geral n. 7 assevera que a proteção processual adequada e o devido processo legal são aspectos essenciais de todos os direitos humanos. Consideram-se proteções processuais aplicáveis em relação aos despejos e às remoções, entre outras medidas: oportunidade de consulta aos afetados pela decisão; presença de representantes de diversos setores do Estado durante o despejo; proibição de que os despejos ocorram em condições climáticas particularmente adversas ou à noite, a menos que as pessoas afetadas consentam; prestação, sem-

pre que possível, de assistência judiciária às pessoas que dela necessitem para obterem reparação nos tribunais⁴.

É preciso ressaltar, porém, que a interpretação conferida pela ONU ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não sustenta que todo e qualquer ato de despejo ou remoção é contrário ao mencionado Pacto. Nota-se, em algumas passagens do Comentário Geral n. 7, o reconhecimento de que é possível que ordens de despejo ou remoção, baseadas em lei local, estejam de acordo com os termos do Pacto e com direitos civis e políticos reconhecidos em outros instrumentos internacionais. Não se imagina, por exemplo, que ocupações em desacordo com os requisitos mencionados no Comentário Geral n. 4 tenham proteção contra ordens de remoção.

O mote da interpretação dada ao Pacto está nos cuidados a serem dispensados pelos Estados Partes na análise da justificação de medidas de remoção de grandes contingentes de pessoas, na prevalência a ser dada para situações de posse consolidadas e, sobretudo, nos cuidados para efetivação daquelas medidas de remoção.

A Resolução n. 10/2018 também reflete o conteúdo do Terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), veiculado pelo Decreto Federal n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009.

O PNDH-3 está estruturado em seis eixos orientadores, subdivididos em 25 diretrizes, 82 objetivos estratégicos e 521 ações programáticas. A respeito do que agora interessa, o objetivo estratégico n. 6 propõe a construção de um sistema de justiça mais efetivo, visando: assegurar a criação de marco legal para a prevenção e a mediação de conflitos fundiários urbanos, garantindo o devido processo legal e a função social da propriedade; promover diálogo com o Poder Judiciário para a elaboração de procedimento para o enfrentamento de casos de conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais; e propor projeto de lei para institucionalizar a utilização da mediação como ato inicial das demandas de conflitos agrários e urbanos, priorizando a realização de audiência coletiva com os envolvidos.

3 Esta parte do trabalho faz referência direta ao texto do Comentário Geral n. 7, que conta com a seguinte redação: “Article 2.1 of the Covenant requires States parties to use ‘all appropriate means’, including the adoption of legislative measures, to promote all the rights protected under the Covenant. Although the Committee has indicated in its General Comment No. 3 (1990) that such measures may not be indispensable in relation to all rights, it is clear that legislation against forced evictions is an essential basis upon which to build a system of effective protection. Such legislation should include measures which (a) provide the greatest possible security of tenure to occupiers of houses and land, (b) conform to the Covenant and (c) are designed to control strictly the circumstances under which evictions may be carried out. The legislation must also apply to all agents acting under the authority of the State or who are accountable to it. States parties should therefore review relevant legislation and policies to ensure that they are compatible with the obligations arising from the right to adequate housing and repeal or amend any legislation or policies that are inconsistent with the requirements of the Covenant. [...] 11. Whereas some evictions may be justifiable, such as in the case of persistent non-payment of rent or of damage to rented property without any reasonable cause, it is incumbent upon the relevant authorities to ensure that they are carried out in a manner warranted by a law which is compatible with the Covenant and that all the legal recourses and remedies are available to those affected” (ONU, 1997).

4 Esta parte do trabalho faz referência direta ao texto do Comentário Geral n. 7, que conta com a seguinte redação: “15. Appropriate procedural protection and due process are essential aspects of all human rights but are especially pertinent in relation to a matter such as forced evictions which directly invokes a large number of the rights recognized in both the International Covenants on Human Rights. The Committee considers that the procedural protections which should be applied in relation to forced evictions include: (a) an opportunity for genuine consultation with those affected; (b) adequate and reasonable notice for all affected persons prior to the scheduled date of eviction; (c) information on the proposed evictions, and, where applicable, on the alternative purpose for which the land or housing is to be used, to be made available in reasonable time to all those affected; (d) especially where groups of people are involved, government officials or their representatives to be present during an eviction; (e) all persons carrying out the eviction to be properly identified; (f) evictions not to take place in particularly bad weather *or at night unless the affected persons consent otherwise*; (g) provision of legal remedies; and (h) provision, where possible, of legal aid to persons who are in need of it to seek redress from the courts” (ONU, 1997).

A respeito da receptividade da Resolução n. 10/2018 pelo Poder Judiciário, destaca-se a edição pelo Conselho Nacional de Justiça da Recomendação n. 90/2021, que sugere aos juízes do País que, antes de decidir pela expedição de mandado de desocupação coletiva de imóveis urbanos e rurais, verifiquem se estão atendidas as diretrizes estabelecidas naquela Resolução do CNDH.

Percebe-se que a Resolução CNDH n. 10/2018, editada no exercício da competência que lhe foi outorgada por lei, busca ressoar a preocupação internacional com a moradia adequada e com os cuidados a serem dispensados aos direitos humanos envolvidos nos conflitos fundiários coletivos, judicializados ou não. Trata-se, como se disse anteriormente, da busca pela harmonização entre preceitos nacionais e internacionais afetos ao tema, incentivando a aplicação direta dos instrumentos internacionais na solução de conflitos que envolvem direito a moradia.

Uma vez que a Resolução CNDH n. 10/2018 é editada com vistas a harmonizar preceitos nacionais e internacionais, é preciso que se investigue o grau de sua interação com a legislação e no que ela consegue atingir aquele objetivo. Em especial, torna-se relevante analisar se há sintonia entre aquela Resolução e o Código de Processo Civil, não só porque o processo, *de per se*, já é instrumento de efetivação de direitos fundamentais⁵, mas também porque parte das disposições da Resolução pretende ter aplicabilidade no bojo das tutelas possessórias.

3. A HARMONIA DA RESOLUÇÃO CNDH N. 10/2018 COM O PROCESSO CIVIL

A Resolução n. 10/2018, em seu art. 7º, apresenta uma série de dispositivos que se pretendem aplicáveis aos processos judiciais que abrigam conflitos fundiários coletivos. São regras que, entre outros temas, versam sobre a postura do juiz quando da análise da liminar, a necessidade de medir os efeitos práticos de suas decisões e de promover e acompanhar o planejamento da execução dessas decisões.

É difícil encontrar consenso na doutrina a respeito da conceituação e da diferenciação entre “processo” e “procedimento”, assim como sobre a existência de efetivas e bem delimitadas diferenças entre o que seriam normas de processo e normas de procedimento⁶. Seja como for, a Constituição Federal estabelece que tanto as normas de processo quanto de procedimento devem decorrer de lei (arts. 22, I, e 24, XI). Diante disso, à primeira vista, a

Resolução CNDH n. 10/2018 padeceria de evidente ilegalidade e/ou inconstitucionalidade ao pretender intervir no curso das ações possessórias coletivas por meio de normas de processo ou de procedimento, uma vez que essas são da seara reservada à lei.

De fato, o procedimento deve ser instituído por lei. Não há como suplantar essa previsão constitucional mediante criação de regras por normas infralegais, pois o *locus* dotado de legitimidade constitucional é o Poder Legislativo:

O procedimento, sempre previsto em lei, estabelece a maneira pela qual os atos processuais serão praticados, predispondo-os numa relação de meio e fim na qual os posteriores dependem dos anteriores e assim por diante, até o término da relação jurídica processual [...] o procedimento fixado em lei é, antes de tudo, uma garantia de que haverá chances iguais para todos, em qualquer circunstância ou localidade do país (BONÍCIO, 2006, p. 144; 149).

Ocorre que, salvo uma ou outra hipótese, as regras dos arts. 7º e seguintes da Resolução n. 10/2018 do CNDH têm apenas aparência de regras processuais ou procedimentais. A finalidade e o contexto da edição daquela Resolução, vistos no tópico anterior, revelam o caráter de regra de direito material de suas disposições, que criam obrigações ao Estado para garantir o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, dentro e fora do processo. Com isso em mente, as disposições da Resolução devem ser usadas para a interpretação e a integração das disposições da lei processual com o objetivo de dar densidade aos direitos fundamentais envolvidos nas ações possessórias coletivas.

Essa forma de enxergar a Resolução n. 10/2018 celebra a racionalidade legislativa que se espera de um sistema jurídico e leva em consideração, sobretudo, tanto sua posição de ato infralegal quanto a importante competência legal atribuída ao Conselho Nacional dos Direitos Humanos.

A teoria da legislação propõe que as leis – aqui referidas em sentido amplo – atendam a certos requisitos formais para compor o sistema jurídico e social. Se a lei é o ponto de partida do intérprete e se deve ser construída e pensada a partir de uma desejada coerência, sua concepção deve observar determinado grau de racionalidade, a fim de evitar que o resultado dela extraído a afaste daquela coerência.

5 Tanto que a doutrina sustenta o pensamento de que o Direito Processual é o Direito Constitucional aplicado (OLIVEIRA, 2006).

6 A respeito do tema, Braga (2022).

Ao se tomarem por base os parâmetros de racionalidade legislativa concebidos por Manuel Atienza⁷ para analisar a Resolução n. 10/2018, a conclusão a que se chega é que ela é regra de direito material, de cunho integrativo e interpretativo, que prestigia a sistematicidade e fortalece a aplicação de direitos e garantias fundamentais. Pensar em sentido contrário esvaziaria seu conteúdo e fomentaria a contradição antes sinalizada a respeito da reserva legal para regras de processo e procedimento.

A Constituição Federal criou a reserva legal para regras de processo e procedimento. O art. 4º da Lei Federal n. 12.986/2014 conferiu ao Conselho Nacional dos Direitos Humanos atribuição para edição de atos normativos em matéria de sua competência. Por sua vez, as ações que envolvem conflitos fundiários coletivos refletem a usual colisão entre os direitos humanos fundamentais de dignidade, moradia adequada e propriedade. Diante desse quadro, a coerência sistêmica que se espera desses fatores (racionalidade jurídico-formal) pressupõe que atos normativos daquele Conselho possam contribuir para uma melhor interpretação e aplicação de regras processuais atuantes em ações possessórias coletivas.

Com base nos pontos de vista teleológico e ético propostos por Manuel Atienza, pode-se pensar a Resolução CNDH n. 10/2018 do seguinte modo: que ela seja aplicada de tal forma a atingir os fins para os quais foi proposta, sem obstáculos de natureza processual ou material, e que se adeque aos padrões éticos vigentes na sociedade relativos ao tratamento a ser dispensado às populações hipervulneráveis envolvidas em conflitos fundiários.

Então, ao densificar direitos fundamentais, o que a referida Resolução faz é estatuir diretrizes para que o procedimento possa atender àqueles direitos sem subverter o rito pré-estabelecido. A Resolução, então, não é uma regra de procedimento nova, mas regra de direito material voltada a dar conteúdo a direitos fundamentais através de medidas observáveis no procedimento das tutelas possessórias.

Lembra-se, a propósito, que o art. 1º do CPC aduz que o processo será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição, de tal forma que atos infralegais como a Resolução CNDH n. 10/2018 podem e devem servir de orientação de interpretação e integração para que o processo maximize direitos fundamentais.

De outro modo, não se pode ignorar que há disposições nessa Resolução que conflitam com a lei processual.

Por ter suas bases firmadas em tratados internacionais de direitos humanos, há quem sustente que aque-

la Resolução tem autoridade bastante para redesenhar procedimentos legais a fim de garantir que medidas de despejo e reintegração sejam colocadas como as últimas alternativas, com nítido caráter excepcional, desautorizando disposições legais ou jurisprudenciais em sentido contrário:

Vê-se, portanto, que o despejo deve ser visto como medida de caráter excepcional (Capítulo V – Da Excepcionalidade do despejo). Isso significa dizer que remoções devem ocorrer apenas quando são a única medida capaz de garantir os direitos humanos. Ou seja, inverte-se a lógica tão frequente na resposta judicial às ações de reintegração de posse, mesmo aquelas que afetam dezenas de famílias, em que o despejo é a única e imediata resposta ao conflito. [...] Nesse sentido, as decisões jurisdicionais passam a determinar, por exemplo, que seja apresentado um plano adequado de remoção, aviso prévio à comunidade e a manutenção dos serviços essenciais da área ocupada (§2, art. 2). Contudo, essa leitura tende a priorizar uma visão e uma prática jurisdicional que tomam as remoções como dadas e que não observam o núcleo estruturante da resolução que prescreve ser o despejo a última *ratio*: medida excepcional utilizada quando o deslocamento forçado for a única alternativa de garantia dos direitos humanos das famílias (art. 14). A seletividade com que a normativa vem sendo empregada não se trata apenas de um problema hermenêutico, caracterizado pela ausência de interpretação sistemática da resolução pelos operadores do sistema de justiça. Há, sobretudo, um problema político e jurídico no manejo excludente da resolução. Os dispositivos que qualificam as medidas de prevenção e os instrumentos de mediação de conflitos são os que determinam a robustez da lógica garantidora da norma e que a constituem como ato que dá aplicabilidade aos parâmetros internacionais de direitos humanos e fundamentais. Dessa forma, não tratar as remoções como medida excepcional implica o próprio descumprimento das obrigações oriundas dos marcos normativos regionais e internacionais com os quais o Brasil está comprometido. (RIBEIRO, 2022. p. 20 e 62).

Ocorre que essa respeitável posição parece deixar de lado que o processo civil também é instrumento de garantia de direitos fundamentais. Isso sem falar no *status*

⁷ Manuel Atienza propõe que a racionalidade legislativa conte com cinco níveis distintos, quais sejam: a racionalidade comunicativa ou linguística; a racionalidade jurídico-formal; a racionalidade pragmática; a racionalidade teleológica e; a racionalidade ética. Em breve síntese, a racionalidade linguística é a que pressupõe a construção de um texto que evite erros de inferência e facilite sua compreensão. A racionalidade jurídico-formal diz com a necessidade de a lei ser coerente com o sistema jurídico vigente, prestigiando a sistematicidade e evitando contradições ou lacunas. A racionalidade pragmática volta-se para a construção de normas que sejam passíveis de observância e capazes de influenciar o comportamento humano. A racionalidade teleológica demanda que a lei seja construída de tal forma a atingir os fins para os quais foi proposta. Por fim, a racionalidade ética pressupõe que a lei se adeque a um certo sistema ético vigente na sociedade, isto é, que seja compatível com os valores por ela consolidados (ATIENZA, 1997).

constitucional que também é dado ao direito de propriedade cumpridora de sua função social (art. 5º, XXII e XXIII, da Constituição Federal).

O processo é influenciado pelas cargas ideológica, ética, política e jurídica de determinado corpo social no bojo do qual pretende funcionar, por isso o processo não pode ser resumido a considerações de ordem prática quando, em verdade, consubstancia-se em instrumento de defesa dos valores daquele corpo social e escudo do cidadão contra o arbítrio e as violações de seus direitos pelo Estado e também pelos particulares. (PASSOS, 2016).

Não é possível, portanto, realçar a proteção de determinado direito fundamental relativizando o lugar da lei processual, que é o de oferecer proteção a esse e a outros direitos fundamentais:

Dentro do Estado Constitucional, um Código de Processo Civil só pode ser compreendido como um esforço do legislador infraconstitucional para densificar o direito de ação como direito a um processo justo e, muito especialmente, como um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos. O mesmo vale para o direito de defesa. Um Código de Processo Civil só pode ser visto, em outras palavras, como uma concretização dos direitos fundamentais processuais civis previstos na Constituição. (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 15).

Embora seja possível questionar as escolhas da legislação a respeito de quais direitos devem ser tutelados com procedimento padrão e quais com procedimentos diferenciados (SILVA, 2004; PASSOS, 2016), como o direito de posse/propriedade, não é possível dar vazão a esse questionamento por meio da superação dos critérios legais a partir de atos infralegais.

Dessa posição “ombro a ombro” entre, de um lado, os princípios que sustentam e são sustentados pela Resolução CNDH n. 10/2018 e, de outro, os demais princípios existentes na Constituição Federal e os manifestados na legislação processual, é que surge o sopesamento de direitos feito pelo Poder Legislativo, do qual decorrem as regras de Direito ordinário. Logo, a relação entre a regra e um dos princípios não é uma relação de colisão, mas uma relação de restrição, expressada pela regra (SILVA, 2011). Esta é simplesmente aplicada por subsunção, o que faz com que as regras da lei processual tenham aplicação às ações possessórias coletivas mesmo que contradigam as disposições principiológicas da Resolução CNDH n. 10/2018.

Aliás, sobre este último ponto, não é demais lembrar que uma das chaves para a solução do conflito entre re-

gras colidentes está na observância da hierarquia entre elas, o que também é resolvido pela preponderância da lei processual em relação a disposições divergentes da Resolução n. 10/2018.

Tal pensamento não é desautorizado mesmo quando se lembra do *status* supralegal do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁸, ecoado pela Resolução CNDH n. 10/2018:

Segundo o entendimento histórico do Supremo Tribunal Federal (STF), os tratados internacionais internalizados tinham *status* legal, ou seja, eram inferiores à CF e se igualavam às leis federais. Todavia, com o advento da EC n. 45 de 2004, a Suprema Corte mudou o entendimento, e, a partir de 2008, passou a considerar que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados antes da EC n. 45 de 2004 tinham *status* supralegal, ou seja, eram hierarquicamente superiores às leis ordinárias (conforme pretendia o novo ordenamento jurídico), todavia inferiores à CF [...] Dessa forma, o PIDESC, promulgado pelo Decreto Presidencial n. 592, de 06 de julho de 1992, é uma norma supralegal, o que significa que, em eventual conflito com leis ordinárias e complementares, pelo critério da hierarquia, o primeiro prevalece. Todavia, o mesmo não ocorre em relação à CF, norma hierarquicamente superior a todas as outras. (MASTRODI; BRITO, 2021, p. 1497; 1499).

Isso se dá porque seu conteúdo, esclarecido pelos Comentários Gerais n. 4 e 7, não desaconselha que o Estado signatário conceba técnicas processuais que prestigiem a proteção do direito de posse e propriedade, como faz o CPC, tampouco sustenta que o direito à moradia adequada signifique sempre o sacrifício ao direito de posse/propriedade.

Uma vez que a interpretação autêntica do Pacto reconhece a possibilidade de haver despejo ou remoções amparadas pela lei local, não se pode dizer que o rito das tutelas possessórias concebidas pelo CPC seja com ele incompatível. O que é incompatível com o Pacto é a execução de medidas de remoção sem cautelas quanto aos direitos humanos envolvidos, e, por conseguinte, a concepção de técnicas processuais que não prestigiam aqueles direitos. E esse é o mérito da Resolução CNDH n. 10/2018.

Então, o exercício de controle de convencionalidade que enxergue a lei processual com os filtros do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Políticos, esmiuçados pelos Comentários Gerais n. 4 e 7 da ONU e pela Resolução n. 10/2018 do CNDH, redundará em duas conclusões: a) o reconhecimento de que

não há incongruências das regras que compõem o rito das ações possessórias com o tratado internacional; b) a constatação de que é possível aperfeiçoá-lo por meio de comportamentos estatais, endo ou extraprocessuais, que busquem dar densidade aos direitos fundamentais em crise no processo, comportamentos que são fomentados pela Resolução em estudo.

Do exposto, percebe-se que a harmonização dos preceitos nacionais e internacionais almejada pela Resolução CNDH n. 10/2018 é de fato alcançada quando suas disposições não são encaradas como regras destinadas a redesenhar o iter procedimental, mas como meios de densificação dos direitos fundamentais pelo estabelecimento de diretrizes para que as técnicas processuais atendam àqueles direitos sem subversão do rito.

4. COMENTÁRIOS AOS DISPOSITIVOS DA RESOLUÇÃO CNDH N. 10/2018 APLICÁVEIS ÀS AÇÕES POSSESSÓRIAS COLETIVAS

Tão importante quanto acomodar, em abstrato, um ato infralegal no quadro normativo constitucional e processual é aferir, em concreto, a compatibilidade de cada um de seus dispositivos com o sistema jurídico.

Como o escopo deste trabalho é concentrado na dinâmica do processo civil, notadamente das ações possessórias coletivas, os dispositivos que serão objeto de análise são aqueles voltados à aplicação em tais ações, direta ou indiretamente.

O destaque merecido pelo art. 1º da Resolução CNDH n. 10/2018⁹ diz respeito ao perfil dos indivíduos que compõem o polo ativo ou passivo das ações que versam sobre conflitos fundiários. Embora tenha nítido caráter de norma aberta, cujo conteúdo depende de preenchimento no caso concreto, aquele dispositivo deixa claro que o ato normativo é voltado ao tratamento de demandas que envolvem pessoas em situação de vulnerabilidade, não abrangendo, portanto, situações de ocupação com viés diverso do resguardo ao legítimo direito de moradia dos envolvidos.

Embora seja equivocado cogitar que processos que não envolvem pessoas vulneráveis não merecem processamento compatível com a proteção dos direitos humanos, o fato é que a Resolução CNDH n. 10/2018

pressupõe que o conflito fundiário versado no processo seja relativo a pessoas vulneráveis entre os grupos citados em seu texto.

Não raras vezes o conflito fundiário judicializado conta com pessoas vulneráveis e não vulneráveis no mesmo polo da demanda, isto é, em situação processual similar, mas não necessariamente em condições jurídica e material equivalentes. Tal cenário decorrente da multipolaridade daquele conflito impõe elevado grau de complexidade, o que é característico de demandas de perfil estrutural (VITORELLI, 2022), exige do juiz atenção para que dispense tratamento condizente com a situação de cada um dos grupos envolvidos no processo.

O § 1º do art. 1º¹⁰ da Resolução em estudo chama a atenção para o impacto das medidas de despejo e reintegração executadas sem o cuidado e sem o planejamento que ela própria estabelece. A Resolução toma emprestado do Comentário Geral n. 7 da ONU o conceito de “despejo/deslocamento forçado”, que deve ser entendido como a remoção permanente ou temporária do local de ocupação contra a vontade dos indivíduos envolvidos e sem a provisão e o acesso a formas apropriadas de proteção. Vale dizer, *despejo e reintegrações*, sem que se assegurem aos envolvidos o devido processo legal e os meios para o resguardo de seus direitos fundamentais. Tal conceito, aliás, é retomado pela Lei Federal n. 14.216/2021.

Nesse passo, para evitar a exposição dos direitos fundamentais a perigo, é adequado enxergar no dispositivo, tal como no art. 3º¹¹, um alerta ao juiz para que lance mão, sempre que possível, de métodos alternativos de solução de controvérsias, prestigiando medidas de conciliação e mediação¹², assim como a intervenção de órgãos públicos e privados com capacidade institucional para o tratamento negociado de conflitos fundiários (SILVA, 2022).

Não se pode perder de vista, porém, que os dispositivos em análise – por questão de hierarquia normativa e de efetividade de outros direitos constitucionais envolvidos (como o direito de posse, o de propriedade e o direito à tutela jurisdicional efetiva) – não têm o condão de redesenhar o rito das ações possessórias para inviabilizar a concessão e a execução de medidas liminares ou definitivas que determinam o despejo ou a reintegração de posse. É de se lembrar que o próprio Comentário Geral n. 7 da ONU afirma que a proibição de despejos forçados não se aplica àqueles realizados de acordo com

9 Art. 1º Esta resolução tem por destinatários os agentes e as instituições do Estado, inclusive do sistema de justiça, cujas finalidades institucionais demandem sua intervenção, nos casos de conflitos coletivos pelo uso, posse ou propriedade de imóvel, urbano ou rural, envolvendo grupos que demandam proteção especial do Estado, tais como trabalhadores e trabalhadoras rurais sem terra e sem teto, povos indígenas, comunidades quilombolas, povos e comunidades tradicionais, pessoas em situação de rua e atingidos e deslocados por empreendimentos, obras de infraestrutura ou congêneres.

10 Art. 1º [...] §1º Os despejos e deslocamentos forçados de grupos que demandam proteção especial do Estado implicam violações de direitos humanos e devem ser evitados, buscando-se sempre soluções alternativas.

11 Art. 3º A atuação do Estado deve ser orientada à solução pacífica e definitiva dos conflitos, primando pela garantia de permanência dos grupos em situação de vulnerabilidade nas áreas em que vivem, ocupam e reivindicam, em condições de segurança e vida digna.

12 A partir da estrutura do Código de Processo Civil, que conta com vários dispositivos a respeito da conciliação ao longo de seu texto, vozes autorizadas da doutrina sustentam a existência de um “princípio do estímulo da solução por autocomposição”. Vide Didier Jr (2015, p. 274).

a lei e em conformidade com as disposições dos Pactos Internacionais sobre direitos humanos¹³.

O art. 7º da Resolução n. 10/2018¹⁴ apresenta disposições aplicáveis aos conflitos coletivos judicializados. Em seu *caput*, enumera princípios que devem ser observados no tratamento de tais conflitos – cooperação, boa-fé, busca da autocomposição e do atendimento aos fins sociais, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência –, os quais também figuram como normas fundamentais do processo civil previstos nos primeiros artigos do CPC. Portanto, a enumeração dos princípios pela Resolução não se consubstancia em novidade ou exclusividade das ações que envolvem conflitos fundiários, mas serve de reforço hermenêutico para a atividade dos atores processuais nessa seara.

Trata-se da salutar lembrança aos atores processuais dos conflitos fundiários judicializados que o processo deve se desenvolver a partir de determinados parâmetros, e que o comportamento de todos deve se amoldar aos princípios processuais. Não se imagina, por exemplo, que o autor da ação possessória detenha posição processual que lhe garanta exigir o cumprimento de eventual liminar sem os cuidados mínimos com pessoas vulneráveis eventualmente existentes no outro polo da lide, pois isso certamente redundaria em ação estatal violadora da proporcionalidade e da dignidade dos envolvidos. Da mesma forma, os princípios da cooperação e da boa-fé tornam reprovável qualquer postura recalcitrante por parte dos ocupantes, como, por exemplo, ignorar deliberação do juiz que determine medidas que impeçam a progressão da ocupação. Uma e outra postura violariam os princípios do processo, sujeitando as partes às sanções dos arts. de 79 a 81 do CPC e abrindo ao juiz a possibilidade do uso das medidas do art. 139, IV, do mesmo Código.

No que diz respeito às ações possessórias, o art. 7º, a par do eco que faz às normas fundamentais do processo,

apresenta divergências frontais ao texto do CPC, as quais não podem ser resolvidas senão pela prevalência das normas da lei processual, tal como visto no tópico anterior.

O primeiro ponto é que o *caput* do art. 7º condiciona o próprio deferimento da liminar às diligências indicadas em seus incisos, parte das quais, por si só, já carrega incongruências com a lei processual. O CPC exige ao autor da ação possessória de força nova a comprovação: de sua posse; da turbacão ou o esbulho praticado pelo réu; da data de sua ocorrência; e da continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração (art. 561 do CPC).

Como foi sustentado no tópico anterior, as disposições da Resolução não frontalmente contrárias à lei processual devem ser observadas considerando-se seu escopo de aprimoramento das técnicas processuais a partir das necessidades dos direitos fundamentais envolvidos. Contudo, não se pode ignorar que parte das exigências do art. 7º para a concessão de liminar nas ações possessórias, se não frontalmente contrárias, são inconciliáveis com a lógica procedimental estabelecida pelo CPC.

Primeiramente, porque a liminar prevista para o procedimento possessório é baseada na técnica da tutela de evidência e, como tal, visa a prestigiar a situação jurídica daquele que, de plano, comprova a probabilidade do acerto de suas alegações e a preponderância de suas chances de êxito em relação à contraparte. A partir daí, crescer exigências, como citação prévia, realização obrigatória de audiência, verificação da cadeia dominial do imóvel e prévia inspeção judicial do objeto da lide, é esvaziar por completo a lógica do procedimento que prevê a técnica da tutela de evidência como seu ponto de partida. Ou o autor tem condições de comprovar de plano seu direito a permitir seu acolhimento em cognição sumária ou ele depende de instrução probatória e, por isso, não tem direito a liminar.

13 Esta parte do trabalho faz referência direta ao texto do Comentário Geral nº 07, que conta com a seguinte redação: “*The prohibition on forced evictions does not, however, apply to evictions carried out by force in accordance with the law and in conformity with the provisions of the International Covenants on Human Rights*” (ONU, 1997).

14 Art. 7º. Quando se tratar de conflito fundiário coletivo, primando pelos princípios da cooperação, boa-fé, busca da autocomposição e do atendimento aos fins sociais, bem como do resguardo da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência, previstos na Constituição Federal de 1988 e no Código de Processo Civil, o/a juiz/a deverá, antes da apreciação da liminar, adotar as seguintes medidas: I - Todos/as os/as afetados/as devem ser pessoalmente citados/as, não se admitindo citação ficta, nem mesmo sob justificativa de insegurança ou de não localização das pessoas afetadas; II - Intimar a Defensoria Pública para o adequado exercício de sua intervenção obrigatória, independentemente da constituição de advogado pelas partes, para exercício de sua missão constitucional de promoção e defesa dos direitos humanos, na relação jurídico-processual; III - Zelar pela obrigatória intervenção do Ministério Público nos litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana, sempre que não for parte, que deverá atuar no sentido de garantir o respeito aos direitos humanos dos grupos que demandam especial proteção do Estado afetados pelo conflito; IV - Designar audiência para que o autor justifique previamente o alegado, como medida de boa prática processual e realização do princípio da cooperação e autocomposição, ainda que os fatos, objeto do litígio, datem de período inferior a um ano e dia; V - Verificar se o autor da ação possessória demonstrou a função social da posse do imóvel, se comprovou o exercício da posse efetiva sobre o bem e, cumulativamente, em caso de posse decorrente de propriedade, se apresentou título válido; VI - Considerar a dominialidade do imóvel, tanto em ações possessórias quanto em petições, como mecanismo necessário à garantia da correta utilização do patrimônio público fundiário e combate à grilagem e especulação imobiliária, devendo para tanto exigir a certidão de inteiro teor da cadeia dominial do imóvel desde a origem, aferindo o seu regular destacamento do patrimônio público e a regularidade jurídica e tributária dos imóveis; VII - Avaliar o impacto social, econômico e ambiental das decisões judiciais tendo em conta a proteção de grupos em situação de vulnerabilidade, inclusive considerando o número de pessoas, grupos e famílias, com suas especificidades; VIII - Realizar inspeção judicial tendo como premissa que tal medida em conflitos coletivos fundiários é procedimento indispensável à eficiente prestação jurisdicional nos termos do artigo 126, parágrafo único, da Constituição Federal, com a devida intimação prévia e pessoal das pessoas afetadas; IX - Designar audiência de mediação, de acordo com o art. 565 do CPC, expedindo intimações para comparecimento do Ministério Público, Defensoria Pública e os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e do Município onde se situe a área objeto do litígio, devendo estes aportar propostas e informações relevantes para a solução do conflito, observado o que dispõem os artigos 378 e 380 do CPC. Parágrafo único. Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao/a juiz/a designar audiência de mediação nos termos do art. 565, parágrafo 1º, do CPC e adotar as medidas acima previstas.

Depois, porque a quantidade e a natureza das exigências impostas pelos incisos do art. 7º têm o condão de instalar verdadeira fase de instrução processual, o que, em termos práticos, significa negar a possibilidade de concessão de liminar *ab initio* (quando menos, postergá-la por período considerável).

Ressalva pode ser feita aos incisos II e III do art. 7º, em que se pede a intervenção da Defensoria Pública e do Ministério Público. Não há em tal intervenção qualquer incompatibilidade com o rito previsto na lei processual, prestigiando, em verdade, a aplicação plena do art. 178, I, e do art. 185 do CPC. A oitiva de tais órgãos antes da apreciação da liminar pode se consubstanciar em medida salutar para a ampliação do debate sobre tema tão complexo e conferir, desde o início do processo, o peso necessário ao tema afeto aos direitos humanos dos envolvidos.

O inciso V, na parte que exige a comprovação da função social da posse, também pode ser ressalvado por não constituir, em si, nenhuma inovação na ordem jurídica, que nela já vê elemento indispensável para que se garanta a tutela da posse¹⁵:

[o] largo alcance da função social não é congruente com o deferimento da proteção possessória ao titular do domínio cuja propriedade não cumpra integralmente sua função social. É que ficou sem proteção possessória constitucional a propriedade que não cumprir a sua função social. (FARIAS, 2007, p. 271).

Outra ressalva diz respeito à possibilidade de o juiz entender pela flexibilização procedimental no caso concreto sob sua apreciação, quando então poderá se valer do art. 7º da Resolução como baliza orientadora. Contudo, a possibilidade de o juiz exercer seu poder de adaptação do procedimento – com a transferência da análise da liminar para momento posterior a outros atos procedimentais – pressupõe a observância de determinados limites e parâmetros¹⁶ e não pode ser tomada como obrigação em toda e qualquer ação possessória coletiva, como pretende a literalidade do texto da Resolução.

De qualquer modo, as disposições do art. 7º são mais adequadas para o momento posterior à fase inicial de análise da liminar pelo juiz. O zelo pela intervenção da Defensoria Pública (inciso II) e do Ministério Público (inciso III) em cada fase do processo, a realização de inspeção judicial no local dos fatos (inciso VIII), o chamamento de órgãos públicos e das partes para audiências de justificação e mediação (incisos IV e IX), a investigação sobre a cadeia dominial do imóvel e o respeito à função social da posse (incisos V e VI) são medidas típicas da condução do processo pelo juiz, em colaboração com as

partes, que se amoldam ao seu trâmite regular na fase instrutória.

Aliás, superada a fase postulatória, as medidas acima elencadas são salutares na condução da instrução da ação possessória coletiva e podem ser tomadas como parâmetros objetivos para eventual intervenção estruturante para estancar situações de crise dos direitos envolvidos (SILVA; MAZINI, 2022a). A participação de diversos órgãos públicos e privados na construção de alternativas, a realização de audiências públicas e a averiguação do local da ocupação podem abrir caminho para o encontro de soluções que atendam ao direito de moradia e resguardem o direito de posse como atributo da propriedade.

O inciso I do art. 7º, que determina a citação pessoal de todos os envolvidos e veda a citação ficta, é frontalmente contrário ao exposto no art. 554, § 1º, do CPC, e por isso não tem aplicação em qualquer fase do procedimento. É de se lembrar, segundo a doutrina, que a citação ficta nesse tipo de demanda é medida cabível e razoável à complexidade dessa natureza de ação: “evidentemente não haverá nulidade processual se nem todos os invasores forem citados. Sabe-se que, nas áreas em litígio coletivo pela posse, há enorme oscilação no número de ocupantes, o que evidentemente inviabiliza a citação de todos” (SILVA; LAMY, 2016, p. 212).

O inciso VII do art. 7º, ao conclamar o juiz a avaliar o impacto social, econômico e ambiental de suas decisões, tendo em conta a proteção de grupos em situação de vulnerabilidade, nada mais faz do que apresentar, de maneira específica, a regra geral do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), a qual impõe que o juiz leve em consideração também o consequentialismo na construção de suas decisões.

É possível afirmar que o texto da Resolução n. 10/2018 do CNDH tem como um de seus pilares de sustentação o consequentialismo, isto é, o “conjunto de regras que, habilitando o intérprete-aplicador a ‘pensar em consequências’, permitem o conhecimento e a ponderação dos efeitos das decisões, de modo que elas sejam realizáveis no mundo real” (NUNES, 2012, p. 18).

Não há dúvidas de que, ao decidir conflitos fundiários coletivos, deve o juiz ocupar-se também de conceber um prognóstico quanto às consequências de suas decisões no tecido social e para o grupo de pessoas atingidas, assim como não há dúvidas de que argumentos consequentialistas são argumentos jurídicos válidos que refletem uma visão pragmática do Direito (ALVIM, 2021, p. 178). Contudo, também é certo que a decisão do juiz não pode ignorar o direito objetivo e furtar-se da sua missão de garantir segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade do Direito.

15 Do ponto de vista processual, cf. Cambi (2015) e Didier Jr (2008).

16 Sobre os limites e métodos do poder judicial de adaptação do procedimento, cf. Silva e Mazini (2022).

Como observa Teresa Arruda Alvim, a despeito de os argumentos consequencialistas serem bem-vindos, não podem ser a única base da decisão do juiz, o qual não pode deixar de lado o Direito posto. Para a jurista, o perigo do argumento consequencialista ser a única ou principal base da decisão judicial está na falta de uniformidade e no comprometimento da previsibilidade do Direito, uma vez que a decisão judicial, além de resolver o conflito em julgamento, tem carga normativa (ALVIM, 2021, p. 183).

Com isso em mente, a tarefa do juiz de aplicar a Resolução n. 10/2018 do CNDH para o aprimoramento da técnica possessória não é cumprida a contento com a sobreposição do consequencialismo ao dever de se aplicar o Direito posto ao caso concreto. A decisão que analisa o cabimento do despejo ou da reintegração de posse deve ter “o consequencialismo como tempero”, para usar expressão de Teresa Arruda Alvim, e não como único ingrediente.

E esse tempero de consequencialismo que a decisão judicial em conflitos fundiários coletivos deve conter encontra base no art. 15 e seguintes da Resolução CNDH n. 10/2018, os quais apontam para a necessidade de elaboração de um plano prévio de remoção e reassentamento para o cumprimento de decisões de despejo e reintegração.

A exigência do art. 15 de elaboração de um plano de cumprimento da decisão concessiva de ordem de despejo ou reintegração amolda-se à preocupação com o respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos e não encontra qualquer incompatibilidade com o sistema jurídico processual. Ao revés, a concepção de planejamento para execução da decisão do juiz tem por escopo garantir sua eficácia e traz para o processo o que, na prática, já era feito e exigido dos órgãos de Estado responsáveis por aquela execução.

Com efeito, a praxe forense é pródiga em exemplos de descumprimento de ordens de reintegração por conta da carência de estrutura dos órgãos de segurança pública e da falta de projeção dos efeitos da execução da medida. O procedimento tem sua marcha interrompida no aguardo do cumprimento da ordem judicial, sem que partes e juiz

tenham qualquer noção sobre a forma, o modo e o tempo de sua execução. Os rumos de etapa sensível do processo escapam do controle dos atores processuais.

O transplante do planejamento da forma de cumprimento da decisão reintegratória ou de despejo para os autos, como uma etapa posterior à sua prolação, traz mais efetividade à tutela jurisdicional porque garante ao juiz a posição de planejar, fiscalizar e exigir, em conjunto com partes e órgãos do Estado, a melhor forma de efetivação da sua decisão. Por isso, antes de ser encarada pelo possuidor ou proprietário como medida protelatória à assecuração do direito reconhecido na decisão, a etapa de planejamento da execução da decisão lhe garante ciência de sua existência e evolução.

A efetividade da tutela jurisdicional também ganha com o planejamento da execução porque possibilita maior controle sobre o respeito aos direitos fundamentais dos atingidos pela decisão. Ao fim e ao cabo, a tutela jurisdicional justa e efetiva só se realiza quando assegura a cada um o que é seu dentro dos padrões da civilidade e de observância da dignidade dos envolvidos no processo. Já vai longe o tempo em que o sistema de Justiça agia sob a égide do *fiat iustitia et pereat mundus*.

Guardadas as devidas proporções, e mudando o que precisa ser mudado, a apresentação de um plano para execução de operação complexa não é novidade no sistema processual brasileiro, como se vê, por exemplo, no art. 862 do CPC, que pede a elaboração de plano para a execução de penhora de empresa, ou na Lei Federal n. 11.101/2005 e o seu plano de recuperação judicial.

O art. 16 da Resolução n. 10/2018¹⁷ propõe que todos os atingidos pela decisão e os órgãos estatais com capacidade institucional para o trato do tema sejam ouvidos na elaboração do plano e intimados para o acompanhamento de sua execução. Cuida-se de instauração no processo de ambiente de *town meeting*, que busca consolidar *locus* de construção consensual e dialogada da solução para o conflito, o qual é complexo e envolve múltiplos interesses (VITORELLI, 2022).

O art. 6 reflete o que está expressamente indicado no Comentário Geral n. 7 da ONU sobre o que se considera como proteção processual adequada nos conflitos

17 Art. 16 O plano de remoção, de responsabilidade do/a juiz/a da causa, deverá necessariamente observar as seguintes diretrizes: I - A participação do grupo atingido, através de reuniões presenciais, sempre que possível, no local da ocupação, ou em local de fácil acesso, em que todos e todas devem ter voz assegurada e considerada, sem qualquer tipo de intimidação e com respeito às formas de expressão das comunidades atingidas, nos termos da Convenção 169/OIT; II - Participação de representantes dos órgãos responsáveis pela política urbana e rural na elaboração e execução do plano, tais como INCRA, Fundação Cultural Palmares, FUNAI, Ouvidorias Agrárias, Ministério Público e Defensoria Pública, por suas subdivisões especializadas, os quais devem aportar ao plano, informações concretas sobre as possibilidades de realocação dos grupos deslocados; III - É parte essencial do plano, que se oportunize às pessoas afetadas, de forma prévia a qualquer ato de remoção, informar o número de pessoas, grupos e famílias, seu histórico de violações de direitos, além de contemplar todos os traços das populações, como classe, gênero, raça, orientação sexual, identidade de gênero, idade, deficiência, origem étnica, regional, ou nacionalidade; IV - Verificada a presença de grupos com necessidade de cuidado (como por exemplo, crianças, mulheres, idosos, pessoas com deficiência, população LGBTI e imigrantes), devem ser tomadas medidas de proteção e acompanhamento específico; V - Devem ser comunicados da remoção, a Defensoria Pública local, ou outro órgão de assistência jurídica, no caso de ausência de instalação da primeira na localidade, a comunidade e seus apoiadores, além de órgãos de assistência social e de direitos humanos; VI - Será concedido prazo razoável para a desocupação voluntária em assembleia especificamente convocada para essa finalidade, informando às pessoas, grupos e famílias os detalhes sobre o cumprimento da ordem judicial; VII - Durante a remoção devem estar presentes representantes dos órgãos locais de assistência social (CRAS e CREAS), de proteção à criança e ao adolescente (Conselho Tutelar), de controle de zoonoses e demais órgãos responsáveis justificados pelas peculiaridades da população atingida; VIII - Deve-se garantir a presença de observadores independentes devidamente identificados, os quais devem estar presentes para monitorar eventuais ilegalidades, tais como, excesso no uso da força, violência ou intimidação; IX - Na data prevista para cumprimento dos mandados judiciais, o oficial de justiça acompanhará a execução dos termos do plano, procedendo às anotações de todas as intercorrências por meio de certidão.

fundiários, isto é, a garantia de oportunidade de consulta aos afetados pela decisão e a presença de representantes de diversos setores do Estado durante o despejo ou a remoção. Longe de representar qualquer exigência desarrazoada ou contrária ao procedimento legal, o disposto no art. 16 garante a participação dos interessados na decisão, que é a essência do procedimento cooperativo em contraditório, em clara manifestação de justiça procedimental.

Com efeito, a justiça procedimental leva em conta que a definição sobre o direito material de um indivíduo, ainda que este seja maximizado pela decisão final de mérito, não pode prescindir de sua participação ativa. A legitimidade da decisão construída ao final do procedimento passa pelo grau de participação do interessado e de quanto este pode influenciar na construção racional daquela decisão.

Sabe-se das dificuldades de participação ativa de todos os envolvidos nos conflitos fundiários objeto de demandas judiciais, de modo que a audiência do art. 16 cria um momento em que o Estado (juiz e administração) pode conhecer e depurar as aspirações e as necessidades do grupo de pessoas vulneráveis envolvido na lide fundiária.

Vê-se, aqui, o que foi sustentado ao longo deste trabalho: a existência de disposições que aprimoram as técnicas possessórias ao instarem o realce dos direitos fundamentais.

Os arts. 17¹⁸, 18¹⁹ e 20²⁰ não apresentam aparente complexidade, tratando de dados objetivos a serem observados na elaboração do plano.

Por sua vez, o art. 20²¹ tem um quê de atecnia por repetir disposições do art. 16 e acrescentar outras que deveriam nele constar. Não há sentido em haver dois artigos

que tratam das diretrizes a serem observadas no plano de remoção.

De qualquer modo, os incisos V e VI do art. 20 trazem condicionantes para o cumprimento da ordem de despejo ou reintegração que, por muitas vezes, são de difícil realização ou não justificáveis em todas as situações, o que deve ser ponderado no caso concreto pelo juiz a fim de equilibrar, o tanto quanto possível, os direitos em disputa, assim como assegurar a efetividade de suas decisões para todas as partes envolvidas.

Há situações, por exemplo, em que a ocupação recente de determinada área, por sua precariedade, pode não garantir o respeito à dignidade, à saúde e à segurança dos ocupantes, de modo que sua remoção do local para abrigo temporário – ou outra destinação digna providenciada pelo poder público – surge como alternativa que mais respeita seus direitos fundamentais (inciso VIII). No outro extremo, ocupações consolidadas no tempo e no espaço, se não forem destinatárias de intervenção estruturante para a regularização fundiária, demandam mais cautelas na determinação de remoção dos ocupantes, tornando os incisos do art. 20 importantes balizas na tomada de deliberações no processo.

Esse ponto de equilíbrio na aplicação das mencionadas condicionantes do art. 20 é necessário porque o apego inflexível a elas pode ter pontos negativos para os diversos interesses envolvidos nos conflitos fundiários. Para o proprietário/possuidor, pode significar a inefetividade da tutela jurisdicional pela espera sem fim do cumprimento das condicionantes, esvaziando a garantia do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Para os ocupantes, pode relegá-los a situação de violação à dignidade e a outros direitos fundamentais em áreas de ocupação marcadas pela precariedade enquanto o poder público,

18 Art. 17. O(a) juiz(a), ao requerer a intervenção de força policial para cumprimento de decisão, deve determinar, além dos requisitos já enumerados nesta resolução: I - A manifestação do órgão policial competente sobre as condições para o cumprimento do mandado e previsão expressa dos riscos subjacentes, a qual deve ser considerada para elaboração do plano de remoção e reassentamento; II - A juntada ao processo dos protocolos de atuação, da cadeia de comando da operação e da identificação dos agentes, devendo estes serem apresentados aos ocupantes e publicizados. Parágrafo único. A atividade policial obrigatoriamente seguirá em estrito acordo com o plano de remoção e com as normas internacionais de direitos humanos, sob pena de ensejar responsabilização estatal dos agentes públicos.

19 Art. 18. Mesmo nos casos de excepcionalidade acima elencados, é vedada a realização de despejos durante mau tempo, à noite, nos finais de semana, dias festivos, ou em dias litúrgicos próprios da cultura e das divindades da comunidade afetada.

20 Art. 19. O uso de violência física, psicológica, simbólica, constrangimento ilegal, ameaça, e qualquer apropriação dos pertences pessoais durante as remoções é ilegal e passível de responsabilização cível, criminal e administrativa, devendo ser observados o direito à intimidade, privacidade, não discriminação e dignidade humana.

21 Art. 20. O plano de remoção, de responsabilidade do(a) juiz(a) da causa, deverá necessariamente observar as seguintes diretrizes: I - A participação do grupo atingido, através de reuniões presenciais, sempre que possível, no local da ocupação, ou em local de fácil acesso, em que todos e todas devem ter voz assegurada e considerada, sem qualquer tipo de intimidação e com respeito às formas de expressão das comunidades atingidas, nos termos da Convenção 169/OIT; II - Participação de representantes dos órgãos responsáveis pela política urbana e rural na elaboração e execução do plano, tais como INCRA, Fundação Cultural Palmares, FUNAI, Ouvidorias Agrárias, Ministério Público e Defensoria Pública, por suas subdivisões especializadas, os quais devem aportar ao plano, informações concretas sobre as possibilidades de realocação dos grupos deslocados; III - O reassentamento deverá ser garantido em local que assegure que não haja impacto negativo nas ligações sociais e econômicas das pessoas afetadas e seu acesso a outros direitos humanos; IV - O reassentamento não poderá impor ao grupo transferido, nem ao grupo que anteriormente residia no local de destino, consequências socioambientais negativas; V - O local de reassentamento, em se tratando de povos indígenas, quilombolas, e povos e comunidades tradicionais, ficará condicionado ao consentimento obtido via consulta livre, prévia, informada e de boa-fé, nos termos da Convenção 169/OIT, devendo a área ser próxima ao território e guardar as mesmas características dele, de forma a permitir a reprodução dos modos de vida tradicionais, assegurada a consulta prévia também na escolha do novo território, e o direito de retorno tão logo cessem as condições que forçaram a referida remoção; VI - O local de reassentamento ofertado pelo poder público deve estar pronto (construção de casas, fornecimento de água, saneamento, eletricidade, escolas, alocação de terras e moradias) antes da remoção da comunidade, respeitando os elementos que compõem a moradia adequada; VII - A saída e transporte das pessoas e de seus pertences será responsabilidade e gestão do poder público; VIII - Nos casos excepcionais, em que o deslocamento decorrer de motivos comprovados de risco grave e imediato à saúde e segurança dos ocupantes, nos termos do art. 10, deve-se garantir o abrigamento imediato, temporário, em condições dignas, até que se ofereça solução garantidora de direitos humanos em caráter definitivo, com as características indicadas no inciso anterior; IX - Quando o reassentamento não for imediato, a autoridade pública deverá responsabilizar-se pela guarda temporária e devolução dos pertences dos atingidos, até que a realocação se efetive, sendo vedada a sua destruição.

com suas conhecidas dificuldades, não dá conta de atingir as exigências de tais condicionantes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os conflitos possessórios caracterizados por ocupações numerosas são pontuados pelo seu aspecto policêntrico, o que repercute em núcleos de interesses diversos e reflete um cenário social decorrente da profunda desigualdade que persiste no nosso país.

Esse panorama, sem dúvida, contribui para a proliferação de ocupações de imóveis urbanos e o consequente aumento de demandas possessórias no Poder Judiciário. O grande problema que daí surge está relacionado ao cumprimento das tutelas, prefaciais ou exaurientes, que são deferidas, sobretudo, nas reintegrações de posse.

Afinal, a observância pelos magistrados das mesmas premissas de um litígio individual encontra obstáculos para a execução de suas decisões, pois a restauração da posse ao seu legítimo proprietário ou possuidor propõe um verdadeiro plano de ação, sem o qual o cumprimento da tutela reintegratória será totalmente ineficaz. Isso se dá porque o contingente de famílias que ocupou um determinado imóvel urbano tem no seu cerne um problema social grave, que exige a intervenção dialógica com os demais poderes constituídos, com relevo para o Poder Executivo e os seus organismos que cuidam da delicada questão da moradia, direito fundamental que se insere no núcleo essencial do princípio da dignidade humana.

Não basta, portanto, a mera determinação de cumprimento da ordem de reintegração, já que a situação apresentada ao Poder Judiciário para a remoção de uma violação à posse representa a faceta mais superficial de uma questão social muito mais profunda, que abrange o direito fundamental à moradia, a realocação de famílias integradas por idosos e crianças e a proteção conferida constitucionalmente a essas populações vulneráveis, e, numa última análise, a incerteza da atuação e consecução das políticas públicas que envolvem o tema moradia.

Outra faceta desse complexo poliedro diz respeito à execução da ordem de reintegração, que esbarra num aspecto logístico relevante, porquanto a retirada de uma quantidade significativa de famílias de uma ocupação exige operação custosa e bem elaborada do aparato de segurança pública, sem falar nos riscos e traumas que a execução da medida pode resultar sob o prisma social.

Não se olvide, portanto, que as nuances dos conflitos possessórios coletivos exigem um tratamento diferenciado na sua resolução, o qual não comporta a mesma lógica empregada para a execução de uma liminar num conflito individualizado e matizado por dois polos bem destacados da demanda. Embora o CPC tenha dedicado alguma atenção à tutela coletiva da posse no capítulo que cuida das ações possessórias, é inegável que os seus

dispositivos são insuficientes para o enfrentamento do problema.

É nesse contexto que a Resolução CNDH n. 10/2018 foi editada. No recorte delimitado neste trabalho, os aspectos desse ato normativo infralegal – muito longe de representarem uma contradição com a tutela constitucional da posse e da propriedade – oferecem um complemento às diretrizes do CPC, que pretende imiscuir normas de direito material densificadoras do princípio da dignidade humana, as quais, uma vez compatíveis com as disposições daquele Código, harmonizam-se perfeitamente com o procedimento nele previsto e devem, por isso, ser observadas.

Em linhas gerais, as seguintes inferências podem ser extraídas, como uma síntese conclusiva deste trabalho:

- i. os elevados índices de violência resultantes dos conflitos fundiários da posse no país estimularam a edição da Resolução CNDH n. 10/2018, que, na sua essência, cristalizou em seus dispositivos os postulados constitucionais a serem estritamente cumpridos pelos Estados signatários de Tratados e Convenções sobre Direitos Humanos;
- ii. a Resolução CNDH n. 10/2018, nesse ponto, teve por propósito materializar direitos fundamentais que se coadunam com o direito a moradia e com a implantação de medidas que se harmonizam com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;
- iii. o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação n. 90/2021, sugere aos juízes a constatação prévia de que os mandados de reintegração em áreas de ocupação coletiva sejam cumpridos em conformidade com as diretrizes da Resolução CNDH n. 10/2018;
- iv. a Resolução CNDH n. 10/2018, a par de sua missão de materializar direitos fundamentais, elencou princípios pinçados da Constituição Federal e do Processo Civil como paradigmas que devem orientar a condução de conflitos fundiários multipolares que foram judicializados. As referidas normas jurídicas, dotadas de abertura semântica e elevado nível de abstração, são as seguintes: cooperação, boa-fé, busca da autocomposição e do atendimento aos fins sociais, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência;
- v. a densificação normativa dos postulados acima mencionados pode ser identificada pelas diretivas que integram a Resolução CNDH n. 10/2018 quanto ao tratamento dos processos que envolvem conflitos fundiários coletivos;
- vi. a vulnerabilidade das pessoas que integram o polo passivo das ações fundiárias coletivas justifica que o cumprimento das decisões na seara possessória coletiva seja permeada por mais cautela;

- vii. a adoção das providências indicadas na Resolução CNDH n. 10/2018 deve conformar-se com as determinações que integram o procedimento moldado no CPC, prestando-se, dessa forma, como um complemento que confere concretude aos direitos fundamentais que foram encampados pela Resolução;
- viii. a antinomia entre o procedimento estatuído legalmente e as medidas preventivas recomendadas para o cumprimento das decisões previstas na Resolução CNDH n. 10/2018 deve ser superada pelo magistrado pela preponderância da lei, em face do *status* infralegal daquele ato normativo, que colide com o princípio da legalidade, que deve orientar a moldura formal dos procedimentos processuais;
- ix. por outro viés, as exigências abarcadas pela Resolução CNDH n. 10/2018 que se conformam com o procedimento especial das ações possessórias inseridas no CPC, por tratar-se de mera complementação das disposições procedimentais, devem ser interpretadas como normas de direito material que se prestam a impor obrigações ao Estado para densificar os direitos fundamentais que resguardam os direitos humanos, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana, que inclui no seu núcleo sensível o direito a moradia, tornando assim seus preceitos vinculantes para a aplicação nos casos de conflitos fundiários coletivos.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Teresa Arruda. Os juízes e os argumentos consequencialistas. In: GARCEL, Adriane; FOGAÇA, Anderson Ricardo; NOGUEIRA, Ramon de Medeiros (orgs.). **Direito, educação & cidadania**: estudos em homenagem ao Ministro Luiz Edson Fachin. Curitiba: Clássica, 2021. p. 173-184.
- ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madri: Civitas, 1997.
- BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006.
- BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento**: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2022.
- CAMBI, Eduardo. Função social da posse e ações possessórias: releitura do art. 927, I, do CPC/1973 e perspectiva de interpretação para o art. 561, I, do NCPC. **Revista de Processo**, v. 47, set. 2015.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de processo civil**: introdução ao direito processual civil. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. **Revista de Processo**, v. 33, n. 161, p. 9-20, 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. O estatuto constitucional da proteção possessória. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.) **Leituras complementares de Direito Civil**. Salvador: JusPodivm, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MASTRODI, Josué; BRITO, Beatriz Duarte Correa de. A segunda conferência das Nações Unidas sobre assentamentos humanos: dos preparativos às alterações na legislação brasileira: parte I. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, p. 1495-1514, 2021.
- NUNES, Tatiana Couto. A sinéptica como mecanismo de eficácia das decisões judiciais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). **A eficácia das decisões judiciais com foco nas decisões da jurisdição constitucional STF**. Brasília: IDP, 2012. p. 17-37.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 26, p. 59-88, 2006.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **CESCR General comment 7**. The right to adequate housing (Art.11.1): forced evictions. 20/05/1997. Sixteenth session, 1997. Disponível em: <http://www.direitoamoradia.fau.usp.br/wpcontent/uploads/2012/05/General-Comment-7.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2022.
- PASSOS, José Joaquim Calmon. de. Democracia, participação e processo. In: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. (Orgs.). **José Joaquim Calmon de Passos**: ensaios e artigos. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 361-373. v. 2.
- PASSOS, José Joaquim Calmon. Teoria geral dos procedimentos especiais. In: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno (Orgs.). **José Joaquim Calmon de Passos**: ensaios e artigos. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2.
- RIBEIRO, Daisy (coord.). **Despejos e o sistema de justiça**: violações de direitos humanos no tratamento de conflitos fundiários: análise do uso da Resolução n. 10/2018 do Conselho Nacional de Direitos Humanos. Curitiba: Terra de Direitos, 2022.
- SILVA, Ricardo Alexandre; LAMY, Eduardo. Artigos 539 ao 673. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, Lucas Cavalcanti; MAZINI, Paulo Guilherme. **A flexibilidade do processo**: sistematização do poder judicial de adaptação do procedimento e crítica aos procedimentos especiais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022. No prelo.

SILVA, Lucas Cavalcanti; MAZINI, Paulo Guilherme. Intervenção estruturante nas ações possessórias coletivas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix; OSNA, Gustavo (Orgs.). **Processos estruturais**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2022a. p. 743-766.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ricardo Alexandre; LAMY, Eduardo. Artigos 539 ao 673. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix; OSNA, Gustavo. (Orgs.). **Processos estruturais**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 351-398.

PAULO GUILHERME MAZINI

Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Doutorando em Processo Civil pela USP. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Processual Comparado da UFPR. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná.

LUCAS CAVALCANTI DA SILVA

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Processual Comparado da UFPR. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná.

A IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO FUNDAMENTADOS EM EVIDÊNCIAS NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS PELOS MAGISTRADOS BRASILEIROS

THE IMPORTANCE OF THE USE OF EVIDENCE-BASED EVALUATION CRITERIA IN THE APPLICATION OF SOCIO-EDUCATIONAL MEASURES BY BRAZILIAN JUDGES

Rafael Souza Cardozo

Maria Cristina Maruschi

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar qualitativa e quantitativamente os critérios utilizados pelos magistrados na definição da medida socioeducativa e a importância de a decisão judicial ser fundamentada em evidências. Com base em uma pesquisa empírica, verificou-se a discricionariedade dos juízes, a disparidade de tratamento tanto na forma como no rigor na aplicação das medidas socioeducativas e a não utilização de um instrumento de avaliação de risco e necessidades, o que acarreta uma prevalência do viés punitivista em detrimento do ressocializador, além da subvalorização de fatores associados à reincidência. A adoção de um instrumental é medida premente que pode contribuir para a efetividade das medidas socioeducativas, potencializando a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Medidas socioeducativas. Critérios para aplicação. Discricionariedade dos juízes. Instrumentos de avaliação de risco e necessidade. Modelo RNR.

ABSTRACT: This work aims to analyze qualitatively and quantitatively the criteria used by magistrates in the definition of the educational measure and the importance of the judicial decision being based on evidence. From an empirical research, it was verified the judges' discretion, the disparity of treatment both in the form and in the rigor in the application of educational measures and the non-use of a risk and needs assessment instrument, which leads to a prevalence of punitive bias to the detriment of the resocializer, in addition to the underestimation of factors associated with recidivism. The adoption of an instrument is an urgent measure that can contribute to the effectiveness of educational measures, enhancing the social integration of adolescents and guaranteeing their individual and social rights.

KEYWORDS: Educational measures. Criteria for application. Judges' discretion. Risk and need assessment instruments. RNR model.

1. INTRODUÇÃO

A medida socioeducativa é a forma de responsabilização do adolescente autor de ato infracional, de caráter pedagógico – e não punitivista –, que objetiva interferir no seu processo de desenvolvimento, a fim de tencioná-lo à melhor compreensão da realidade, à efetiva integração social e à desaprovação da conduta, afastando-o das circunstâncias que o levaram a praticar atos infracionais (BRASIL, 1990, 2012).

Embora de caráter pedagógico-educacional, não se afasta o viés sancionador da medida socioeducativa, visto que essa é aplicada em virtude da não conformação da conduta do adolescente à norma legal e como resposta à sociedade pela prática do ato infracional, conforme apontam Liberati (2006) e Digiácomo M. e Digiácomo I. (2020).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1990), em seu art. 112, estabelece que ao adolescente autor de ato infracional podem ser aplicadas

as seguintes medidas socioeducativas: advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação.

As medidas de advertência, de reparação de dano, de prestação de serviços à comunidade e de liberdade assistida são consideradas medidas em meio aberto, enquanto a semiliberdade e a internação são classificadas como privativas de liberdade.

A medida de advertência consiste em uma admoestação verbal, enquanto a reparação de dano é reservada a atos infracionais com reflexos patrimoniais e se caracteriza pela composição de prejuízo à vítima.

A prestação de serviços à comunidade, como o próprio nome indica, pressupõe a realização de tarefas gratuitas em prol da sociedade, não podendo ser por prazo superior a 6 meses nem exceder 8 horas por semana, sendo vedado o trabalho forçado.

A liberdade assistida se caracteriza pelo acompanhamento, auxílio e orientação do adolescente por uma equipe multidisciplinar, com vistas à sua promoção

social, familiar, educacional e profissional, pelo prazo mínimo de 6 meses, podendo ser prorrogada, substituída ou revogada a qualquer tempo. Em virtude de seus princípios e objetivos específicos, pode ser considerada medida socioeducativa por excelência e a que mais reflete a política da proteção integral (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019).

No âmbito das medidas privativas de liberdade, a internação é a mais grave e consiste na segregação do adolescente em estabelecimento educacional, sem prazo determinado – mas não excedente a 3 anos. Já a semiliberdade, que pode ser aplicada desde o início ou como forma de transição para o meio aberto, pressupõe a realização de atividades externas e, assim como a internação, não pode exceder 3 anos, devendo ser reavaliada, no máximo, semestralmente.

O Estatuto estabelece, ainda, que a medida de internação é reservada aos adolescentes que praticaram atos infracionais equiparados a crimes cometidos com violência e grave ameaça à pessoa, que incorreram em reiteração no cometimento de infrações graves ou que, repetidamente, descumpriram medida socioeducativa imposta. De todo modo, mesmo se presentes as hipóteses do art. 122 do ECA, a medida de internação somente deve ser aplicada no caso de não haver outra medida possível, nos termos do § 2º do citado dispositivo, o que a caracteriza como medida excepcional.

Para aplicar as medidas socioeducativas nos termos do art. 112, § 1º, do ECA, o juiz deve levar em consideração a capacidade de o adolescente cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração e os princípios insertos no art. 100, parágrafo único, do Estatuto.

Além dessas disposições, o ECA não estabelece, de forma clara e sistematizada, outros critérios ou balizas que auxiliem na definição de qual medida socioeducativa deve ser aplicada, não tendo contemplado expressamente o disposto no item 16.1 da Resolução n. 40/33, de 29 de novembro de 1985, da Organização das Nações Unidas, conhecida como Regras de Beijing, um conjunto de normas mínimas sobre o tratamento a ser dado aos adolescentes. Esse dispositivo dispõe que, antes de ser aplicada a medida socioeducativa pela Autoridade Judicial, “será efetuada uma investigação completa sobre o meio social e as circunstâncias de vida do jovem e as condições em que se deu a prática da infração” (ONU, 1985).

Pode-se dizer que, nesse ponto, o ECA foi tímido e lacunoso, o que possibilita a ocorrência de disparidades e a adoção de critérios distintos para uma mesma situação, pois, para um ato infracional equiparado a roubo, por exemplo, é possível aplicar qualquer uma das seis medidas socioeducativas, da mais leve, a advertência, até a mais grave, a internação.

Diante da falta de especificidade do ECA, um dos grandes desafios que se apresenta ao magistrado na seara infracional é a definição da medida socioeducativa, de

forma a ajustar o nível da intervenção à real necessidade do adolescente em conflito com a lei sob a perspectiva socioeducativa, e não punitivista, sendo a atuação do magistrado da área infanto-juvenil, por diversas vezes, complementada por critérios extraídos da doutrina, da jurisprudência e da Lei n. 12.594/2012, Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) (BRASIL, 2012).

Esse contexto legislativo e normativo pode justificar o aumento da aplicação da medida socioeducativa de internação pelos juízes brasileiros, mesmo no período pandêmico da covid-19, em que estava em vigor a Recomendação n. 62/2020 editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020) que orientava os juízes a prestigiar a aplicação das medidas socioeducativas em meio aberto. Se comparado ao período pré-pandemia com os meses de março de 2020 a novembro de 2020 (período pandêmico), houve um aumento de 25% no número de internações, totalizando 9.445 medidas restritivas de liberdades aplicadas em 2020, em relação às 7.589, aplicadas em 2019 (PEREIRA JÚNIOR, 2021).

Aplicar uma medida grave como a internação, ainda que diante de um ato infracional revestido de grave violência ou ameaça à pessoa, a um adolescente que não necessita desse nível de intervenção, além de violar os preceitos legais, em especial, os princípios da intervenção mínima, da excepcionalidade e da condição de pessoa em desenvolvimento, pode resultar, inclusive, no agravamento do problema.

As pesquisas na área, apoiadas em bancos de dados longitudinais, criados principalmente nos Estados Unidos, Canadá e Nova Zelândia, na década de 1980, sustentam essa afirmação, uma vez que o acompanhamento dos adolescentes ao longo dos anos permitiu a confirmação de diferenças individuais que resultam em padrões de conduta infracional distintos.

Observou-se que alguns adolescentes praticam infrações de natureza leve, em meio a uma conduta de respeito às leis e adaptação às regras sociais, enquanto outros adolescentes se envolvem em algumas infrações durante o período da adolescência, geralmente de natureza leve ou moderada, mas abandonam tal conduta no início da vida adulta. Existe ainda um pequeno grupo de adolescentes que pratica muitas infrações durante a adolescência, geralmente de média e alta gravidade, e que mantém tal conduta na vida adulta (ANDREWS; BONTA, 1994, 2010; LE BLANC, 2011; MOFFITT, 2017).

Considerando os diferentes padrões de conduta infracional, parece evidente pensar que se faz necessária para a aplicação das medidas socioeducativas atenção especial às características individuais e à personalidade do adolescente, sem se olvidar das circunstâncias do ato infracional, aplicando a medida socioeducativa mais apropriada às necessidades do adolescente, visando a sua reinserção social.

A ciência confirma a importância de uma avaliação que contemple os diferentes padrões de comportamento na aplicação de medidas socioeducativas ao identificar que as propostas de intervenção com o adolescente em conflito com a lei, quando não devidamente ajustadas às necessidades dele, pode produzir efeito contrário ao esperado, ou seja contribuir para o agravamento da conduta infracional, em especial se a medida socioeducativa aplicada for mais gravosa do que as necessidades do jovem (ANDREWS; BONTA, 1994, 2010; LOWENKAMP; LATESSA, 2004; SHERMAN; STRANG, 2004; VINCENT *et al.*, 2012).

Apesar das evidências científicas, no Brasil a legislação pátria não prevê a utilização de instrumentos que possibilitem “uma investigação completa sobre o meio social e as circunstâncias de vida do jovem e as condições em que se deu a prática da infração” (ONU, 1985) e não há qualquer normativo, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para subsidiar o uso desses instrumentos pelos magistrados, o que torna mais árdua a tarefa de definição das medidas socioeducativas.

Nesse contexto, questiona-se se o sistema infracional atual, caracterizado pela ausência de critérios objetivos, sistematizados e que considere os riscos e as necessidades do adolescente na definição da medida socioeducativa, pode levar à discricionariedade e ao excesso de subjetivismo por parte dos magistrados e à disparidade de tratamento, tanto na forma como no rigor das medidas socioeducativas. O objetivo, portanto, do presente artigo é analisar qualitativa e quantitativamente os critérios utilizados pelos magistrados na definição da medida socioeducativa a ser aplicada, sua preponderância, a utilização ou não de um instrumento de avaliação de risco, a aderência dos magistrados a esse instrumental, bem como a frequência da aplicação da medida de internação a determinadas situações hipotéticas.

As hipóteses propostas para o levantamento são: a) a escolha da medida socioeducativa é feita de maneira discricionária e sem a utilização de critérios objetivos e sistematizados que considerem os riscos e as necessidades de maior ou menor intervenção da medida judicial aplicada; b) os juízes, em sua maioria, desconhecem a possibilidade de aplicar formulário de risco nos processos infracionais e não utilizam essa ferramenta na definição da medida socioeducativa; c) em atos infracionais que envolvem grave ameaça e violência à pessoa, é priorizada a medida socioeducativa de internação, em detrimento das medidas em meio aberto; e d) os juízes estão dispostos a utilizar um instrumento de avaliação de riscos e necessidades para subsidiar a aplicação das medidas socioeducativas.

O presente artigo, quanto à metodologia, baseia-se na pesquisa empírica e bibliográfica e se desenvolve em cinco tópicos, incluindo esta introdução. Na segunda seção, faz-se uma abordagem da avaliação de adolescentes

em conflito com a lei, baseada em evidências científicas e seu impacto no sistema socioeducativo. No tópico seguinte, são descritas as etapas pelas quais se desenvolveu a pesquisa empírica. No quarto tópico, será feita a análise dos dados e discutidos os resultados e achados. Por fim, no quinto tópico, serão apresentadas as conclusões.

Esclarece-se que este artigo não intenciona propor um modelo específico de instrumento de avaliação de risco e necessidade, mas, tão somente, analisar se a implementação desses mecanismos de avaliação pode contribuir positivamente na seara infanto-juvenil. A opção pelo referencial teórico e de prática de Andrews, Bonta e Hoge decorre do fato de essa ser a abordagem com melhor fundamentação empírica em uso por programas de atendimento ao adolescente em conflito com a lei (BENBOURICHE; VANDERSTUKKEN; GUAY, 2015; GRIEGER; HOSSER, 2014; VINCENT, *et al.*, 2012).

2. AS AVALIAÇÕES DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI BASEADAS EM EVIDÊNCIAS E SEUS IMPACTOS NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO

Francis Cullen (2005) listou 12 estudiosos que, com base em ciência estrita, demonstraram que intervenções punitivistas populares eram inefetivas, mas que os ofensores podiam ser resgatados por meio de programas de atendimentos baseados no conhecimento criminológico, que tinham potencial para reduzir a reincidência.

Faz-se importante, pois, realizar uma breve contextualização sobre o desenvolvimento do conhecimento científico na área da criminologia ao longo das últimas décadas, com destaque aos três principais paradigmas, ou modos de pensar a delinquência, seu objeto de análise e a perspectiva mais apropriada para o estudo.

O primeiro grande paradigma da criminologia foi o do livre arbítrio e castigo, representado pela Escola Clássica da Criminologia, que tem Cesare Beccaria (1738-1794) como um dos principais expoentes. Esse paradigma coloca o indivíduo como centro do problema, propondo que as pessoas estariam sempre em busca do prazer e optariam voluntariamente por cometer crimes. Nesse sentido, a conduta criminal e não criminal teria o mesmo princípio (busca do prazer e prevenção da dor). O que mudaria entre os indivíduos seria, portanto, a escolha em respeitar ou não as leis. Acreditava-se que as pessoas teriam as mesmas oportunidades para exercer suas escolhas e a mesma habilidade para raciocinar e agir por vontade própria.

Essa escola estava mais preocupada em apresentar propostas que fossem justas e eficazes no controle do crime e não em entender por que as pessoas escolhem formas diferentes de atingir seus objetivos. E a solução proposta era a punição como forma de dissuasão da

conduta criminal. Ainda dentro do contexto da Escola Clássica, também conhecida como Escola Neoclássica, que tem Jeremy Bentham como um dos representantes principais, mantinha-se a ideia de que as pessoas agem de acordo com o livre arbítrio, mas passa a considerar muitos fatores e circunstâncias associados ao crime e sua motivação (REDONDO; GARRIDO, 2013; SHOEMACKER, 2010; ANDREWS; BONTA, 1994, 2010).

O paradigma científico é a segunda grande escola da criminologia, cujo nível de interpretação deixa de ser o indivíduo e passa a ser a conduta criminal e tem como foco o conhecimento das causas dessa conduta. Esse paradigma busca explicar a conduta criminal com base em características psicossociais que teriam origem principalmente na fragmentação dos laços sociais, como família, religião e escola, responsáveis pela socialização do adolescente. Tem o objetivo principal de propor programas de prevenção e intervenção (REDONDO; GARRIDO, 2013; SHOEMACKER, 2010, ANDREWS; BONTA, 1994, 2010).

O terceiro grande paradigma é o do Conflito Social, cujo nível de interpretação é estrutural, propondo que o problema se situa principalmente no nível das instituições sociais, que seriam responsáveis pelas situações de vulnerabilidade. Nessa linha de pensamento, o fator econômico levaria os jovens à prática de atos infracionais como forma de sobrevivência ou melhora da renda familiar. Para essa escola do pensamento, as classes sociais mais baixas, os baixos níveis de sucesso na escola ou no trabalho e a percepção de oportunidades limitadas em contraposição ao desejo de sucesso estariam entre os principais fatores de risco para a conduta criminal (REDONDO; GARRIDO, 2013; SHOEMACKER, 2010, ANDREWS; BONTA, 1994, 2010).

Não cabe no escopo do presente trabalho um maior aprofundamento sobre cada um dos paradigmas citados, mas, de modo geral, pode-se afirmar que, a despeito das limitações e críticas que cada uma dessas escolas recebe, é possível entender a conduta criminal por meio dos diferentes níveis de interpretação, ainda que nos dias atuais esse tipo de interpretação reducionista tenha sido superado por teorias integrativas, que unem os diferentes níveis de interpretação do problema (FARRINGTON, 2005, REDONDO; GARRIDO, 2013; SHOEMACKER, 2010; ANDREWS; BONTA, 1994, 2010).

Um grande avanço no conhecimento sobre a prática de infrações na adolescência foi a criação, nos anos 1980, de bancos de dados longitudinais que permitiram identificar as diferentes trajetórias infracionais e desenvolver pesquisas de causa e correlação. Por meio dos resultados desses estudos, ganharam espaço na década de 1990 as pesquisas com abordagem desenvolvimental, que se concentram em três questões principais: 1) compreender a continuidade ou as mudanças no desenvolvimento de problema de natureza psicossocial ao longo do tempo; 2)

identificar fatores que aumentam ou reduzem a probabilidade de um problema se desenvolver em uma determinada direção, em diferentes fases do desenvolvimento; e 3) identificar efeitos das experiências de vida no processo de desenvolvimento. Mais do que ampliar o alcance explicativo do problema, as teorias desenvolvimentais possibilitaram também extrapolar o conhecimento teórico para produzir modelos de prática, que trouxeram grandes avanços para maior efetividade nas propostas de intervenção (FARRINGTON, 2005; ANDREWS; BONTA, 1994, 2010).

Entre as teorias integrativas desenvolvimentais com maior alcance e influência em todo o mundo, destaca-se a Psicologia da Conduta Criminal de Andrews e Bonta (1994, 2010), cujo objetivo principal é entender variações no início, na natureza, na gravidade e no número de atos infracionais cometidos e os fatores associados à emergência e persistência da trajetória criminal.

Donald Andrews, um dos autores da Psicologia da Conduta Criminal, era um grande crítico das teorias que tinham como pressuposto o comportamento criminal como simples resultado da posição social, considerando como irrelevantes as diferenças individuais. Questionava também o que chamava de “práticas questionáveis” (tradução livre), no atendimento a infratores, incluindo avaliações clínicas, não estruturadas, permeadas de grande subjetividade dos avaliadores. Com o objetivo de auxiliar os profissionais que trabalhavam diretamente com o adolescente envolvido na prática de atos infracionais, Andrews tinha como foco de trabalho a transferência das evidências de pesquisas para a prática profissional (WORMITH, 2011).

A Psicologia da Conduta Criminal integra diferentes abordagens teóricas, entre as quais destaca-se a teoria geral da personalidade e a teoria da aprendizagem social cognitiva, além de apoiar-se em oito estudos de meta-análise sobre fatores de risco associados à persistência da conduta criminal. Os resultados desses estudos apontaram quatro fatores com forte associação: 1) histórico infracional, que inclui a avaliação de medidas socioeducativas aplicadas anteriormente e falhas em seu cumprimento; 2) relação com amigos/conhecidos com conduta antissocial/divergente e pouco ou nenhum contato com pares pró-sociais; 3) características de personalidade/comportamento, que incluem o nível de autoestima, agressividade física e verbal, tolerância à frustração e sentimento de culpa; e 4) atitudes, valores e orientações voltados para o cometimento de infrações, como insensibilidade emocional, rejeição/desafio às figuras de autoridade e rejeição ou não reconhecimento da necessidade de ajuda. Foram identificados outros quatro fatores associados medianamente com a persistência da conduta infracional: 1) problemas de disciplina ou supervisão dos pais em relação aos filhos, inconsistência no estabelecimento de limites e dificuldades afetivas entre

pais e filhos; 2) baixo nível de desempenho na escola ou trabalho, problemas de relacionamento com amigos e professores e/ou problemas de comportamento no ambiente escolar; 3) uso abusivo de álcool e outras drogas; e 4) tempo livre utilizado principalmente em atividades de lazer não estruturadas. O estudo identificou ainda quatro fatores moderadores que podem aumentar ou reduzir a influência dos fatores de risco: 1) classe social; 2) medo de punição oficial; 3) problemas de saúde mental; e 4) inteligência verbal (ANDREWS; BONTA, 1994, 2010).

É fundamental destacar que, para essa abordagem teórica, a conduta criminal é resultado de uma complexa rede de interação entre diferentes fatores de risco/proteção e de fatores que moderam (aumentam ou reduzem) a probabilidade do problema se manifestar e/ou persistir. Nenhum fator isolado, portanto, é suficiente para explicar a conduta criminal. (ANDREWS; BONTA, 1994, 2010).

Amparado em uma meta-análise sobre o efeito da intervenção na interrupção da conduta infracional, Andrews, Bonta e Hoge, (ANDREWS *et al.*, 1990) propõem o modelo de prática denominado de “Modelo de Risco, Necessidade e Responsividade” - Modelo RNR (1990), que pressupõe que uma intervenção eficaz só ocorre por meio de uma avaliação empiricamente embasada, sem a qual o processo de intervenção pode se tornar irrelevante.

O sucesso da intervenção se apoia nos seguintes princípios: 1) princípio do risco, que consiste na intensidade de o serviço ser proporcional ao nível de risco para novos envolvimento infracionais; 2) princípio da necessidade, aqui entendida como os fatores de risco dinâmicos, passíveis de intervenção, que quando modificados tem o potencial de alterar a probabilidade de novos envolvimento em atos infracionais, e que devem ser, portanto, o foco da intervenção; 3) princípio da responsividade, concernente à atenção às variáveis relevantes para a adequação da intervenção às características de personalidade, habilidades e estilo de aprendizagem do adolescente; e 4) princípio da formação continuada, incluído posteriormente, que considera que a capacitação das equipes, com supervisão, treinamento e monitoramento constante é outro fator imprescindível para atingir resultados efetivos (ANDREWS; BONTA, 1994, 2010; VINCENT, 2020).

A avaliação estruturada é importante para o processo de socioeducação, mas é só o primeiro passo. Avaliar bem só tem sentido em todo o processo de socioeducação se estiver alinhada com a intervenção. É por esse motivo que o modelo de prática risco-necessidade-responsividade (RNR) propõe o trabalho articulado, que começa com a avaliação e a aplicação da MSE (medida socioeducativa) mais ajustada às necessidades do adolescente, atendendo o princípio do risco. Mas o processo continua com os profissionais dos programas de medidas, que devem atender aos princípios de necessidade e responsividade, apoiados por toda a rede de atendimen-

to da infância e juventude (ANDREWS; BONTA, 1994, 2010; ANDREWS; BONTA; HOGE, 1990; BAGLIVIO; *et al.*, 2017).

Pesquisas mostram também que o uso da avaliação estruturada reduz a probabilidade de o avaliador, desde que bem treinado, deixar-se influenciar pelas circunstâncias da infração e por características individuais do adolescente, como cor, sexo, classe social, entre outras, que podem resultar na aplicação de medidas mais intensas do que o necessário. Além disso, a avaliação precisa pode favorecer a identificação de jovens com maior risco de se envolver em novas infrações, o que justificaria um nível de atenção maior (ONIFADE *et al.*, 2019).

Destaca-se que o modelo teórico e o modelo de prática foram desenvolvidos inicialmente para a população adulta e adaptados posteriormente para a faixa etária da adolescência. O mesmo ocorreu com o instrumento de avaliação de risco, necessidade e responsividade, o Youth Level Service – Case Management Inventory (YLS/CMI) (HOGE; ANDREWS, 2005).

O YLS/CMI é um *checklist* composto de 42 itens, divididos em oito subescalas, referentes às dimensões/fatores de risco e necessidade, que possibilitam identificar diferentes níveis de probabilidade de persistência do comportamento infracional. As subescalas são: “infrações anteriores” (cinco itens); “situação familiar/parental” (seis itens); “educação/emprego” (sete itens); “relação com os pares” (quatro itens); “uso de drogas” (cinco itens); “lazer/recreação” (três itens); “personalidade/comportamento” (sete itens); e “atitudes/orientação” (cinco itens).

Cada item tem uma pontuação e deve ser assinalado à medida que o adolescente avaliado se enquadra naquele item, procedendo-se à soma de cada subescala, de modo a se obter um *subscore* (baixo, moderado ou alto), que identifica o nível de risco para aquela subescala. Ao final, as oito subescalas são somadas para se chegar ao *score* total, referente ao risco global, classificando o adolescente nos seguintes níveis de risco: baixo, moderado, alto e muito alto. Enquanto o *score* total é relevante para a definição da medida socioeducativa, os *subscores* são importantes para o planejamento da intervenção (HOGE; ANDREWS, 2005; ANDREWS; BONTA, 1994, 2010; MARUSCHI; ESTEVÃO; BAZON, 2013).

A abordagem desenvolvimental, incluindo em especial os modelos teóricos e de prática desenvolvidos por Andrews, Bonta e Hoge, exerceram forte influência na adoção por diferentes países de um processo articulado de avaliação e intervenção do adolescente autor de ato infracional, baseado em instrumentos de avaliação de risco, necessidade e recursos pessoais que, embora se distingam na metodologia, guardam a premissa de intervenção efetiva.

Só nos Estados Unidos da América, são utilizados, ao menos, oito instrumentos (BAIRD *et al.*, 2013), entre

os quais se destaca o YLS/CMI, que também é usado em outros países, como Canadá (HOGE; ANDREWS, 2005), Portugal (PIMENTEL *et al.*, 2015) e Espanha (GARRIDO; LÓPEZ; SILVA, 2004). O Structured Assessment of Violence Risk in Youth (SAVRY) é o principal instrumento utilizado na Espanha (VALLÈS-PORT; HILTERMAN, 2006), sendo também usado no Canadá (BORUM; BARTEL; FORTH, 2006). Na América do Sul, pode-se citar o Chile, que se destaca na utilização do instrumento de avaliação de risco e, para tanto, faz uso da Ficha de Evaluación de Riesgos Y Recursos de Desadaptación Social Adolescente (FER-R 3.0) (ALARCÓN, 2013), do Inventário de Riesgos y Necesidades Criminológicas (CHESTA, 2009), Assessment Framework for Young People Involved in the Youth Justice System (ASSET) (Youth Justice Board, 2003). Além do Chile, o Peru faz uso de instrumentos estruturados, como o YLS/CMI (HOGE; ANDREWS, 2005, 2011), do Historical Clinical Risk Management-20 (DOUGLAS, *et al.*, 1999) e do SAVRY (BOREM; BARTEL; FORTH, 2003). Outros países da América do Sul, como Colômbia, Argentina, Jamaica, entre outros, também fazem uso de instrumentos estruturados de risco e necessidade (KOETZLE; MELLOW; PIÑOL; PUGLIESE, 2021).

No que se refere à contribuição que esses instrumentos podem oferecer, a análise de 548 casos de intervenção Lipsey (VINCENT *et al.*, 2012) concluiu que a aplicação da medida privativa de liberdade aumentou a taxa de reincidência em 8%, ao passo que, em outro estudo longitudinal com jovens de Montreal (Canadá) de baixa renda, ao longo de 20 anos, verificou-se que, mesmo aqueles jovens que receberam medidas em meio aberto, como a prestação de serviços à comunidade, convivendo com outros jovens infratores, tinham duas vezes mais chances de serem presos quando adultos do que aqueles jovens com os mesmos problemas de comportamento, mas que não sofreram medidas socioeducativas.

Lipsey (VINCENT *et al.*, 2012) conclui ainda que programas que se afastam do princípio RNR, em especial aqueles orientados pela intimidação/dissuasão, são inefetivos.

Assim, a um adolescente com baixo risco afasta-se a aplicação da medida socioeducativa privativa de liberdade e, por vezes, nem sequer se faz necessária a aplicação de qualquer medida socioeducativa, recomendando-se tão somente a aplicação das medidas protetivas previstas no art. 101 do ECA. Ao revés, um adolescente com risco muito alto demanda intervenção e acompanhamento mais sistemático, o que justificaria, preenchidos os requisitos do art. 122 do ECA, a aplicação da medida socioeducativa de internação.

Nos Estados Unidos da América, Vieira, Skilling e Peterson-Badali (2009) ao analisarem os impactos da utilização do formulário YLS/CMI, identificaram que os jovens que receberam serviços alinhados às suas necessi-

dades, conforme identificado no próprio instrumental, tiveram uma taxa de reincidência de 25%, enquanto para aqueles jovens que receberam serviços que não correspondiam às suas necessidades a taxa de reincidência foi de 75%.

Para além da América do Norte, estudos na França também confirmaram a eficácia e o caráter preditivo dos instrumentos de avaliação de risco e necessidade quanto à reincidência, com redução média de 26% na taxa da reincidência quando utilizados os princípios RNR (BENBOURICHE; VANDERSTUKKEN; GUAY, 2015). Outro estudo que avaliou o uso desses instrumentais no Reino Unido, Alemanha, Holanda, Noruega e Suécia apontou para uma diminuição de 16% na reincidência (KOEHLER; LÖSEL; AKOENSI; HUMPHREYS, 2013).

Embora a legislação brasileira não preveja um instrumento de avaliação de risco e haja pouca pesquisa nacional sobre a temática, Maruschi (2010), em sua dissertação de mestrado, realizou uma pesquisa para avaliar as características psicométricas do YLS/CMI (HOGE; ANDREWS, 2005). Apesar de o instrumento não ter passado pelo processo de adaptação transcultural, uma vez que a pesquisa tinha caráter exploratório, os resultados foram considerados bastante satisfatórios. O instrumento alcançou nível de sensibilidade de 76,9% (identificação correta dos adolescentes que apresentam o problema) e 66,7% de especificidade (exclusão dos adolescentes que não apresentam o problema). Concluiu-se que os resultados convergiam com pesquisas realizadas em outros países, sendo possível e indicado o uso do instrumento na realidade brasileira. É importante destacar que, para eventual uso do instrumento fora do contexto de pesquisa, seria necessária a tradução e adaptação transcultural do mesmo.

Essa universalidade dos instrumentos de avaliação de risco e necessidade, com algumas pontuais adaptações à realidade local, leva a crer que os resultados positivos descritos na literatura internacional, podem se traduzir, no Brasil, em uma nova política de gestão das medidas socioeducativas, baseada em evidência, ciência e efetividade da intervenção estatal.

Convergindo com essa ideia, foi lançado recentemente o guia prático para avaliação de risco e necessidades dos jovens da América Latina e Caribe. O material apresenta informações sobre instrumentos de avaliação de risco e necessidade e sobre os países que utilizam esse tipo de avaliação na América Latina e Caribe, com destaque para os recursos que os instrumentos de avaliação de risco e necessidade podem oferecer, seja na identificação da probabilidade de risco de reincidência, seja no fornecimento de subsídios para intervenções adaptadas ao nível de risco e às necessidades criminológicas (KOETZLE; MELLOW; PIÑOL; PUGLIESE, 2021).

3. MÉTODO

3.1. Participantes

A pesquisa empírica desenvolvida teve como público-alvo os magistrados que atuavam na seara infanto-juvenil, mais especificamente na área infracional, ou seja, que realizavam a instrução e o julgamento dos processos de apuração de atos infracionais e aplicavam aos adolescentes em conflito com a lei as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não há como precisar o número de juízes que tiveram acesso ao formulário, mas não o responderam, tampouco qual o motivo de não terem participado da pesquisa. De qualquer forma, o número de respostas obtidas, além de representar, pelo menos, um magistrado de cada unidade federativa, como já salientado, equivale a mais de 25% do número de associados da ABRAMINJ¹, entidade que reúne os juízes com competência especializada na matéria infanto-juvenil.

Assim, considerando o número de associados da ABRAMINJ, a taxa de retorno – ou seja, o percentual entre os questionários enviados e o total de respostas recebidas – foi superior à média das pesquisas realizadas por *survey online*, que é de 11 a 20%, conforme aponta Couper (2017), o que qualifica a pesquisa como representativa da classe infanto-juvenil de magistrados.

Embora, para a submissão do formulário, não se exigisse a prévia identificação dos pesquisados, ao final do questionário foi possibilitado àqueles que desejassem que informassem nome, telefone e *e-mail* para contato – garantindo-se, em qualquer caso, o anonimato.

Dos 220 juízes que responderam à pesquisa, 156 forneceram seus dados para eventual contato, o que, entretanto, não foi necessário para a pesquisa.

3.2. Instrumentos

Foi elaborado um *survey*, intitulado “Gestão qualitativa das medidas socioeducativas”, no âmbito do mestrado profissional da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam).

Os *surveys* são uma técnica de entrevista estruturada e, na presente pesquisa, seja em virtude do tempo, seja devido às limitações impostas pela pandemia de covid-19, optou-se pela sua forma autoaplicável, na qual o pesquisador envia os questionários para os possíveis entrevistados (FEFERBAUM; QUEIROZ, 2019).

No caso, foi criado um formulário eletrônico no Google Forms, que contém, em sua primeira seção, uma breve explicação sobre os objetivos da pesquisa, sobre a

instituição de ensino em que fora realizada a pesquisa, sobre a garantia do sigilo e do anonimato, além de informações a respeito do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, que foi disponibilizado por meio de *link*, tendo sido informado que a submissão das respostas ao questionário implicava a concordância com o Termo de Consentimento.

O formulário, além da seção inicial, contava com outras cinco partes: dados gerais; critérios para a aplicação da medida socioeducativa; instrumento de risco e necessidade; aplicação da medida socioeducativa de internação; e dados pessoais.

As respostas relacionadas aos critérios para aplicação das medidas socioeducativas e de internação foram estruturadas com base na escala Likert – escala de cinco pontos que permite ao entrevistador coletar uma diversidade maior de opiniões em comparação às respostas “sim” ou “não” (FEFERBAUM; QUEIROZ, 2019). As demais questões foram construídas no formato “caixa de seleção”, com exceção de duas perguntas, em que havia a opção “outros”, possibilitando ao entrevistado dar respostas livres e de curta extensão.

Salvo a última pergunta – relativa ao fornecimento de dados para contato –, todas as outras eram de resposta obrigatória, de modo que o formulário não permitia o avanço para a seção subsequente se as perguntas anteriores não tivessem sido respondidas.

Previamente à aplicação do formulário, foi realizado teste no qual o questionário foi disponibilizado a quatro magistrados do TJ/PE, sendo que dois desses não mais atuavam na seara infanto-juvenil, embora tivessem exercido tal função há menos de três anos, e dois atuavam em vara de competência da infância e juventude. Os juízes que realizaram os testes não responderam ao formulário final.

O formulário eletrônico também foi revisado pela professora e pesquisadora Maria Cristina Maruschi, especialista na temática de instrumento de avaliação de risco.

A aplicação do pré-teste revelou-se etapa importante da entrevista, porque possibilitou verificar antecipadamente se determinada pergunta era clara ou ambígua (FEFERBAUM; QUEIROZ, 2019) e porque permitiu constatar se o questionário, de fato, atendia aos propósitos da pesquisa.

Realizados os ajustes no formulário, com base nas sugestões dos juízes que responderam ao teste e da professora Maruschi, o questionário foi disponibilizado no dia 29 de abril de 2021 e ficou disponível para respostas até 21 de junho de 2021. Conforme mencionado, foram recebidas, nesse período, 220 respostas.

¹ Em 13 de maio de 2021, a Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventude (ABRAMINJ) informou ter 841 associados.

3.3. Procedimentos de coleta de dados

O tempo para a produção dos dados foi curto. A ideia era atingir, de forma mais rápida, juízes que efetivamente estavam envolvidos na temática e que, de certa forma, pudessem ser considerados como referência no universo da temática da infância e juventude.

Por esse motivo, optou-se por divulgar a pesquisa por meio da plataforma de mensagens instantâneas WhatsApp, direcionando-a, principalmente, a grupos específicos – em especial, dois grupos que reúnem juízes de todos os estados e regiões do país com atuação na área da infância e juventude: o do Fórum Nacional da Justiça Juvenil (Fonajuv) e o do Fórum Nacional da Justiça Protetiva (Fonajup).

O objetivo era retratar a realidade nacional e que pelo menos um juiz de cada unidade federativa respondesse ao questionário, objetivo que foi atingido. Sem adentrar na análise dos dados – o que será realizado em tópico próprio –, destaca-se que, no caso do Distrito Federal, a resposta de um **único juiz representou 50% das unidades com competência infracional no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT)**. Já os **juízes pernambucanos, por sua vez, foram responsáveis por mais de 20% de todas as respostas coletadas, o que pode ser atribuído ao fato de o pesquisador integrar o quadro de magistrados do TJ/PE**.

Assim, em algumas situações (TJDFT e TJ/PE), a representatividade por unidade federativa foi bastante significativa, sem, contudo, destoar da média das respostas obtidas, motivo pelo qual não desafiaram um recorte regional.

Além dos grupos do Fonajuv e Fonajup, a Abramini divulgou o formulário entre os seus associados, também por meio do aplicativo WhatsApp.

Paralelamente, a pesquisa foi divulgada no grupo de WhatsApp dos discentes do mestrado da Enfam e, individualmente, para contatos profissionais e pessoais do próprio pesquisador, como forma de ampliar o número de magistrados com acesso à pesquisa.

3.4. Procedimento para análise dos dados

Os dados foram organizados em um banco de dados no programa Excel e foram realizadas análises estatísticas descritivas dos resultados.

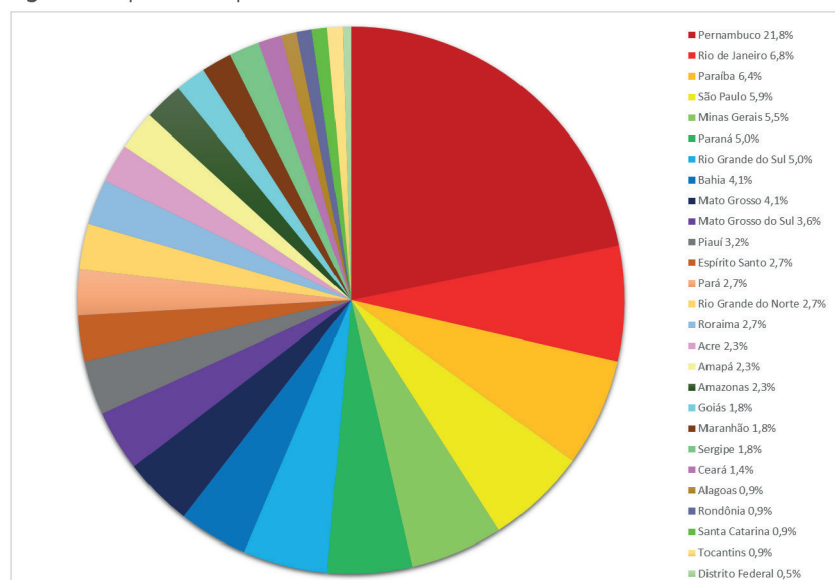
4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Para melhor sistematização do trabalho, os dados coletados foram subdivididos em quatro categorias: 1) dados gerais; 2) critérios para a aplicação das medidas socioeducativas; 3) instrumento de risco e necessidade; e 4) aplicação da medida socioeducativa de internação.

4.1. Dados gerais

O formulário foi respondido por 220 juízes, de todas as unidades federativas do Brasil (Figura 1). Os dez estados que mais responderam ao questionário foram Pernambuco (21,8%), Rio de Janeiro (6,8%), Paraíba (6,4%), São Paulo (5,9%), Minas Gerais (5,5%), Paraná (5%), Rio Grande do Sul (5%), Bahia (4,1%), Mato Grosso (4,1%) e Mato Grosso do Sul (3,6%).

Figura 1: Respondentes por unidade federativa



Fonte: Elaboração própria.

Apenas a Região Norte não foi contemplada entre as que mais responderam ao questionário, ao passo que o estado de Pernambuco representou mais de 1/5 das respostas. Contudo, ao analisar os dados e compará-los com as demais unidades federativas, percebe-se que não houve discrepância numérica que exigisse um recorte regional, pois os resultados refletiram a média das respostas recebidas.

Quanto à localização das unidades judiciárias, 62,7% são de cidades do interior, 21,4% das capitais dos estados e 15,9% de regiões metropolitanas.

As varas únicas representaram 36,8% das respostas, mas praticamente metade das unidades judiciárias (50,5%) não é especializada na seara infanto-juvenil, o que indica haver uma concorrência de competência além das varas únicas.

Analisando as respostas quanto à especialização e à localização das unidades judiciárias, observa-se que o maior percentual de varas especializadas está nas capitais dos estados (68,1%), mas, mesmo assim, quase 32% das varas das capitais julgam outras matérias, não afetas à seara infanto-juvenil. O percentual de varas especializadas é ligeiramente maior nas cidades do interior (45,7%) em comparação às regiões metropolitanas (40%).

4.2. Critérios para a aplicação das medidas socioeducativas

Foram selecionados 19 critérios que, em tese, podem ser utilizados pelos magistrados na definição das medidas socioeducativas.

Com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), foram listados os seguintes critérios: 1) capacidade de o adolescente cumprir a medida socioeducativa (art. 112, § 1º); 2) circunstâncias da infração (art. 112, § 1º); 3) gravidade em abstrato e gravidade em concreto (art. 112, § 1º); 4) princípio da intervenção mínima (art. 100, parágrafo único, VII); 5) princípio da atualidade (art. 100, parágrafo único, VIII); 6) excepcionalidade das medidas restritivas de liberdade (art. 121, *caput*, e art. 120, § 2º); e 7) reiteração e processos em cursos (art. 122, II).

Tendo como referência a doutrina e a jurisprudência, foram acrescidos outros dois critérios: idade e confissão.

Já considerando os fatores de risco comuns aos instrumentos mais utilizados – quais sejam, YLS/CMI (HOGE; ANDREWS, 2005), SAVRY (BORUM; BARTTEL; FORTH, 2006) e IRBC (CHESTA, 2009) –, foram indicados oito critérios: 1) situação familiar e parental (supervisão dos pais, vínculo afetivo, estabelecimento de regras entre pais e filhos e problemas familiares); 2) relação com os pares (relação do adolescente com amigos/conhecidos envolvidos em atividades ilícitas ou lícitas); 3) contexto escolar (frequência, abandono e aproveitamento); 4) uso de álcool e de outras drogas; 5) personalidade/comportamento (autoestima, agressividade e tolerância à frustração); 6) valores e crenças sociais; 7) inserção no mercado de trabalho (formal ou informal); e 8) envolvimento do adolescente em atividades de lazer e recreação.

Possibilitou-se, ainda, que os magistrados indicassem outros critérios por eles considerados na aplicação das medidas socioeducativas.

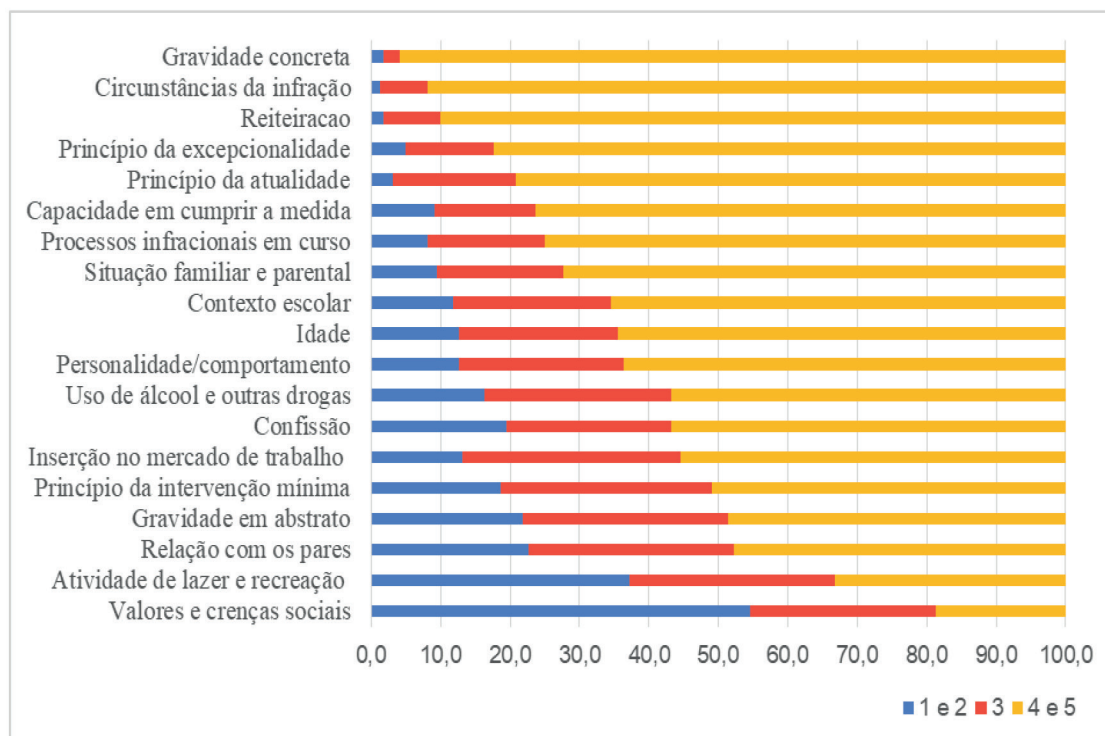
Os juízes foram indagados em relação à preponderância de uso de cada critério na definição das medidas socioeducativas, em uma escala de 1 a 5, em que 1 significava pouca ou nenhuma preponderância e 5, muita preponderância.

Pode-se constatar que todos os 19 critérios elencados são utilizados pelos magistrados na definição das medidas socioeducativas, seja em maior ou menor grau de preponderância.

Os cinco critérios de maior preponderância, em ordem decrescente, são: 1) gravidade concreta do ato infracional; 2) circunstâncias da infração; 3) reiteração; 4) princípio da excepcionalidade das medidas restritivas de liberdade; e 5) princípio da atualidade. Os dois critérios mais preponderantes dizem mais respeito ao ato infracional em si do que, efetivamente, ao contexto de vida do adolescente, o que pode indicar um viés mais punitivista do que ressocializador.

Por sua vez, os cinco critérios menos preponderantes, em ordem crescente, são: 1) valores e crenças sociais; 2) envolvimento do adolescente em atividades de lazer e recreação; 3) relação com os pares; 4) gravidade em abstrato; e 5) princípio da intervenção mínima. Os três critérios menos preponderantes se relacionam mais ao contexto do adolescente do que ao ato infracional, o que ratifica a possibilidade de haver uma tendência punitivista na aplicação das medidas socioeducativas (Figura 2).

Figura 2: Critérios e preponderância



Fonte: Elaboração própria.

Contudo, a preponderância desses critérios sofre considerável disparidade quando comparadas as regiões geopolíticas brasileiras, indicando uma ausência de uniformidade e, até mesmo, uma contradição – por exemplo, o critério “idade” é um dos mais preponderantes na Região Norte, mas um dos menos preponderantes na Região Sudeste.

Na Região Norte, entre os cinco critérios com maior preponderância, aparece a idade do adolescente; na Sul, o mais preponderante é o princípio da atualidade; e, na Sudeste, os mais relevantes são a existência de outros processos infracionais em curso e a situação familiar e parental. Os estados das Regiões Centro-Oeste e Nordeste refletiram a média nacional.

Quanto aos cinco critérios menos preponderantes, o da idade aparece na relação da Região Sudeste; na Nordeste, consta a inserção no mercado de trabalho; e, na Região Centro-Oeste, estão a confissão e o contexto escolar. As Regiões Sul e Norte retrataram a média nacional.

Além dos 19 critérios expressamente listados, 42 magistrados indicaram outros critérios relevantes/preponderantes considerados na definição das medidas socioeducativas, são eles: 1) estrutura das unidades socioeducativas e dos órgãos executores das medidas socioeducativas; 2) existência de filhos; 3) consequências do ato infracional; 4) caráter pedagógico da medida; 5) doenças psiquiátricas; 6) superior interesse do adolescente; 7) existência de vagas nas unidades de internação; 8) reparação do dano; e 9) participação em facção criminosa.

Alguns magistrados citaram critérios já contemplados na listagem inicial, motivo pelo qual suas respostas não foram contabilizadas.

Entre os novos critérios citados, destaca-se a ineficiência das unidades socioeducativas (estrutura, equipe multidisciplinar, vagas, escassez de unidades e capacidade do órgão executor), que representou 26,2% das respostas e se relaciona, essencialmente, com o Poder Executivo.

Associando os resultados acima com as meta-análises que serviram de base para a Psicologia da Conduta Criminal (ANDREWS; BONTA, 1994, 2010) e o instrumento de avaliação, o YLS/CMI (HOGE; ANDREWS, 2005), constata-se que os três fatores menos utilizados pelos magistrados para a aplicação de medidas socioeducativas (valores e crenças sociais; envolvimento do adolescente em atividades de lazer e recreação e relação com pares), estão incluídos entre os fatores associados com a persistência da conduta infracional, destacando-se que dois deles, valores e crenças e relação com pares, estão entre os quatro fatores com associação mais forte com a conduta infracional.

Esses dados propiciam uma reflexão importante sobre a complexidade da decisão judicial, quando se consideram todos os aspectos que precisam ser observados e analisados, em especial a “investigação completa sobre o meio social e as circunstâncias de vida do jovem e as condições em que se deu a prática da infração” (ONU, 1985).

É nesse sentido que Soderstrom; Childs; Frick (2019) apontam que a utilização de instrumentos para avaliação de exposição dos adolescentes a fatores de risco, associado à probabilidade de novos envolvimento infracionais, permitiu importante mudança na tomada de decisão judicial, já que a avaliação deixa de focar na infração para priorizar o adolescente, que por sua vez influencia e é influenciado pelo meio no qual está inserido.

Diante dessa constatação, fica bastante clara a importância de instrumentos de avaliação estruturados que permitam que todos os critérios previstos na lei sejam respeitados e, mais importante, que os adolescentes sejam respeitados.

4.3. Instrumento de avaliação de risco e necessidade

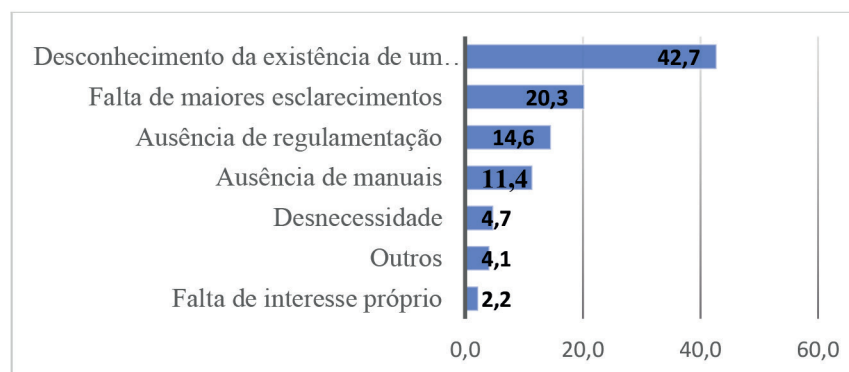
Nenhum dos 220 magistrados pesquisados utiliza qualquer instrumento de avaliação de risco e necessidade na definição das medidas socioeducativas. Cinco deles fizeram menção a uso de instrumento, sendo que quatro mencionaram plano individual de atendimento

(PIA) e um referiu-se à relatório de visita à residência do adolescente pela assistente social.

Todavia, nem o relatório da equipe técnica nem o PIA são instrumentos de avaliação de risco e necessidade. O plano individual de atendimento, previsto no art. 53 e seguintes da Lei do Sinase (BRASIL, 2012), é instrumento de previsão, registro e gestão das atividades a serem desenvolvidas com o adolescente durante a execução e, portanto, já pressupõe a aplicação de uma medida socioeducativa. Já o relatório da equipe técnica, resultante da visita domiciliar, embora instrumento relevante para contextualizar as condições em que vive o adolescente em conflito com a lei, **é realizado sem o uso de metodologias inerentes a um instrumento de avaliação de risco.**

Conforme pode-se observar na Figura 3, os motivos mais apontados pelos juízes para a não utilização de um instrumento de avaliação de risco são: 1) o desconhecimento desse instrumento aplicável à seara infracional (62,8%); 2) a falta de mais esclarecimentos (29,8%); 3) a ausência de regulamentação (21,4%); e 4) a ausência de manuais (16,7%). Registre-se que os entrevistados podiam marcar mais de uma opção quanto a esse questionamento.

Figura 3: Motivos de não utilização de instrumento de avaliação de risco e necessidade



Fonte: Elaboração própria.

É interessante observar o grande número de profissionais que desconhece esse tipo de instrumento (62,8%), sendo que nem mesmo os juízes das varas especializadas, 49,5% dos que responderam ao questionário, reconhecem um formulário de risco e necessidade como uma possibilidade de avaliação aplicável à seara infanto-juvenil.

Quanto à aderência, apenas 8,6% dos entrevistados não estariam dispostos a utilizar um instrumento de risco e necessidade, enquanto 66,8% responderam que o utilizariam para auxiliar na definição das medidas socioeducativas e 24,5% afirmaram que talvez poderiam se valer do instrumento. Em nenhuma das unidades da Federação o percentual de respostas negativas à utilização de um instrumento foi maior que as respostas “sim” e “talvez”.

4.4. Aplicação da medida socioeducativa de internação

Com o objetivo de verificar com que frequência os magistrados aplicavam a medida de internação, foram-lhes apresentadas oito situações hipotéticas, em uma escala de 1 a 5, em que 1 significava nunca ou com pouca frequência e 5, com muita frequência.

As oito situações hipotéticas foram: 1) roubo simples e adolescente primário; 2) roubo simples e adolescente reincidente; 3) roubo majorado e adolescente primário; 4) roubo majorado e adolescente reincidente; 5) furto qualificado e adolescente primário; 6) furto qualificado e adolescente reincidente; 7) tráfico de drogas e adolescente primário; e 8) tráfico de drogas e adolescente reincidente.

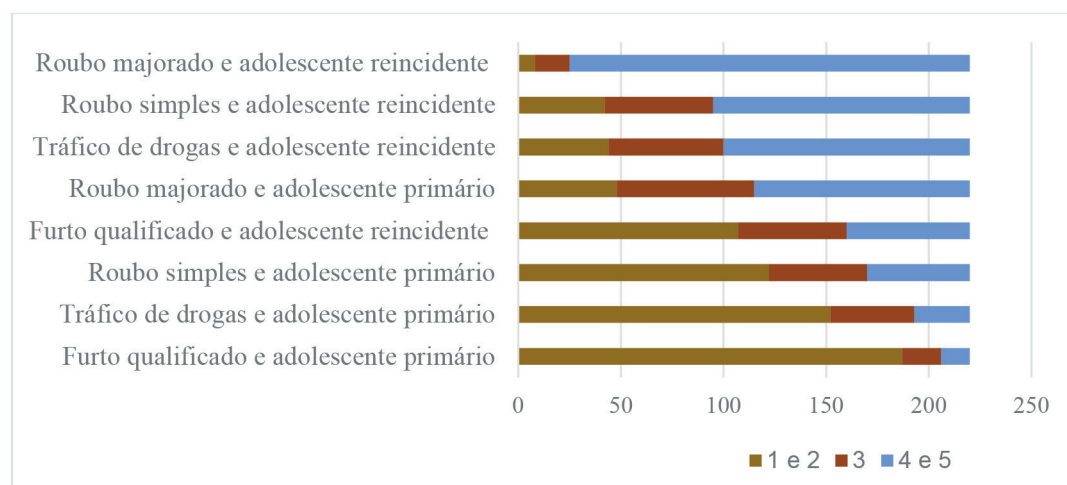
Foram escolhidos esses atos infracionais para compor as situações hipotéticas porque o roubo, o furto e o tráfico de drogas constituem 75,54% das condutas praticadas pelos adolescentes em conflito com a lei, conforme pesquisa realizada pelo CNJ (BRASIL, 2019).

A medida de internação é aplicada com mais frequência no roubo majorado quando o adolescente é reincidente e menos frequentemente na hipótese de furto qualificado e adolescente primário, em âmbito nacional e também considerando individualmente as regiões geopolíticas (Figura 4).

Contudo, mesmo nas hipóteses em que o ato não é revestido de violência e grave ameaça e em que não há reiteração da conduta infracional – e, portanto, em que a legislação não autoriza a medida extrema –, a medida de internação foi aplicada com frequência em 12,3% na hipótese de tráfico de drogas e adolescente primário e, em 6,4%, na de furto qualificado e adolescente primário.

Nesses casos, a disparidade entre as regiões geopolíticas brasileiras na aplicação da internação é acentuada. Enquanto a Região Centro-Oeste não aplica com frequência a medida de internação para o tráfico de drogas e

Figura 4: Frequência na aplicação da medida de internação e atos infracionais



Fonte: Elaboração própria.

adolescente primário, a Região Sul tem o maior percentual entre as que a aplicam com frequência, seguida das Regiões Sudeste, Norte e Nordeste. No furto qualificado e adolescente primário, a Região Centro-Oeste, mais uma vez, não aplica com frequência a medida de internação, ao passo que a Região Norte aparece como a que com mais regularidade a aplica, seguida das Regiões Sudeste, Sul e Nordeste.

No caso de roubo majorado e adolescente primário, a internação foi aplicada com muita frequência por quase metade dos juízes entrevistados (47,7%), enquanto na hipótese de roubo simples e adolescente primário o percentual foi de 22,7%, o que pode sugerir a preponderância da existência de violência e grave ameaça à pessoa em detrimento da excepcionalidade da medida. Nessa situação, não houve discrepância entre as regiões.

Por outro lado, a reincidência se destaca como elemento predominante no aumento da frequência com que as internações são aplicadas pelos magistrados. Em todos os tipos de ato infracional, os juízes a aplicam mais frequentemente quando verificam a reincidência.

Tratando-se de roubo simples, 22,7% dos magistrados aplicam com muita frequência a internação quando o adolescente é primário. Mas esse número sobe para 56,8% quando o jovem é reincidente – um aumento de

250%. O aumento é de 440% quando se trata de tráfico de drogas. Para um adolescente primário, a internação é aplicada com muita frequência por 12,3% dos magistrados; o percentual sobe para 54,5% no caso de reincidentes.

Verifica-se, portanto, que a internação é aplicada fora das hipóteses legais, como no caso do tráfico de drogas e adolescente primário, e, mesmo quando, em tese, é possível sua aplicação, como no caso do roubo, não é excepcional e não se prestigiam outras medidas. Isso tudo pode contribuir para o aumento da lotação das unidades de internação, para o déficit de vagas e para a ineficiência das Centrais de Vagas, criadas pela Resolução CNJ n. 367/2021 (BRASIL, 2021).

Com efeito, não há referencial teórico baseado em evidências que indique a punição ou o recrudescimento da medida socioeducativa com estratégia eficaz para dissuadir da prática de novos atos infracionais ou da interrupção de uma trajetória delituosa. O que a história mostra são tentativas frustradas de investimentos nesse sentido, resultando, via de regra, em unidades de internação superlotadas, altos custos e a confirmação de que a experiência do cárcere **não** é suficiente para conter novos crimes/infrações (CULLEN, 2005, ANDREWS; BONTA, 1994/2010).

5. CONCLUSÃO

Os magistrados brasileiros utilizam, de forma díspar desorganizada e não sistematizada, mais de vinte critérios para a definição das medidas socioeducativas, ora com muita preponderância para os critérios previstos no ECA, como nas circunstâncias da infração, ora com pouca preponderância para os preceitos legais, como no caso do princípio da intervenção mínima.

No universo plural dos critérios utilizados pelos magistrados, estão os oito indicados pelos instrumentos internacionais de avaliação de risco e necessidade como fatores de risco que devem ser priorizados pelos julgadores na adequação da medida judicial. Embora os magistrados já os utilizem, fazem-no de maneira intuitiva e sem qualquer sistematização ou base científica, o que leva a uma subvalorização de fatores importantes, como a relação com os pares.

Ao mesmo tempo em que os magistrados dão pouca relevância para a relação com os pares, fator associado à reincidência, a ausência de primariedade é determinante para a aplicação da internação quando se compara com o mesmo tipo de ato infracional.

Se a reincidência é fator que eleva, consideravelmente, a possibilidade de o magistrado aplicar a medida de internação, o sistema de justiça infanto-juvenil deveria adotar mecanismos para impedir a persistência da conduta infracional e para adequar as medidas judiciais às necessidades dos adolescentes. Nesse ponto, os instrumentos de avaliação de risco e necessidade já utilizados em vários países surgem como uma alternativa viável ao Poder Judiciário brasileiro.

Isso porque os dados coletados na presente pesquisa revelam a necessidade de uma melhor avaliação para a definição das medidas socioeducativas ao mesmo tempo em que indicam a falta de sensibilidade do sistema socioeducativo quanto aos riscos e às necessidades dos adolescentes, podendo indicar o uso excessivo e discricionário da medida socioeducativa de internação pelos juízes.

Adequar o nível de intervenção aos riscos e necessidades é fundamental para que se desenvolva efetivamente o sistema socioeducativo, baseado em evidências, afastando-se o “populismo punitivo”² e o viés punitivista das medidas socioeducativas, uma vez que a punição não impede a reincidência juvenil e, em alguns casos, pode até aumentá-la (VINCENT et al, 2012).

Embora nenhum dos entrevistados utilize um instrumento de avaliação de risco e necessidade, a sua adoção, no Brasil, ao que tudo indica, não sofreria resistência por parte dos juízes brasileiros – já que 92% estariam dispostos a usá-lo e só não o fazem, em sua maioria, pela falta de regulamentação e pelo desconhecimento –,

ao passo que conferiria segurança jurídica, otimização das medidas socioeducativas e efetivação dos princípios norteadores do ECA, em especial a excepcionalidade da medida de internação e o caráter pedagógico das medidas socioeducativas.

Em síntese, o sistema atual contemplado pela legislação infanto-juvenil é, portanto, caracterizado por um elevado grau de discricionariedade por parte do julgador, o que pode levar à ineficácia da medida aplicada e, consequentemente, ao agravamento da situação de vulnerabilidade do adolescente, sem mencionar a perspectiva da gestão processual, porquanto essa subjetividade exacerbada pode acarretar um número maior de recursos, maior tempo de tramitação do feito e aumento da taxa de congestionamento.

A regulamentação e a incorporação de um instrumento de avaliação de risco e necessidade que auxilie o magistrado na definição da medida socioeducativa são medidas prementes que podem contribuir como ferramenta da gestão qualitativa das medidas socioeducativas e também colaborar com a gestão dos processos e das unidades judiciárias com competência infanto-juvenil.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Paula. Ficha de Evaluación de Riesgos Y Recursos de Desadaptación Social Adolescente - FER-R 3.0. Departamento de Psicología de la Universidade de Frontera, Chile, 2013. Disponível em: https://intranet2.ciudadelnino.cl/wp-content/uploads/2020/05/FER-R_2019.pdf. Acesso em: 14 mar. 2022.

ANDREWS, D.A.; *et al.* Does correctional treatment work? A clinically relevant and psychologically informed meta-analysis. *Criminology*, v. 28, p. 3 69-404, 1990.

ANDREWS, D. A.; BONTA, J. (1994) **The Psychology of criminal conduct**. Canadá: LexisNexis, 5. ed., 2010.

ANDREWS, D. A.; BONTA, J. Rehabilitating criminal justice policy and practice. *Psychology, Public Policy, and Law*, v. 16, n. 1, p. 39-55, 2010.

ANDREWS, D. A.; BONTA, J.; HOGE, R. D. Classification for effective rehabilitation: Rediscovering Psychology. *Criminal Justice and Behavior*, v. 17, n. 1, p. 19-52, 1990.

BAGLIVIO, M. T. et al. Risk assessment trajectories of youth during juvenile justice residential placement: Examining risk, promotive, and “buffer” scores. *Criminal Justice and Behavior*, v. 44, n. 3, p. 360-394, mar. 2017.

2 Expressão cunhada pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 143.988/ES. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753732203>. Acesso em: 13 out. 2021.

BAIRD, Chris *et al.* **A comparison of risk assessment instruments in juvenile justice.** US Department of Justice, 2013. Disponível em: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojdp/grants/244477.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2021.

BENBOURICHE, Massil; VANDERSTUKKEN, Olivier; GUAY, Jean-Pierre. Les principes d'une prévention de la récidive efficace: le modèle Risque-Besoins-Réceptivité. **Pratiques Psychologiques**, Canadá, v. 21, n. 3, set., p. 213-304, 2015.

BORUM, Randy; BARTEL, Patrick; FORTH, Adelle. **Structured assessment of violence risk in youth (SAVRY):** profissional manual. Flórida: PAR, 2006.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei n. 8.069/1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 28 jan. 2021.

BRASIL. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. **Lei n. 12.594/2012.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm. Acesso em 16 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Reentradas e reiterações infracionais:** um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Panorama-das-Reentradas-no-Sistema-Socioeducativo.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 367/2021,** de 19 de janeiro de 2021. Dispõe sobre diretrizes e normas gerais para a criação da Central de Vagas no Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo, no âmbito do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3679>. Acesso em: 28 ago. 2021.

CHESTA, Sergio. A. **Características psicométricas del inventario de riesgos y necesidades vinculados con factores criminogénicos (IRBC).** (Dissertação de Mestrado) – Faculdade de Educação e Humanidades. Universidad de la Frontera, Chile, 2009.

COUPER, Mick. P. New developments in survey data collection. **Annual Review of Sociology**, Michigan, v. 43, p. 121-145, jul. 2017.

CULLEN, Francis. T. The twelve people who saved rehabilitation: how the science of Criminology made a difference: the American society of criminology 2004 presidential address. **Criminology**. University of Cincinnati, v. 43, n. 1, p. 1-42, 2005.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildéara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado.** Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2020.

FARRINGTON, D. P. **Introduction to Integrated Developmental and Life-Course Theories of Offending.** In: Farrington, D. P. (2005). *Integrated Developmental & Life-Course Theories of Offending: Advances in Criminological Theory.* Transaction Publishers, New Brunswick, USA and London, Reino Unido, 2005.

FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Metodologia da pesquisa em Direito:** técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. Saraiva, edição do Kindle. 2019.

GARRIDO, V.; LÓPEZ, E.; SILVA, T. **Translation into Spanish of the Youth Level of Service/Case Management Inventory.** Valência: Tirant lo Blanch, 2004.

GRIEGER, L; HOSSER, D. Which risk factors are really predictive? An analysis of Andrews and Bonta's "central eight" risk factors for recidivism in German youth correctional facility inmates. **Criminal Justice and Behavior**, 41(5), 613-634, 2014. <https://doi.org/10.1177/0093854813511432>

HOGUE, Robert. D.; ANDREWS, Don. A. **YLS/CMI: Youth Level of Service/Case Management Inventory:** user's manual. Canadá e Estados Unidos da América: Mult-Health Systems Inc, 2005.

KOEHLER, A. J.; LÖSEL, F.; AKOENSI, T. D.; HUMPHREYS, D. K. A systematic review and meta-analysis on the effects of Young offender treatment programs in Europe. **J. Exp. Criminol**, v. 9, p. 19-43, 2013.

KOETZLE, D.; MELLOW, J.; PIÑOL, D.; PUGLIESE, K. **Guía práctica para la evaluación de riesgos y necesidades de los jóvenes em América Latina y el Caribe.** Washington, DC: American Institutes for Research & John Jay College of Criminal Justice, 2021.

LE BLANC, M. Un paradigme développemental pour la criminologie : développement et autorégulation de la conduite déviante. **Criminologie**, v. 43, n. 2, p. 401-428, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Malheiros, 2006.

LOWENKAMP, C. T.; LATESSA, E. J. Understanding the Risk Principle: How and Why Correctional Interventions Can Harm Low-Risk Offenders. **Topics in Community Corrections**, n. January, p. 3-9, 2004.

MARUSCHI, Maria Cristina. **Avaliação de adolescente em conflito com a lei a partir dos conceitos de risco e necessidade associados à persistência da conduta infracional.** 2010. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da USP, Ribeirão Preto, 2010.

MARUSCHI, Maria Cristina; BAZON, Marina Rezende. Justiça juvenil: a aplicação e a execução das medidas socioeducativas pelos parâmetros do modelo “Risco-Necessidade-Responsividade”. In: **Prêmio Inovare: 10 anos – a justiça do século XXI**, v. 1, 2014. Rio de Janeiro: Instituto Inovare, 2014.

MARUSCHI, Maria Cristina; ESTEVÃO, Ruth; BAZON, Marina Rezende. Aplicação de medidas socioeducativas em adolescentes: avaliação auxiliar às tomadas de decisão. **Psico**, Porto Alegre, v. 44, n. 3, p. 453-463, jul./set. 2013.

MARUSCHI, Maria Cristina; ESTEVÃO, Ruth; BAZON, Marina Rezende. Risco de persistência na conduta infracional em adolescentes: estudo exploratório. **Estudos de Psicologia**, Campinas, 29 (Supl.), p. 679-687, out.-dez. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/estpsi/a/YzqSt4nGs6BTNH8cvL-qGHkm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 ago. 2021.

MOFFITT, T. E. Adolescence-limited and life-course-persistent antisocial behavior: A developmental taxonomy. **The Termination of Criminal Careers**, v. 100, n. 4, p. 405-432, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985**. Disponível em: <https://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Regras-M%C3%ADnimas-das-NA%C3%A7%C3%B5es-Unidas-para-a-Administra%C3%A7%C3%A3o-daJusti%C3%A7a-da-Inf%C3%A2ncia-e-da-Juventude-Regra-de-Beijing.pdf>. Acesso em: 2 out. 2021.

PEREIRA JÚNIOR, Marcus Vinícius. Sistema socioeducativo brasileiro em tempos de pandemia de Covid-19: justiça 4.0 e a avaliação das políticas do judiciário. **Revista do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte**. Natal/RN, v. 1, n. 1, jun./dez. 2021.

PIMENTEL, Alberto *et al.* Estudo normativo da versão portuguesa do YLS/CMI: inventário de avaliação do risco de reinci-

dência e de gestão de caso para jovens. **Análise Psicológica**, v. 33, n. 1, p. 55-71, 2015.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: comentado artigo por artigo. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SHERMAN, L. W.; STRANG, H. Verdicts or Inventions? Interpreting Results from Randomized Controlled Experiments in Criminology. **American Behavioral Scientist**, v. 47, n. 5, p. 575-607, 2004.

VALLÈS-PORT, Leon; HILTERMAN, Ed. **SAVRY: manual per a la valoració estructurada de risc de violència en joves**. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 2006.

VIEIRA, Tracey A.; SKILLING, Tracey A.; PETERSON-BADALI, Michele. Matching court-ordered services with treatment needs: predicting treatment success with young offenders. **Criminal Justice and Behavior**, v. 36, n. 4, p. 385-401, abr. 2009.

VINCENT, Gina M. *et al.* Impact of risk/needs assessment on juvenile probation officers' decision making: importance of implementation. **Psychology, Public Policy and Law**. Washington, American Psychological Association, v. 18, n. 4, p. 549-576, 2012.

YOUTH JUSTICE BOARD, Asset. **An Assessment Framework for Young People Involved in the Youth Justice System**. Youth Justice Board, London, 2003.

WORMITH, J. S. The legacy of D. A. Andrews in the field of criminal justice: How theory and research can change policy and practice. **International Journal of Forensic Mental Health**, v. 10, n. 2, p. 78-82, 2011.

Rafael Souza Cardozo

Mestrando pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam/STJ) e Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).

Maria Cristina Maruschi

Doutoranda pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo, Mestrado em Psicologia pela Universidade de São Paulo (Ribeirão Preto), Psicóloga Judiciária (TJSP) e professora.

POR UM RECONHECIMENTO FACIAL ANTIDISCRIMINATÓRIO: O IMPERATIVO DE ASSEGURAR BANCOS DE ROSTOS DIVERSOS E COMBATER VIESES RACIAIS

DEFENDING AN UNDISCRIMINATING FACIAL RECOGNITION: THE IMPERATIVE OF ENSURING DIVERSE FACES DATABASES AND COMBATTING RACIAL BIASES

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega
João Vitor Sales Zaidan

RESUMO: O presente artigo objetiva relacionar a noção de direitos antidiscriminatórios aos possíveis obstáculos técnicos para a sua asseguuração concreta em sistemas de reconhecimento facial. Com base na igualdade de direito e da desigualdade material, observa-se que, na esfera do reconhecimento facial, muitos sistemas demonstram ter vieses raciais com menos precisão quando se trata de pessoas não brancas. Necessita-se, pois, que a legislação incorpore a esses os meandros técnicos dessas tecnologias para que se assegure um padrão mínimo ético. Nesse sentido, foi feita uma análise sobre as possibilidades de regulação da solução, em que se constatou laconismo nas propostas legislativas relacionadas ao tema em relação a vieses raciais e questões técnicas, o que pode implicar a falta de efetividade dos direitos fundamentais na esfera dos referidos sistemas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito antidiscriminatório. Reconhecimento facial. Padrão ético. Viés racial. Tecnologia.

ABSTRACT: This paper aims to relate the idea of undiscriminating rights to possible technical obstacles to its concrete assurance in facial recognition systems. From the notions of legal equality and material inequalities, one can observe that, in the facial recognition field, many systems seem to have racial biases, with less precision when it comes to non-white people. It is necessary, thus, that legislation incorporates these technologies' technical details in order to ensure a base ethical standard. Hence, an analysis of the possibilities of regulation of this solution was made, in which it was discovered that draft bills related to theme show a lack of themes such as racial biases and technical issues, which can imply in a lack of effectiveness of fundamental rights in the application of those systems.

KEYWORDS: Undiscriminating rights. Facial recognition. Ethical standard. Racial bias. Technology.

1. INTRODUÇÃO

Em dias hodiernos, é notável como avanços promovidos pelas novas tecnologias modificaram diversas sociedades, inclusive a brasileira, chegando-se ao conceito de sociedade da informação (INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION, 2014). Essas inovações, assim como os mais distintos fenômenos sociais que foram tendo lugar com o tempo, têm implicações importantes para o direito, na medida em que apresentam novos desafios para a efetividade de normas e princípios já existentes e criam espaços de atuação para que ordenamento jurídico evite a incidência de condutas que vão de encontro ao interesse coletivo. Essas questões geram discussões bastante aprofundadas e necessárias para que sejam geradas inovações legislativas e jurídicas eficientes e eficazes.

Uma das tecnologias que têm um grande potencial tanto de inovação quanto de violação de direitos fundamentais é o reconhecimento facial. Existem várias aplicações para a referida tecnologia, algumas delas já

vistas no Brasil (INSTITUTO IGARAPÉ, 2019), mas, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, ainda não se há uso em massa dessas soluções na esfera penal, a qual se configura, em especial, como campo de potenciais violações. Nesse sentido, pode-se observar que o país se encontra em um estágio em que ainda é possível discutir e formular regulamentos para essas tecnologias de modo a evitar que a sua utilização signifique o descumprimento de princípios constitucionais e de direitos fundamentais, notadamente a igualdade e a não discriminação, com consequências severas para a sociedade.

A literatura sobre o reconhecimento facial admite, por exemplo, a face violadora que essa tecnologia pode apresentar, inclusive contra o Estado de Direito como um todo (BARROS e SILVA, 2020). Alguns autores, como Possa (2022), defendem a proibição completa da solução supracitada, dadas as suas ameaças à sociedade em matéria de não consentimento, vigilância em massa, compartilhamento indesejado e privacidade de dados pessoais/biométricos. Essa posição é compartilhada por empresas, como a International Business Machines (IBM).

Apesar de um número significativo de pesquisas sobre essa temática – seguindo os temas mais populares nas áreas de direito digital e governança da internet – ter como foco a questão dos dados e da privacidade, este artigo busca evidenciar o debate sobre os direitos antidiscriminatórios e essas tecnologias. Nesse sentido, o objetivo do estudo é relacionar a noção de direitos fundamentais de igualdade e não discriminação aos possíveis obstáculos técnicos que podem existir para a asseguarção concreta dessas garantias em sistemas de reconhecimento facial.

Grande parte dos problemas relacionados a discriminação em sistemas do tipo são gerados por meio dos próprios sistemas, muitas vezes baseados em bancos de dados estrangeiros, em que os algoritmos acabam por gerar vieses, em especial, raciais (GROTHER, QUINN e PHILLIPS, 2011), apresentando um número de falsos positivos muito maior com pessoas negras, por exemplo. Dessa forma, torna-se evidente que o direito precisa incorporar a esses sistemas os meandros técnicos do reconhecimento facial, de modo a criar normas que fixem padrões mínimos éticos, por meio de detalhes do processo de criação desses sistemas, com o objetivo de assegurar direitos antidiscriminatórios.

Entender em detalhes o funcionamento de novas tecnologias é essencial para que as normas jurídicas tenham a eficácia desejada. Mais do que isso, fazê-lo é um dever para que direitos fundamentais já positivados também sejam garantidos de fato e não sejam violados em etapas de funcionamento. Caso contrário, tem-se uma lacuna no ordenamento jurídico, cujo significado prático é uma instituição informal em que as empresas do ramo podem agir como queiram, em detrimento da sociedade, especialmente de grupos marginalizados, constantemente alvo de vieses do reconhecimento facial.

Assim sendo, este artigo apresenta, inicialmente, uma seção sobre os direitos antidiscriminatórios, a questão ética e os direitos humanos no contexto da sociedade da informação, de modo a trabalhar os paradigmas teóricos sobre a igualdade e os marcos em relação à questão no âmbito digital. Outra seção, por sua vez, busca demonstrar como sistemas de reconhecimento facial podem representar violações aos direitos humanos por meio de vieses discriminatórios, sendo espaços em que normas devem incidir para que isso seja evitado. Por fim, são analisadas propostas legislativas sobre o tema ou que interagem com a problemática no Brasil, bem como modelos de outros países, de forma a entender quais são as perspectivas de regulação futura sobre a questão.

2. DIREITOS ANTIDISCRIMINATÓRIOS ANTE A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Estão assegurados pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), bem como por tratados internacionais, os direitos

fundamentais que constituem a dimensão mínima a ser garantida a todos os cidadãos brasileiros, inclusive a dignidade da pessoa humana, conforme art. 1º, III, do texto constitucional, e a igualdade (art. 5, *caput*). Na medida em que são abstratos, esses direitos positivados motivam diversas discussões – que envolvem pontos de vistas diversos – em casos concretos, gerando um acervo jurisprudencial que também é importante para entender como essas garantias podem ser materializadas.

Além disso, o surgimento de novos fenômenos sociais impõe mais um desafio à plena realização dos direitos fundamentais. Uma dessas novidades é, certamente, o reconhecimento facial, do qual já podem ser vistas ameaças (BARROS e SILVA, 2020) em países em que a implementação da tecnologia já está mais avançada, bem como em algoritmos que demonstram vieses raciais. No Brasil, conforme o Conselho Nacional de Justiça (2022), a solução ainda não encontra plena aplicação em esferas penais, o que significa que há uma oportunidade para discutir e legislar sobre o tema evitando que certos impactos negativos evitáveis atinjam a população amplamente.

Conforme Neves (2006), o fato de a sociedade moderna não mais apresentar a chamada “homogeneidade estratificada” pré-moderna torna a noção de igualdade mais complexa. Nesse sentido, o direito a igualdade só se concretiza de fato com o reconhecimento e a incorporação das diferenças sem privilégios, bem como com “o respeito recíproco e simétrico às diferenças” (NEVES, 2006, p. 167). A realidade social, porém, impõe uma desigualdade fática, o que implica, conforme Luhmann (2016), o conceito de igualdade depender da existência de um outro lado, que é a desigualdade.

Assim sendo, esse princípio só pode ser formulado ao incorporar a desigualdade como um de seus polos, de modo a entendê-lo como um convívio constante entre o igual e o desigual, com o objetivo de proporcionar a igualdade de direito a todos os membros da sociedade (NEVES, 2006). Para tanto, idealiza-se uma esfera pública pluralista, em que haja a neutralização das desigualdades fáticas, de maneira que as diferenças sejam respeitadas de forma recíproca entre os cidadãos. Assim, usando a concepção de Ronald Dworkin, a ideia consiste no direito a ser tratado “como um igual”, e não de mero tratamento igual. Essas questões evocam as discussões sobre as políticas públicas de afirmação afirmativa e de discriminação social negativa para concretizar a igualdade jurídica. Pode-se observar tais dimensões também na programação de algoritmos de reconhecimento facial.

Quando um programa destinado a reconhecer rostos usa um banco de dados majoritariamente constituído por faces de pessoas brancas, tacitamente se admite a existência de um “padrão de seres humanos”. Como lembra Galindo (2014), essa ideia é bastante perigosa, na medida em que qualquer ideia de “normalidade social” – que

busque estabelecer características aos pertencentes a esse *pool* – não passa de uma forma de discriminação, a qual tenta criar uma espécie de homogeneização da sociedade. É esse o desafio de regulamentos e de políticas públicas que procurem garantir a antidiscriminação: assegurar a igualdade jurídica àqueles entendidos como minorias, os que não têm hegemonia política e são ainda mais dependentes do ordenamento jurídico para verem os seus direitos se materializarem na realidade.

A legislação e as demais normas que se destinem a regular máquinas de reconhecimento facial — que atualmente inexistem nesse nível de especificidade — devem ser desenhadas de modo que a elas seja aplicado o princípio da igualdade. É interessante levar à discussão na sociedade civil e em âmbito legislativo, com ampla participação dos níveis do Estado e de grupos sociais, propostas para positivar uma garantia mínima que se aplique a serviços digitais, em especial aqueles que envolvam reconhecer pessoas, algo com sérias implicações. É necessário que os desenvolvedores e empresas por trás dessas soluções sejam provocados a reverem os seus bancos de dados e demais instâncias dos programas para que se garanta na prática a não existência de discriminação.

Segundo Almeida (2019), o racismo estrutural se dá quando a discriminação racial se manifesta em atitudes em que os autores não as reconhecem como racismo, sendo assim algo tão enraizado ao ponto de se tornar natural, o que torna o combate a tal fenômeno um complexo desafio. Desse modo, entende-se que é preciso determinar que os bancos de dados e de rostos desses programas tenham um mínimo estabelecido de diversidade. Dessa forma, busca-se não apenas a eficiência, mas também o que se chama de *ethics by design*, padrões éticos de desenvolvimento de sistemas (COMISSÃO EUROPEIA, 2021a).

Ainda, é importante ressaltar o que Neves (2014) entende sobre reconhecimento, inclusão e direitos humanos. Com base no proposto por Niklas Luhmann, o autor lembra que a inclusão se refere em especial às “situações em que as pessoas são dependentes das prestações dos sistemas sociais e têm acesso a elas” (NEVES, 2014, p. 4). O problema, porém, é quando as pessoas precisam da atuação do ordenamento na compensação de desigualdades materiais para que haja igualdade de direito, como visto, mas o direito furta-se dessa obrigação. Assim, pode-se constatar um grupo de pessoas subintegradas ou subincluídas que cumprem mais seus deveres com a coletividade do que tem os seus direitos efetivados. Em contrapartida, a parcela sobreintegrada ou sobreincluída tem seus direitos garantidos sem se vincular às responsabilidades jurídicas impostas. Dessa maneira, tem-se uma “fragilidade da esfera pública universalista e pluralista como espaço de heterolegitimação dos procedimentos do Estado constitucional” (NEVES, 2014, p. 7).

Com base nesse cenário, Neves (2014) lembra como os direitos humanos, apesar de terem um caráter universalizante, estão sujeitos ao chamado plano da dupla contingência, caracterizado pela interação entre *ego* e *alter*, estando aquele relacionado à esfera individual e este ao que se apresenta no convívio em sociedade. A negação do reconhecimento do outro ocorre por não suportar sua liberdade, não considerando seu comportamento uma ação, por ser diverso do projeto pelo *ego*. Apesar de poder haver inclusão sem reconhecimento, a generalização dessa negação torna-se um problema quando ultrapassa os limites da interação concreta e passa para o âmbito estrutural, relegando posições marginalizadas a certos grupos sociais de maneira generalizada.

Esse processo ocorre em diversas áreas da sociedade e pode ser levado com intensidade à seara do reconhecimento facial se as normas que regulam a tecnologia forem construídas com um grau muito grande de generalização e sem se debruçar sobre as minúcias técnicas relevantes. Aceitar algoritmos com vieses raciais, por exemplo, seria reafirmar que existem pessoas subincluídas na sociedade, no caso, na esfera do sistema e do banco de rostos utilizado, como ver-se-á mais à frente, o que não é compatível com um sistema democrático que preza pela igualdade jurídica de seus cidadãos. Assim sendo, não se pode deixar a negação do reconhecimento de certas parcelas da sociedade invadir também essa tecnologia.

Ademais, cumpre lembrar o que diz a Declaração de Princípios de Genebra da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação – CMSI (ITU, 2014). Essa reunião, que envolveu a presença de delegações de vários países em Genebra (Suíça), ocorreu no ano de 2003, em um momento em que a internet como se conhece e com o significado que tem hoje estava em processo de formação. O encontro foi bastante marcante, na medida em que se configurou como um marco histórico inicial em matéria de governança da internet. Nesse sentido, houve de fato de uma formulação principiológica que funcionou como carta de intenções de uma invenção da qual não se poderia saber com exatidão os efeitos, os quais são vistos com mais clareza atualmente, tendo em vista o uso em larga escala das tecnologias da informação e comunicação (TICs).

Na Declaração, tem-se uma seção de apenas quatro artigos que tratam das “dimensões éticas da Sociedade da Informação” (ITU, 2014, p. 33). Neles, há o estabelecimento de princípios éticos que devem ser tomados como base no desenvolvimento das atividades informacionais. Incluem-se, por exemplo, valores como a solidariedade, liberdade e igualdade (art. 56), bem como a promoção da justiça, dignidade e valor da pessoa humana (art. 57). Os direitos humanos/fundamentais são igualmente lembrados, bem como garantias, em específico, como a privacidade e a liberdade (art. 58). O art. 59 apresenta, ainda,

algumas medidas que devem ser adotadas de modo a evitar crimes de ódio, discriminação e afins por meio da rede, mas não determina algo especificamente voltado para a ação de empresas que atuam na área.

Novas menções à questão ética são feitas no Plano de Ação de Genebra (ITU: 2014), que estabelece metas e orientações para que os pontos estabelecidos na Declaração possam ser postos em prática. A Linha de Ação C10 trata das dimensões éticas da sociedade da informação e, apesar de mencionar a necessidade de aumentar a pesquisa e a consciência em relação à questão, apenas reforça que “todos os protagonistas da sociedade da informação” (p. 59) devem zelar por basicamente os mesmos princípios definidos nos arts. de 56 a 59 da Declaração, com ênfase no combate a crimes cibernéticos e às más práticas de usuários. É possível notar, pois, como a noção de empresas enquanto violadoras é algo distante da mente das delegações na CMSI.

É ainda mais restrito o espaço dedicado às questões éticas no Compromisso de Túnis, produto de outra Cúpula, que ocorreu em 2005 na capital da Tunísia. Há apenas uma menção, no art. 9º do texto (ITU, 2014, p. 69), quanto a continuar buscando “abordar as dimensões éticas da sociedade da informação”, assim como na Agenda de Túnis para a sociedade da informação, a qual faz referência à seção da Declaração de Genebra. Nesse sentido, apesar de ambos os documentos estabelecerem e referendarem princípios importantes, é fundamental situar resoluções internacionais e ordenamentos jurídicos nacionais de modo a estimular que o desenvolvimento de novas tecnologias atue diretamente ao encontro da asseguuração material da não discriminação.

Atualmente, existem iniciativas que buscam criar padrões mínimos que desenvolvedores devem seguir ao criar plataformas e sistemas que envolvam soluções como inteligência artificial e reconhecimento facial. Busca-se, assim, conscientizar empresas e atores do campo da tecnologia a não só não violarem direitos fundamentais, mas incluírem um padrão ético como base de seus sistemas. Protocolos como o da Comissão Europeia (2021a), por exemplo, partem dos mesmos princípios dos documentos apresentados, mas vão além, descrevendo mais o que deve ser feito. Aponta-se, ainda, para a importância de garantir transparência sobre os efeitos de algoritmos e mecanismos de *accountability* para assegurar o cumprimento das disposições.

Todavia, vale ressaltar que esse tipo de conjunto de regramentos ainda se encontra em grande medida restrito à esfera recomendatória, dependendo da adoção voluntária de empresas e desenvolvedores e/ou da pressão de organizações da sociedade civil para que encontrem algum vigor material. Desse modo, é importante que o direito se aproprie dessas exigências, coloque-as em discussão — inclusive com os seus principais destinatários — e faça com que, de recomendações, regras mais

detalhadas tornem-se normas jurídicas. É imperativo que isso ocorra para que se possa entender que direitos antidiscriminatórios estão assegurados de maneira concreta na legislação no que se refere a tecnologias de reconhecimento facial e sistemas afins.

No Brasil, há principalmente duas leis que têm como objeto central questões relativas a internet e a proteção de dados em sistemas digitais. A primeira delas é a Lei n. 12.965/2014, que ficou conhecida como Marco Civil da Internet. Além de contar com algumas disposições de caráter técnico-organizacional, é notável como, nessa norma, predomina uma hermenêutica contratual, com um certo foco em relações de consumidor. É verdade que se observam garantias de direitos, incluindo uma menção genérica a “direitos humanos” (art. 2º, II), além da liberdade de expressão (art. 2º, *caput*) e até mesmo a pluralidade e a diversidade (art. 2º, III). Todavia, é notável como os direitos fundamentais são encaixados em uma única categoria, e não detalhados de maneira mais extensiva, além de não haver repercussões desses princípios em outros dispositivos da lei.

A segunda norma é a Lei n. 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), tem como foco a proteção de dados de cidadãos, ante uma clara necessidade de se estabelecer limites nessa questão considerando ameaças à privacidade das pessoas por parte de grandes empresas de tecnologia. Essa legislação tem inspiração tanto no Marco Civil da Internet quanto no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, considerado marco normativo mundial nessa esfera.

Apesar de não se referir com aprofundamento a questões relacionadas a direitos antidiscriminatórios ou algoritmos relacionados ao reconhecimento facial, o art. 4º, inciso III, da LGPD exclui a sua vigência para o tratamento de dados para fins exclusivamente de segurança pública, do Estado, da defesa nacional ou de “atividades de investigação e repressão de infrações penais”. Isso cria uma lacuna de suma importância na legislação, a qual tem o potencial de abrir brechas para a violação de direitos fundamentais na esfera da segurança pública (SILVA e SILVA, 2019), área em que se podem observar violações generalizadas (SOUZA, 2015).

Nesse sentido, é importante sistematizar quais são as principais mudanças na legislação que podem ocorrer, assim como em que estágio estão as discussões sobre proteção de dados e limitação ao reconhecimento facial em diversas esferas, com ênfase no processo legislativo. Também é importante recorrer a modelos de regulação e/ou protocolo já existentes, de modo a compreender o que a legislação brasileira pode incorporar, bem como o que é particular do país de forma a exigir que uma disposição legal assegure certa regra em razão de uma especificidade, como é o caso da diversidade étnico-racial brasileira.

3. AS TECNOLOGIAS DE RECONHECIMENTO FACIAL E SUAS POTENCIAIS AMEAÇAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A tecnologia que permite uma máquina reconhecer rostos, sem dúvidas, representa o alto grau de desenvolvimento tecnológico atingido pelo mundo, em especial pelos países mais desenvolvidos. Diversas implicações sociais, porém, são geradas a partir dessas criações, como a desinformação nas redes sociais, que geram posteriores discussões em âmbito social, legislativo e judiciário no sentido de como não permitir que a tecnologia vá de encontro a direitos fundamentais estabelecidos.

Dessa forma, enquanto o ordenamento jurídico não formula entendimentos sobre a matéria, vigora o costume, cuja majoritária fonte são as grandes empresas do ramo de tecnologia da informação, conhecidas como *big techs*, mas também companhias menores que têm sistemas de reconhecimento facial, matéria tratada neste artigo. Dada a ausência ou insuficiência de regulação, esse costume muitas vezes age em substituição ou competição com preceitos fundamentais, utilizando a classificação proposta por Helmke e Levitsky (2004). É dizer, como, na prática, as instituições formais não se imperam de maneira forte o suficiente, uma vez que a vontade da indústria é o que realmente vigora.

Para melhor compreender como exatamente essas tecnologias podem representar ameaças aos direitos humanos, cumpre fazer uma análise de como elas e os algoritmos de reconhecimento facial funcionam. Trata-se de uma maneira de observar possíveis lacunas éticas na programação desses sistemas, assim como — e especialmente — de espaços técnicos que as normas jurídicas não atingem. Promover entendimento amplo do funcionamento técnico desses programas é uma maneira de melhor traçar formas de regulá-los, inclusive descobrindo o que necessita ser modificado para não ir de encontro à legislação.

De acordo com Ruback, Ávila e Cantero (2021), o reconhecimento facial consiste em uma tecnologia que tem como base o aprendizado de máquina, utilizando algoritmos programados para realizar identificações a partir da extração de padrões de grandes volumes de dados inseridos. A mecânica dos sistemas é analisar a geometria da face, com base nos chamados pontos nodais, de modo a criar uma espécie de assinatura facial, armazenada em bancos de dados. São analisadas, no processo, características, como idade, gênero e estado emocional. Esses dados, junto ao algoritmo e ao modo de funcionamento dos sistemas, são cruciais para determinar como eles trabalharão e quais serão seus resultados e impactos. Por mais que se defenda que essas máquinas são “neutras”, é notável que elas apresentam uma subjetividade em seus resultados, a depender de como foram

programadas, conforme Rosa, Pessoa e Lima. (2020), o que pode causar efeitos danosos em matéria de discriminação, principalmente étnico-racial.

Sistemas de aprendizado de máquina — como os de reconhecimento facial — funcionam por meio de algumas etapas (RUBACK; ÁVILA e CANTERO, 2021). Inicia-se com uma coleta de dados e com uma classificação, que é uma maneira de o sistema atribuir faces identificadas a uma classe ou a um rótulo. Assim, utilizam-se dados de teste para observar o nível de falhas que o algoritmo apresenta, tabulando-os no que se chama de matriz de confusão. Há resultados positivos e negativos, sendo eles verdadeiros ou falsos. Pode-se dizer que essa etapa oferece a possibilidade de estabelecer padrões mínimos objetivos para que um sistema de reconhecimento facial tenha a permissão de uso. É justamente um número muito grande de falsos positivos que representa uma afronta a direitos fundamentais (BARROS e SILVA, 2020).

Para além de falsos positivos e negativos, porém, é importante ressaltar outro fenômeno que apresenta sérias ameaças aos direitos antidiscriminatórios: o chamado viés, em especial o viés racial (BUOLAMWINI e GEBRU, 2018), presente em algoritmos de aprendizado de máquina e, por conseguinte, no reconhecimento facial. Em razão de o sistema fazer predições com base nos dados inseridos nele, é justamente essa base de dados que cria certas tendências nesses sistemas, as quais costumemente são em prejuízo de pessoas negras. Silva (2022) mostra, por exemplo, como os mais diversos programas, por não se atentarem à necessidade de garantir o respeito à diversidade, acabam por funcionar quase sem considerar a existência de pessoas não brancas, como é o caso de câmeras que alertam que pessoas amarelas estariam com os olhos fechados ou de carros autônomos melhor treinados para identificar pessoas de pele clara.

Um diagnóstico cuidadoso das etapas que envolvem a construção de algoritmos usados no reconhecimento facial (coleta, avaliação e processamento de dados) revela como esses vieses podem surgir. Inicialmente, a própria coleta de dados já pode ser bastante problemática, tendo em vista que comumente são utilizados bancos pré-existent (RUBACK; ÁVILA e CANTERO, 2021), inclusive muitas vezes feitos por grupos estrangeiros. Esse é um espaço claro para a atuação de regulações ou mesmo de um banco de rostos público e nacional que deva ser usado em sistemas feitos para o Brasil: é necessário que os rostos sejam representativos da composição étnica da população brasileira de modo a evitar desvios apriorísticos (SURESH e GUTTAG, 2019).

Tem-se, ainda, as etapas de pré-processamento — em que os dados são filtrados e partidos em dados de treinamento e de teste —, de criação do modelo — quando vários algoritmos são testados, o que determina como o sistema usa os dados — e, por fim, de avaliação do modelo e de pós-processamento. De acordo com Ruback,

Ávila e Cantero (2021), os dados de teste são dados não utilizados antes na construção do sistema, de modo a ser uma maneira mais confiável de observar como o sistema está se comportando. Outros utilizados são os dados de referência, cujos modelos existentes disponíveis, em grande parte oriundos de instituições e de grupos dos Estados Unidos da América, o que também demonstra afastar sistemas criados da realidade brasileira e de países do Sul global.

Com base nessas etapas, Suresh e Guttag (2019) identificaram seis vieses que podem estar presentes nas máquinas de reconhecimento facial. O primeiro deles é o histórico, que se manifesta antes mesmo da própria criação dos sistemas, para reafirmar discriminações presentes na sociedade. Tem-se, então, o de representação, que se refere ao problema de a amostra não ser representativa em relação à população a que o algoritmo se destina; o de avaliação, relacionado à etapa de teste e às discussões sobre como metrificar os resultados do sistema a contento; e o de interpretação humana, que tem como origem a relação das pessoas com a tecnologia, na fase de pós-processamento dos dados. Outros dois vieses apontados são o de agregação, que consiste em desconsiderar as diferenças entre grupos sociais distintos; além do de aprendizado, quando escolhas de modelagem amplificam disparidades nos dados.

Esses vieses podem ser usados como guias para uma discussão sobre essa problemática com vistas à produção de regulação sobre o reconhecimento facial. Pode-se entendê-los como problemas já conhecidos da referida tecnologia e que precisam de uma regulação clara que obrigue desenvolvedores a de fato tentarem evitá-los de modo objetivo. Uma lacuna, portanto, é o de permitir que violações continuem acontecendo, além de depender da iniciativa voluntária de empresas que desenvolvem essas tecnologias no respeito a padrões éticos mínimos, o que não parece razoável em um Estado de Direito.

Grother, Quinn e Phillips (2011), por exemplo, mostram como esses vieses podem estar associados ao local de desenvolvimento de algoritmos de reconhecimento facial. Rosa, Pessoa e Lima (2020) “reforça[m] o elemento de raça enquanto relacional e circunscrito” (p. 6), na medida em que mostram como cada país desenvolve sistemas que se adequam melhor aos fenótipos da etnia da maioria das suas respectivas populações. Na China, no Japão e na Coreia do Sul, as tecnologias reconheciam melhor amarelos, enquanto na Alemanha e nos Estados Unidos, os sistemas tinham melhores resultados com caucasianos.

Vale lembrar que a pesquisa do National Institute of Technology (GROTHER; QUINN e PHILLIPS, 2011) foi feita quase dez anos depois de um primeiro levantamento e, comparando ambos, pôde-se notar como a problemática em relação a pessoas não brancas não apenas continua existindo como se agravou. O número de falsos positivos

que envolve negros, asiáticos e centro-americanos, segundo a pesquisa, é especialmente alto, enquanto os falsos positivos em relação a brancos dos EUA ou da Europa não são tão numerosos. Também se constatou que esse desempenho está diretamente ligado ao banco de dados usado para treinar a máquina. Em uma população tão miscigenada e diversa como a brasileira, é essencial que os dados também incorporem essa diversidade.

É importante ressaltar potenciais violações a direitos, como o de imagem, conforme ressaltam Conceição, Viana e Rocha (2019). De acordo com os autores, é essencial considerar um conflito entre interesses públicos e privados no uso do reconhecimento, com a supremacia, de modo geral, dos públicos. No caso da utilização da tecnologia em matéria de segurança, pode-se observar que as pessoas estão sendo constantemente vigiadas, o que traz implicações em matéria de direito de imagem, bem como de privacidade, embora a atividade esteja sendo feita em nome do interesse público. Dessa forma, destaca-se que a ação do Estado também deve ser regulada, de modo a não haver excessos e violações de direitos dos cidadãos, que devem ser protegidos pela organização estatal.

Ainda, existem posições que entendem que os vieses presentes em sistemas de reconhecimento facial e questões relacionadas à privacidade e ao tratamento correto de dados impedem totalmente a utilização desses sistemas em razão dos riscos sistemáticos de violações de direitos humanos. Para Possa (2022), o uso desse tipo de tecnologia reforça o chamado Estado de Coisas Inconstitucional (STF, 2015), na medida em que tira das pessoas o poder sobre os dados que estão sendo coletados sobre si. A empresa International Business Machines (IBM) também já se manifestou taxativamente contra o emprego de criações desse tipo na área da segurança pública pelos riscos de discriminação, após desenvolver um estudo sobre a questão, mostrando a seriedade dessas preocupações (POSSA, 2022).

Apesar dessa posição da IBM, é importante considerar o que destaca Canto (2019), que grandes empresas do ramo da tecnologia lançam padrões éticos a serem seguidos por elas próprias, embora isso apenas constitua o que a autora chama de narrativa ética, ou seja, por mais que mostrem alguma preocupação – ainda que formal – com a definição de limites para suas inovações, não o aplicam na prática. A Microsoft, por exemplo, ainda que defenda a criação de princípios éticos para o uso do reconhecimento facial, “continua trabalhando junto ao setor militar em diversos países ao redor do globo” (CANTO, 2019, p. 13). Essa dinâmica mostra a necessidade de o direito incorporar essas questões e fazer valer de fato, nessa esfera, os direitos fundamentais já positivados.

Nesse sentido, é fato que é desejável que o reconhecimento facial seja discutido no Legislativo, incluindo as suas implicações em âmbito social e jurídico, de modo a formular entendimentos que sejam transformados em

regulações. Dessa forma, é importante entender que no Brasil já se regula de alguma maneira a criação tecnológica supracitada, assim como as perspectivas normativas para o futuro no país em relação ao tema. Também se deve explorar propostas e ideias colocadas por grupos ou outros países, bem como normas em vigor em outras nações, de modo a situar o estado da arte da problemática.

4. PERSPECTIVAS DE REGULAÇÃO DO RECONHECIMENTO FACIAL NO BRASIL

Ainda que não sejam muito usadas no Brasil (CNJ, 2022), já existem tecnologias de reconhecimento facial em diversas áreas. De acordo com o Instituto Igarapé (2019), há uso desse tipo de tecnologia em áreas, como educação, transporte, controle de fronteiras e segurança pública. Como lembram Barros e Silva (2020), algumas empresas usam câmeras em meios de transporte públicos para evitar fraudes com bilhetes, além das controversas utilizações para busca de suspeitos de crimes e foragidos da Justiça.

Segundo Nunes (2019), 90,5% das pessoas identificadas como suspeitas de delitos por um sistema de reconhecimento facial usado pelo governo da Bahia eram negras, o que mostra a urgência em formular regramentos e padrões éticos mínimos a serem seguidos.

Uma norma que mostra o perigo de regras muito abstratas e sem um nível mínimo de detalhamento é a Portaria n. 793, de 24 de outubro de 2019, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, que regulamenta o incentivo financeiro das ações do programa Eixo Enfrentamento à Criminalidade Violenta. Em seu art. 4º, § 1º, inciso III, alínea b, há previsão de “fomento à implantação de sistemas de videomonitoramento com soluções de reconhecimento facial, por *Optical Character Recognition* – OCR, uso de inteligência artificial ou outros” (BRASIL, 2019). Ainda que se possa utilizar soluções do tipo, a falta de um padrão abre bastante margem para abusos com a tecnologia e em uma área que já padece de uma situação grave em se tratando de violações.

Existem algumas iniciativas legislativas que buscam regular tecnologias que interagem com o reconhecimento facial, ainda que não haja nenhum projeto que tenha como objeto a tecnologia em específico. Diante das limitações impostas pelo art. 4º da LGPD, a Câmara dos Deputados criou um Grupo de Juristas (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019) destinado a redigir um “anteprojeto de legislação específica para o tratamento de dados pessoais no âmbito da segurança pública, investigações penais e repressão de infrações penais”. Note-se que a segurança de Estado e a defesa nacional não foram abrangidas pelo trabalho do grupo. No fim de 2020, após algumas renovações do período de trabalho do grupo, foi apresentado o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal (2020). Em

seus arts. de 42 a 44, ele trata de “tecnologias de monitoramento e tratamento de dados de elevado risco”, entre as quais figura o reconhecimento facial.

O anteprojeto apresenta alguns pontos importantes em matéria de assecuração de padrões éticos mínimos e de direitos fundamentais. O art. 42, por exemplo, estabelece que deve haver uma avaliação de risco prévia ao uso de tecnologias de monitoramento, a qual, de acordo com o § 1º, inciso VI, do artigo deve considerar “a possibilidade de tratamento discriminatório”. Outro aspecto de destaque é o art. 43, que veda a utilização do reconhecimento facial na segurança pública “diretamente acrescida de técnicas de identificação de pessoas indeterminadas em tempo real e de forma contínua quando não houver a conexão com a atividade de persecução penal individualizada e autorizada por lei e decisão judicial”. Caso mantido como está e aprovado, tem-se uma garantia sólida no âmbito da segurança pública, um tema que é palco de violações recorrentes.

É importante, contudo, sublinhar possíveis limitações que a atual redação do anteprojeto pode conter. Conforme ressaltam Lemos *et al.* (2021), o texto deixa dúvidas em relação ao sentido de persecução penal individualizada. Os autores apresentam como exemplo um sistema que, ainda que esteja buscando uma ou algumas pessoas contra quem há mandados de prisão, façam-no por meio de uma varredura contínua, com o uso de bancos de dados com milhões de rostos, ou mesmo com a análise de rostos de transeuntes de algum local. Suscita-se, então, questionamentos com relação ao que pode ser considerado individual. Também não é muito claro o que se considera como contínuo, o que novamente pode trazer insegurança jurídica na regulação dessas tecnologias (LEMOS *et al.*, 2021).

Há, ainda, o Projeto de Lei n. 21/2020, de autoria do Deputado Federal Eduardo Bismarck (PDT/CE), que tem o objetivo de estabelecer regulação para a inteligência artificial. Existem, nesse sentido, alguns pontos que interessam à seara do reconhecimento facial, como o estabelecimento da não discriminação como um princípio do desenvolvimento de sistemas do tipo (art. 5º, III) e da necessidade de mitigar vieses “contrários ao disposto na legislação vigente” (art. 5º, IV). É questionável, porém, o que o projeto prevê quanto à intervenção subsidiária do poder público, ao versar que “regras específicas deverão ser desenvolvidas para os usos de sistemas de inteligência artificial apenas quando absolutamente necessárias [...]”, o que pode ocasionar lacunas sensíveis.

Ainda assim, o PL aborda diversos pontos relevantes, tais como participação social, atuação setorial, gestão baseada em risco e monitoramento do impacto. Ressalta-se também quão relevante é disciplinar as atribuições tanto do poder público como um ator de monitoramento quanto com relação aos limites de uso de tecnologias do tipo em políticas públicas e na segurança pública. Tendo

em vista que o Estado tem uma grande capacidade de executar algumas aplicações em larga escala do reconhecimento facial, notadamente na esfera da segurança pública, é essencial que a administração pública seja limitada a não o fazer de maneira discriminatória e com uso de sistemas enviesados.

Outro ato normativo relevante para a discussão ora proposta é o PL n. 1.515/2022, de autoria do Deputado Federal Coronel Armando (PL/SC), que tem como objetivo preencher a lacuna da LGPD nas áreas de defesa nacional, segurança pública e investigação e repressão penais. Ele inclui a não discriminação no rol de princípios (art. 4º, IX) que devem ser seguidos pelas atividades de tratamento e compartilhamento de dados nos referidos campos, mas a autodeterminação informativa (SANTARÉM *et al.*, 2022), que consiste no direito de controle sobre seus dados, não se encontra presente no projeto. Ainda, é notável como as referências a tecnologias de monitoramento/reconhecimento facial foram suprimidas desse PL, de modo que simplesmente não há referência direta a essas tecnologias, além de haver não haver ênfase à necessidade de análise de impacto. Esses pontos assinalam o projeto como um retrocesso em matéria da proteção de direitos antidiscriminatórios.

De todo modo, vale reconhecer que as propostas legislativas expostas anteriormente não têm como foco exatamente a questão do reconhecimento facial, de modo que a análise buscou extrair de projetos de temas relacionados o que eles tratam que também pode ter repercussões em relação ao tipo de tecnologia que é o foco da pesquisa. Isso mostra como o reconhecimento facial pode não estar mobilizando tanto o debate público quanto outros temas correlatos, a exemplo da inteligência artificial e das lacunas da LGPD — ao menos no âmbito legislativo. Caso comprovada, essa diferença na intensidade das discussões sobre o tema no país pode abrir margem para que a legislação se mantenha lacônica e não incorpore regulações que são importantes para assegurar o combate a vieses raciais nessas inovações.

Também podem ser exploradas regulações e propostas de regramentos adotadas ou sugeridas em outros países, alguns com uso do reconhecimento facial mais avançado, a fim de buscar aprender com outras experiências, sempre respeitando as especificidades de cada realidade. Na União Europeia (UE), considerada pioneira nas discussões e regulação em matéria de privacidade de dados e questões digitais de modo geral, alguns princípios importantes foram formulados. Em um relatório (COMISSÃO EUROPEIA, 2021a) que formula bases para o desenvolvimento da inteligência artificial no bloco que segue o modelo de *ethics by design* — ou seja, que parte da perspectiva ética —, podem ser observadas duas dimensões importantes.

A primeira delas é a da autonomia, em que sistemas que usam a IA não podem restringir a liberdade das pes-

soas de seguirem suas vidas conforme suas expressões culturais diversas, as quais precisam ser consideradas no desenvolvimento dessas tecnologias. Quando isso não é feito e se considera que as pessoas são homogêneas, restringem-se as possibilidades de opções dessas tecnologias, além de abrir-se margem para vieses discriminatórios. A segunda é a dignidade, chamando a atenção para o fato de que os seres humanos não podem ser “instrumentalizados, objetificados ou desumanizados” (COMISSÃO EUROPEIA, 2021a, p. 6), de modo que esses sistemas precisam respeitar essa dimensão em todas as instâncias.

Outro ponto importante proposto pela UE é a questão do risco, também contemplada em propostas legislativas brasileiras. Conforme lembram Chen e Wang (2022), uma proposição da Comissão Europeia (2021b) estabelece uma abordagem baseada no risco, com classificações de inaceitável, alto e baixo ou médio risco, com base em como a tecnologia interage com a sociedade. Dessa forma, propõe-se que sejam banidos sistemas de identificação biométrica em tempo real, bem como aqueles de “crédito social” baseados em IA, além de se lembrar da necessidade de fortalecer restrições a aplicações de alto risco de inteligência artificial. O anteprojeto de lei formulado no Brasil com relação à segurança pública apresenta uma formulação semelhante, embora contenha exceções, como visto.

Um relatório do Serviço de Estudos do Parlamento Europeu (MADIEGA e MILDEBRATH, 2021) ressalta, ainda, a questão dos vieses e do potencial discriminatório de tecnologias de reconhecimento facial. Nele, os autores também lembram das questões anteriormente trabalhadas nesta pesquisa em relação a falsos positivos e negativos, assim como de dados de treino insuficientes como uma das causas de vieses algorítmicos, o que tem um impacto sensível na asseguarção de direitos fundamentais. Um ponto importante indicado é que a alta incidência de falsos positivos nos Estados Unidos, por exemplo, altera a noção de presunção de inocência ao impor a necessidade de provar que sistemas enviesados estão errados. Expõe-se, ainda, a preocupação de que a referida tecnologia pode intensificar injustiças contra grupos que já têm uma posição marginalizada.

Alguns casos concretos de empresas que foram punidas em razão de sistemas de reconhecimento facial, conforme Chen e Wang (2022), na China, nos Estados Unidos e na União Europeia, mostram que o tema central ainda é a privacidade. Nos três casos analisados pelos autores, empresas coletaram dados sem a autorização dos usuários e foram condenadas a fazer reparações, bem como tiveram de apagar os dados. A questão dos dados é com certeza a que mais mobiliza discussões em matéria de governança da internet e regulação dessa área, todavia, não se pode esquecer dos potenciais impactos negativos que podem ter algoritmos programados sem

a necessidade de levar em consideração a diversidade étnico-racial das sociedades.

Na América Latina, conforme análise de Silva, Franqueira e Hartmann (2021), a legislação concernente ao reconhecimento facial tem como foco, de maneira geral, questões ligadas ao consentimento em relação às pessoas que estão sendo gravadas, além de haver diferenciação nas regulações ligadas à segurança pública — como no Brasil. Notam-se também preocupações com uma questão recorrente na discussão sobre proteção de dados, que é o compartilhamento de informações pessoais/biométricas sem o devido consentimento, em especial em hipóteses ligadas à segurança pública, em que são suscitados debates em relação a direitos individuais e interesses coletivos.

Alguns pontos observados pelos autores, que defendem um reconhecimento facial essencialmente antidiscriminatório, são, por exemplo, a falta de um marco legal sobre o tema em vários países, abrindo margem para aplicações desreguladas da tecnologia, além da necessidade de mecanismos de *accountability*, também importantes para barrar e/ou desestimular usos arbitrários da tecnologia. Outra questão que é de competência da execução de políticas públicas é a escolha pela localização desses mecanismos de identificação, que muitas vezes também podem reproduzir intenções de discriminar (BOTELLO, 2016). Fussey e Murray (2019) também apontam para a necessidade de realizar treinamentos para melhor aplicação da referida inovação.

Ainda, Morales (2021) aponta para alguns tipos de discriminação que podem incidir sobre a LGPD, também podendo ser pensados no âmbito do reconhecimento facial. Há a discriminação por associação, que ocorre em razão da aproximação de pessoas a grupos que são alvos da prática em razão de critérios que promovem esse fenômeno, algo que pode ocorrer com a classificação em rótulos dos referidos sistemas. Há, ainda, a indireta, que, conforme trabalhado na seção sobre direitos antidiscriminatórios, acontece com a pressuposição de neutralidade, a qual não considera as necessidades materiais que existem para uma real promoção da igualdade de direito. Por fim, a autora aponta a discriminação inconsciente, na esteira do que Almeida (2019) define como racismo estrutural, um preconceito tão disseminado e naturalizado que deixa de ser assim reconhecido, e como Neves (2014) trabalha a questão da exclusão. Todos esses fenômenos sociais podem ser refletidos no desenvolvimento de sistemas de identificação facial se não houver um padrão mínimo a ser seguido nesse processo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pôde ser visto, inovações em matéria de tecnologia implicam também inovações sociais e jurídicas.

É necessário que a igualdade de direito se materialize no desenvolvimento de algoritmos de reconhecimento facial; caso contrário, essas inovações estimularão a discriminação. A fim de que isso não ocorra, as normas jurídicas precisam contar com um grau de especificidade necessário para que não deixe margem, por exemplo, para a existência de vieses raciais. O reconhecimento desses fenômenos por parte das normas jurídicas, pois, é vital para a concretização de direitos antidiscriminatórios nessa esfera.

A maneira que os *softwares* de reconhecimento facial **são desenvolvidos abre bastante margem para que** se reproduza padrões de discriminação, conforme também se mostrou ao longo do texto. De modo frequente, os chamados vieses são inseridos nos meios de funcionamento desses sistemas de forma que, por mais que não sejam intencionais, envolvem a desconsideração de necessidades importantes para que as tecnologias sejam verdadeiramente inclusivas.

Reconhecer o direito à igualdade significa, muitas vezes, não agir simplesmente de maneira neutra, mas corrigir desigualdades materiais para que todos possam ter seus direitos igualmente respeitados. Não usar bancos de dados que incluam rostos tão diversos como a população brasileira, por exemplo, em se tratando de um sistema a ser usado no Brasil, é sinal do que Neves (2014) chama de negação generalizada do reconhecimento, direcionada a pessoas já marginalizadas pela sociedade. Dessa forma, é imperativo que bancos de dados sejam diversos de modo a evitar os vieses.

É verdade que algumas empresas vêm se posicionando publicamente em relação à problemática e reconhecendo a questão. Todavia, conforme Canto (2019), não é possível confiar unicamente na atuação das empresas. Ainda que se formulem padrões como o *ethics by design* (COMISSÃO EUROPEIA, 2021a), não se pode apenas esperar que desenvolvedores o adotem voluntariamente. É necessário, por meio de um diálogo multissetorial, adotar um regulamento com força de lei para que não seja permitido o uso de sistemas de reconhecimento facial que não adotem padrões mínimos antidiscriminatórios.

A análise do estado da discussão legislativa sobre o reconhecimento facial no Brasil mostra que existe uma pequena inserção da temática em proposições legislativas recentes, notadamente de princípios antidiscriminatórios. Todavia, é necessário que haja não apenas uma norma dedicada ao reconhecimento facial, mas que aborde a questão dos vieses e que conte com uma definição de padrões técnicos mínimos com garantias éticas e antidiscriminatórias.

Assim sendo, cabe também à sociedade civil exercer o papel de pressionar legisladores para que esses elementos possam ser tema de legislações futuras. O conhecimento sobre essas questões é fundamental para que isso possa acontecer, de modo que o presente artigo se coloca como mais um ponto no debate teórico e jurídico que objetiva

assegurar um reconhecimento facial antidiscriminatório. É por meio deste que poderão ser vistas mudanças no ordenamento que impactem a sociedade e não permitam a reprodução de padrões de exclusão e discriminação com populações que já enfrentam tais problemáticas na sociedade brasileira e no mundo.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Jandaíra, 2019. 256 p.
- ANTEPROJETO DE LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PARA SEGURANÇA PÚBLICA E PERSECUÇÃO PENAL. **Comissão de Juristas instituída por Ato do Presidente da Câmara dos Deputados de 26 nov. 2019**. Presidente: Min. Néli Cordeiro. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/11/DADOS-Anteprojeto-comissao-protacao-dados-seguranca-persecucao-FINAL.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2023.
- BARROS, Isabela Maria Pereira Paes; SILVA, Isabela Inês Bernadino de Souza. Utilização do reconhecimento facial por empresas para identificação de suspeitos: segurança ou violação do Estado Democrático de Direito? **Revista Transgressões**, Natal, v. 8, n. 1, p. 57-76, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/19909>. Acesso em: 9 jun. 2023.
- BOTELLO, Nelson Arteaga. Regulación de la videovigilancia en Mexico: gestión de la ciudadanía y acceso a la ciudad. **Espiral**, Guadalajara, v. 23, n. 66, maio/ago. 2016. Disponível em: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-05652016000200193. Acesso em: 10 mar. 2023.
- BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 9 jun. 2023.
- BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 9 jun. 2023.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Portaria n. 793**, de 24 de outubro de 2019. Brasília: Imprensa Nacional, [2019]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-793-de-24-de-outubro-de-2019-223853575>. Acesso em: 2 mar. 2023.
- BUOLAMWINI, Joy; GEBRU, Timnit. Gender shades: intersectional accuracy disparities in commercial gender classification. **Proceedings of Machine Learning Research**, v. 81, p. 1-15, 2018. Disponível em: <http://proceedings.mlr.press/v81/buolamwini18a/buolamwini18a.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2023.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Ato do Presidente de 26 de nov. 2019**. Institui Comissão de Juristas destinada a elaborar o anteprojeto de legislação específica para o tratamento de dados pessoais no âmbito da segurança pública, investigações penais e repressão de infrações penais, conforme o disposto no artigo 4º, inciso III, alíneas “a” e “d” da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019.
- CANTO, Mariana. Made in surveillance: a regulação da importação e do uso de tecnologias de vigilância estrangeiras e a relativização dos direitos fundamentais e da soberania estatal. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL LAVITS, 6, 2019, Salvador. **Anais [...]**. Salvador: LAVITS, 2019. Disponível em: <http://lavits.org/wp-content/uploads/2019/12/Canto-2019-LAVITS.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2020.
- CHEN, Wenhao; WANG, Min. Regulating the use of facial recognition technology across borders: a comparative case analysis of the European Union, the United States, and China. **Telecommunications Policy**, vol. 47, n. 2, mar. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.telpol.2022.102482>. Acesso em: 11 fev. 2023.
- CONCEIÇÃO, V. S.; VIANA, C. C.; ROCHA, A, M. Reconhecimento Facial e a relativização do direito de imagem. **Revista Ingi**, Aracaju, v. 3, n. 3, p. 436-450, jul./set., 2019.
- COMISSÃO EUROPEIA. **Ethics by design and ethics of use approaches for artificial intelligence**. Bruxelas: European Commission, 2021a. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/docs/2021-2027/horizon/guidance/ethics-by-design-and-ethics-of-use-approaches-for-artificial-intelligence_he_en.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.
- COMISSÃO EUROPEIA. **Proposal for a regulation of the european parliament and of the council: laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts**. Bruxelas: European Commission, 2021b. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>. Acesso em: 9 jun. 2023.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. **Grupo de Trabalho Reconhecimento de Pessoas**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/12/relatorio-final-gt-sobre-o-reconhecimento-de-pessoas-conselho-nacional-de-jusica.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2023.
- FUSSEY, Pete; MURRAY, Daragh. **Independent Report on the London Metropolitan Police Service's Trial of Live Facial**

Recognition Technology. Essex: ESRC, Human Rights Center, University of Essex, 2019. Disponível em: <https://repository.essex.ac.uk/24946/1/London-Met-Police-Trial-of-Facial-Recognition-Tech-Report-2.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2023.

GALINDO, Antonella. O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância: igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (orgs.). **Direito à diversidade.** São Paulo: Atlas, 2014, p. 43-60.

GROTHER, Patrick J.; QUINN, George W.; PHILLIPS, P. Johathon. **Report on the Evaluation of 2D Still-Image Face Recognition Algorithms:** NIST Interagency Report 7709. [s.l]: NIST, 2011. Disponível em: https://tsapps.nist.gov/publication/get_pdf.cfm?pub_id=905968. Acesso em: 12 mar. 2023.

HELMKE, Gretchen; LEVITSKY, Steven. Informal Institutions and Comparative Politics: a research agenda. **Perspectives on Politics**, v. 2, n. 4, dez. 2004, p. 725-740. Disponível em: https://wcfa.harvard.edu/files/wcfa/files/883_informal-institutions.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

INSTITUTO IGARAPÉ. **Reconhecimento facial no Brasil**, 2019. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, 2019. Disponível em <https://igarape.org.br/infografico-reconhecimento-facialno-brasil>. Acesso em: 25 fev. 2023.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION (ITU). **Documentos da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação:** Genebra 2003 e Túnis 2005. Tradução Marcelo Amorim Guimarães. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2014. *E-book*.

LEMO, A.; FERNANDES, E.; MEDEIROS, J.; GUEDES, P.; SILVA, P. **Comentários ao Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para a Segurança Pública: Tecnologia de Reconhecimento Facial.** Rio de Janeiro: ITS Rio, 2021. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2021/04/UK-Comentarios_LGPD Penal.pdf. Acesso em: 4 mar. 2023.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MADIEGA, T.; MILDEBRATH, H. **Regulating facial recognition in the EU. In-Depth Analysis.** Bruxelas: Serviço de Estudos do Parlamento Europeu, 2021.

MORALES, L. X. Tutela antidiscriminatória na Lei Geral de Proteção de Dados: problemáticas e alternativas. **Internet & Sociedade**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 67-89, dez. 2021. Disponível em: <https://revista.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2022/03/Tutela-antidiscriminatoria-na-Lei-Geral-de-Protecao-de-Dados-problematicas-e-alternativas.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2023.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. Direitos Humanos: inclusão ou reconhecimento? In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (orgs.). **Direito à diversidade.** São Paulo: Atlas, 2014, p. 3-17.

NUNES, Pablo. Novas ferramentas, velhas práticas: reconhecimento facial e policiamento no Brasil. In: RAMOS, Silvia (coord.). **Retratos da violência:** cinco meses de monitoramento, análises e descobertas. Rio de Janeiro: Rede de Observatórios de Segurança, 2019. Disponível em: https://cesecseguranca.com.br/wp-content/uploads/2019/11/Rede-de-Observatorios_primeiro-relatorio_20_11_19.pdf. Acesso em: 9 jun. 2023.

POSSA, Alisson. O reconhecimento facial como instrumento de reforço do Estado de Coisas Inconstitucionais no Brasil. **IDP Law Review**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 131-146. abr. 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/article/view/5943/2553>. Acesso em: 9 jun. 2023.

ROSA, Alex da; PESSOA, Sara de Araújo; LIMA, Fernanda da Silva. Neutralidade tecnológica: reconhecimento facial e racismo. **Vírus**, São Paulo, v. 21, n. 2, dez. 2020. Disponível em: <http://www.nomads.usp.br/virus/virus21/?sec=4&item=9&lang=pt>. Acesso em: 2 mar. 2023.

RUBACK, Livia; ÁVILA, Sandra; CANTERO, Lúcia. Vieses no aprendizado de máquina e suas implicações sociais: um estudo de caso no reconhecimento facial. In: Workshop sobre as Implicações da Computação na Sociedade, 2, 2021. **Anais [...]**. Porto Alegre, XLI Congresso da Sociedade Brasileira de Computação, 2021, p. 90-101. Disponível em: <https://doi.org/10.5753/wics.2021.15967>. Acesso em: 9 jun. 2023.

SILVA, Lorena Abbas da; FRANQUEIRA, Bruna Diniz.; HARTMANN, Ivar. A. O que os olhos não veem, as câmeras monitoram: reconhecimento facial para segurança pública e regulação na América Latina. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 171-204, 2021. Disponível em: [10.11606/issn.2319-0558.v8i1p171-204](https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v8i1p171-204). Acesso em: 2 mar. 2023.

SILVA, R. L.; SILVA, F. S. R. da. Reconhecimento facial e segurança pública: os perigos do uso da tecnologia no sistema penal seletivo brasileiro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE: MÍDIAS E DIREITOS DA SOCIEDADE EM REDE, 5, 2019, Santa Maria. **Anais [...]**. Santa Maria: UFSM, 2019. Disponível em: <https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria/ppgd/congresso-de-direito-5a-edicao>. Acesso em: 1º mar. 2023.

SILVA, Tarcízio. Linha do tempo do racismo algorítmico. In: SILVA, Tarcízio. **Blog do Tarcízio Silva:** pesquisa métodos

digitais, ciência, tecnologia e sociedade, 2022. Disponível em: <https://tarciziosilva.com.br/blog/posts/racismo-algoritmico-linha-do-tempo>. Acesso em: 18 fev. 2023.

SILVA, Tarcízio. **Racismo algorítmico: inteligência artificial e discriminação nas redes digitais**. São Paulo: Edições Sesc, 2022.

SOUZA, M. **Dos espaços de controle de territórios dissidentes**. Rio de Janeiro: Consequência Editora, 2015.

SURESH, Harini; GUTTAG John Guttag. A Framework for Understanding Sources of Harm throughout the Machine Learn-

ing Life Cycle. *In: EAAMO: Equity and Access in Algorithms, Mechanisms, and Optimization*, 23, 2021, New Iorque. Anais [...]. EAAMO, Nova Iorque, p. 1-9, out. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1145/3465416.3483305>. Acesso em: 1º mar. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 347 MC/DF**. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 1º mar. 2023.

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora de Teoria Política e do Estado da Faculdade de Direito do Recife – UFPE e da Pós-Graduação. Coordenadora do Programa de Extensão “Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (ASIDH)”.

João Vitor Sales Zaidan

Graduando em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco. Pesquisador na área de Direitos Humanos e membro do Programa de Extensão “Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (ASIDH)”.

JURISPRUDÊNCIA: TEMAS RELEVANTES

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Autos: RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR - XXXXXXXX-XX.2022.2.00.0000

Requerente: CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA

Requerido: XXXXXXXXXXXXXXXX

EMENTA: RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. XXXX DE DIREITO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA XXXXXX. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS INDICIÁRIOS DE POSSÍVEL PRÁTICA DE INFRAÇÕES DISCIPLINARES. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NO CNJ. AFASTAMENTO CAUTELAR DO CARGO.

1. Fato 1: participação em entrevista na internet na qual x xxxxxx emite opiniões sobre processos em curso, tece críticas e faz juízos depreciativos sobre decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando que se tratava de “interpretação mirabolante”, “algo absolutamente absurdo, grotesco no mundo jurídico” e a sugerir impeachment. Instigação de animosidade entre os poderes da República. Manifestações da reclamada que, em princípio, não se encontram excepcionadas do dever legal e ético contido no art. 36, inciso III, da LOMAN, e art. 12, inciso II, do Código de Ética da Magistratura Nacional – Resolução CNJ n. 60/2008.
2. Fato 2: manifestações em redes sociais (retuite) que constituem, em tese, juízos depreciativos acerca de decisões proferidas por tribunais superiores. “Perseguidores-gerais da República”. Comparação de membros do Poder Judiciário a “perfeito modelo de canalha, bajulador dos superiores e arrogante com os subalternos”; “jagunçomor de um regime que perseguia implacavelmente os opositores, reduzindo-os ao silêncio, à fome e à morte”.
3. Fato 3: publicação em rede social que, em tese, pode configurar tentativa de auxílio a pessoa investigada pelo Supremo Tribunal Federal (atualmente, foragido com ordem de prisão em aberto) para que contornasse a decisão daquela Corte, que determinou o bloqueio de todos os canais vinculados ao investigado. Violação, em tese, de deveres funcionais inerentes à magistratura, notadamente o de “manter conduta irrepreensível na vida pública e particular” (art.35, inciso VIII, da LOMAN) e o de abster-se de proceder de forma “incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções” (art. 56, inciso II, LOMAN).
4. Fato 4: manifestação em publicação da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) em rede social. Irresignação quanto à forma de condução de processo no Supremo Tribunal Federal, já reconhecida como regular pelo Plenário daquela Corte (ADPF 572, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2020). Propósito, em tese, de externar juízo depreciativo sobre decisões proferidas por órgãos de cúpula do Poder Judiciário.
5. Fato 5: participação em congresso com conotação aparentemente política no dia 25.9.2021. Explícito propósito “político-cultural” do congresso em análise. Composição do corpo de expositores – quase todos políticos, candidatos ou pessoas estreitamente vinculadas a um grupo político específico. Violação, em tese, de deveres funcionais inerentes à magistratura. Vedação à participação em atividade político-partidária (art. 95, parágrafo único, inciso III, CF/1988; art. 7º do Código de Ética da Magistratura Nacional – Resolução CNJ n. 60/2008).
6. Fato 6: publicação em rede social sobre a legislação eleitoral em 3.9.2022. Manifestação vulgar em rede social que tinha mais de 300.000 seguidores. Violação, em tese, do dever de utilização de linguagem polida e respeitosa (art. 22, parágrafo único, do Código de Ética da Magistratura Nacional – Resolução CNJ n. 60/2008).
7. Fato 7: publicação em rede social no dia 4.9.2022 que, aparentemente, menospreza o cargo que ocupa. Conduta, em tese, incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções (LOMAN, arts. 35, inciso VIII, e 56, inciso II; Código de Ética da Magistratura Nacional, arts. 1º, 16 e 37).
8. Afastamento cautelar dx xxxxx (art. 29 da LOMAN e art. 15 da Resolução CNJ n. 135/2011): prática de atos incompatíveis com o exercício da jurisdição.
9. Reclamação disciplinar acolhida para determinar a instauração de processo administrativo disciplinar – PAD, com afastamento cautelar do cargo.

CONSELHEIRO MARCELLO TERTO E SILVA

Autos: Procedimento de Controle Administrativo nº 0005797-15.2022.2.00.0000

Requerente: André Augusto Duarte Monção

Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco (TJPE)

EMENTA: PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. OFICIAL DE JUSTIÇA DO TJPE. FILHO COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. RESOLUÇÃO Nº 343/2020. REGIME ESPECIAL DE TRABALHO MEDIANTE REDUÇÃO DO NÚMERO DE MANDADOS DISTRIBUÍDOS. COMPATIBILIDADE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. O cerne da controvérsia reside em saber se o meirinho faz jus ou não ao exercício da atividade em regime especial de teletrabalho (home office) ou redução de jornada de trabalho, na forma de redução do número de mandados distribuídos.
2. Interesse ou direito que, embora materializado no caso concreto, estende-se, conforme reconhecido pelo Conselheiro Mário Goulart Maia, no PCA nº 0005447-27.2022.2.00.0000, a outras hipóteses difusas, em razão da sua natureza indivisível e titularidade de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato individual e social (transindividualidade).
3. Nos termos do artigo 2º, III, da Resolução nº 343/2020, é possível definir horário especial ao servidor cujo filho é portador Transtorno do Espectro do Autismo (TEA).
4. Interpretação sistemática da política pública mediante a qual se oferece condições de efetivação do direito social ao desenvolvimento sadio, harmonioso e em condições dignas de existência da criança portadora de deficiência a quem se dirige toda a política afirmativa de inclusão social (Lei nº 8.069/1990, art. 7º).
5. O tratamento da criança portadora de TEA é obviamente permanente e a presença dos pais é fundamental, especialmente quando se conectam com os profissionais responsáveis, estabelecem diálogo positivo para entender melhor o que acontece com o filho e aprendem a lidar com sintomas da síndrome, dificuldades do tratamento e adaptações necessárias à rotina da família.
6. Cuidando-se de oficial de justiça que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência, necessidades especiais ou doença grave, a diminuição de horário de trabalho se traduz em redução do número de mandados distribuídos, de modo a que a carga de trabalho permita maior dedicação ao dependente. “Se faz jus à redução de quatro horas de trabalho, basta que tenha distribuída carga correspondente à metade do que recebem os seus colegas”(TRF4, Processo SEI nº 0004043-82.2017.4.04.8003).
7. Concessão de regime especial de trabalho ao requerente, mediante a redução da distribuição de mandados, mantida essa relação até que o tribunal realize avaliação de perícia técnica ou de equipe multidisciplinar que justifique o aumento proporcional da carga de trabalho para além do mínimo legal de 4 (quatro) horas diárias ou 20 (vinte) horas semanais, ou o restabelecimento do regime normal de trabalho, desde que, em qualquer hipótese, não se comprometam as condições dignas de existência da criança com necessidades especiais ou do seu núcleo familiar.
8. Procedência do pedido.

ACÓRDÃO

O Conselho, por unanimidade, julgou procedente o pedido, confirmando a liminar do Id 4914916, de modo que, independentemente de compensação e sem comprometimento da remuneração, seja concedido regime especial de trabalho ao requerente, mediante a redução da distribuição de mandados a ele distribuídos em proporção equivalente à metade do que recebem os demais oficiais de justiça, mantida essa relação até que o TJPE realize avaliação de perícia técnica ou de equipe multidisciplinar que justifique o aumento proporcional da carga de trabalho para além do mínimo legal de 4 (quatro) horas diárias ou 20 (vinte) horas semanais, ou o restabelecimento do regime normal de trabalho, desde que, em qualquer hipótese, não se comprometam as condições dignas de existência da criança com necessidades especiais ou do seu núcleo familiar, nos termos do voto do Relator. Presidiu o julgamento a Ministra Rosa Weber. Plenário Virtual, 24 de fevereiro de 2023. Votaram os Excelentíssimos Conselheiros Rosa Weber, Luis Felipe Salomão, Vieira de Mello Filho, Mauro Pereira Martins, Salise Sanchotene, Jane Granzoto, Richard Pae Kim, Marcio Luiz Freitas, Giovanni Olsson, Sidney Madruga, João Paulo Schoucair, Marcos Vinícius Jardim Rodrigues, Marcello Terto, Mário Goulart Maia e Luiz Fernando Bandeira de Mello.

RELATÓRIO

Trata-se de Procedimento de Controle Administrativo (PCA), com pedido de liminar, formulado por ANDRÉ AUGUSTO DUARTE MONÇÃO, em face do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

(TJPE), em que aponta suposta violação do art. 2º, inciso IV, da Resolução CNJ nº 343/2020 c/c art. 2º, inciso IV, da Resolução TJPE nº 442/2020.

O requerente alega que protocolou pedido administrativo perante a Presidência do TJPE, a fim de exercer as suas atividades funcionais de oficial de justiça em regime de teletrabalho ou com a redução da jornada de trabalho (jornada especial), uma vez que é pai de uma criança - atualmente com 3 (três) anos e (três) meses de idade - diagnosticada, em janeiro de 2021, com Transtorno de Espectro do Autismo (TEA).

Relata que, conforme atestado por laudo médico, a criança é submetida a terapias e na maior parte é acompanhada pelo requerente, atual servidor do TJPE.

Aduz que a sua jornada de trabalho é incompatível com o tratamento médico do filho, prejudicando a sua vida pessoal e profissional e a sua saúde física e mental.

Registra que o filho fora submetido a exame médico pericial e que a Junta Médica Oficial do TJPE emitiu laudo/parecer favorável à inclusão do requerente em regime de teletrabalho.

Pontua, ainda, que a assessoria jurídica do TJPE confirmou o entendimento da Junta Médica do Tribunal, opinando pelo deferimento da inclusão imediata em regime de teletrabalho, pelo prazo de 1 (um) ano.

Apesar disso, informa que o então Presidente do TJPE, em 12/07/2021, indeferiu o pedido, sustentando que os oficiais de justiça possuem sistemática diferente de trabalho, razão pela qual o teletrabalho seria incompatível com a atividade desempenhada por esses servidores.

Posteriormente, com a mudança da Presidência do TJPE, apresentou novo pleito administrativo mais uma vez indeferido, em razão da alegada coisa julgada administrativa.

Apresenta decisões administrativas proferidas por outros tribunais e pelo próprio TJPE em que o teletrabalho ou a redução de jornada teriam sido deferidos a servidores e oficiais de justiça.

Ao final, requerente pede, (a) em caráter LIMINAR, que seja concedido ao Requerente, imediatamente, o direito de poder exercer suas atividades em regime de TELETRABALHO (HOME OFFICE), com fulcro no art. 2º, inciso IV, da Resolução do CNJ nº 343/2020, c/c inciso IV do art. 2º da Resolução do TJPE nº 442/2020; (b) na hipótese de indeferimento do pedido supra, mas ainda em sede de liminar, que seja deferida a REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO, de acordo com o art. 2º, inciso III, da Resolução do CNJ nº 343/2020, c/c o art. 2º, inciso III, da Resolução do TJPE nº 442/2020, e o art. 174-A, caput, e § 1º, da Lei estadual nº 6.123/1968, em forma de redução do número de mandados distribuídos, correspondente à metade do que recebem seus colegas, assim como ocorreu no caso paradigma acima apresentado, envolvendo Oficial de Justiça do TRF da 4ª Região (Processo SEI nº 0004043- 82.2017.4.04.8003); e (c) no mérito, depois de cumpridas as formalidades legais do artigo 94 e ss. do RIC-NJ, que seja revisado o ato/decisão administrativa do TJPE ora descrito, a fim de reconhecer o direito do requerente de exercer suas atividades em regime de TELETRABALHO (HOME OFFICE), pelo prazo mínimo de 1 (um) ano, renovável, conforme parecer médico emitido pela Junta Médica Oficial do TJPE ou a REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO, na forma de redução do número de mandados distribuídos, correspondente à metade do que recebem os demais oficiais de justiça, sem redução da sua remuneração.

O TJPE foi devidamente intimado, no Id 4887746, para se manifestar sobre os fatos e pedidos apresentados na inicial destes autos, em especial no que diz respeito às alegadas contrariedades à Resolução CNJ nº 343/2020, que institui condições especiais de trabalho para servidores que sejam pais ou responsáveis por dependentes com deficiência, necessidades especiais ou doença grave.

Em resposta, no Id 4904070, o TJPE informa que o requerente apresentou quatro pedidos idênticos de adesão ao teletrabalho, sendo todos indeferidos.

Relata que o TJPE regulamentou o regime de teletrabalho pela Instrução Normativa nº 27 de 3/11/2017 e editou a Resolução n. 442 de 01/12/2020 (Dje. 04/12/2020) em relação às condições especiais de trabalho para magistrados, magistradas, servidores e servidoras com deficiência, necessidades especiais ou doença grave ou que sejam pais ou responsáveis por dependentes nessa mesma condição.

Alega que é necessário que se faça um estudo prévio de compatibilidade entre a atividade exercida pelo servidor e a necessidade de afastamento das atividades presenciais, sendo certo que, no caso, o exercício do cargo de oficial de justiça não prejudicaria o acompanhamento do menor nas atividades multidisciplinares, e, por essa razão, a Presidência do TJPE indeferiu o pleito de adesão de teletrabalho ou redução de carga horária (redução de distribuição de mandados) demandado pelo requerente.

Rechaça a alegação de tratamento discriminatório e nega que exista outros oficiais de justiça em regime de teletrabalho, no âmbito daquela Corte de Justiça, pois os casos relacionados pelo requerente diziam respeito a casos de trabalho remoto em contexto de pandemia da COVID-19, sendo que, atualmente, com o retorno integral das atividades do TJPE, “não existe Oficial de Justiça em Regime Diferenciado de Trabalho Remoto”.

Sugere que o requerente teria prestado informações inverídicas e que, por isso, estaria respondendo a processo administrativo disciplinar instaurado para averiguar as informações apresentadas nos procedimentos administrativos, nos autos do NPU 0000664-63.2022.2.00.0817 PJECOR.

Argumenta que “o cargo de Oficial de Justiça possui uma sistemática diferente de trabalho, ou seja, é necessário o comparecimento nos Núcleos de Distribuição de Mandados apenas 02 (duas) vezes por semana, em dias alternados, para recepção e devolução dos mandados que lhes forem distribuídos, conforme dispõe o art. 9º da Instrução Normativa nº 09/2006”.

Sustenta que o pedido de trabalho remoto, na modalidade integral e com redução na distribuição de mandados, não se justifica, em razão da compatibilidade de horário, visto que o acompanhamento do menor se dá no período da manhã e não haveria qualquer impedimento para o servidor exercer o cargo de oficial de justiça no período vespertino, pois não há qualquer atividade terapêutica nesse turno.

Observa que o oficial tem garantida a flexibilidade de horário, adaptando-o como lhe aprouver para o acompanhamento do filho nas terapias necessárias ao seu desenvolvimento, não se podendo comparar, por exemplo, a carga horária despendida no serviço público por um ocupante de cargo de Analista, que não detém essa flexibilidade, com a sistemática imposta para aqueles que ocupam cargo de Oficial de Justiça.

Por fim, pondera que a posição do TJPE não acarretaria qualquer prejuízo ou dela não decorreria qualquer inconstitucionalidade, tratando-se, apenas, do cumprimento do que foi recomendado por este CNJ, na Resolução nº 343/2020, ao que requer o indeferimento do pedido.

No Id 4904633, o requerente junta novos documentos e informa que não procede a notícia trazida pelo Tribunal requerido de que estaria respondendo a processo administrativo disciplinar, e sim a um pedido de providências, mas que “a Juíza Corregedora Auxiliar responsável pela análise do Pedido de Providências (PP), de forma categórica, opinara pelo ARQUIVAMENTO do procedimento, por entender que não ficou caracterizado nos autos qualquer desvio ou cometimento de infração disciplinar por parte do servidor, na contramão do que insinuou Assessoria Especial da Presidência do TJPE na petição supra referida (id 4904071)”.

No dito parecer da Corregedora-Auxiliar do TJPE, o requerente destaca que se consignou, como reconhecido pelo servidor em sua exposição defensiva, que “os dados utilizados contemplam somente mandados distribuídos perante o sistema PJe, ou seja, os mandados oriundos do sistema Judwin não foram considerados nas tabelas apresentadas, o que por si só revela a inconsistência do argumento utilizado para a obtenção da condição especial de trabalho pleiteada”, de modo que se recomendou “ao servidor André Augusto Duarte Monção que se abstenha de utilizar dados incompletos ou imprecisos com vistas ao atingimento de pleitos formulados perante a Administração Pública, sendo certo que incumbe à coordenação da CEMANDO, conforme inteligência do art. 56 da Instrução Normativa nº 09/2006, o controle sobre a produtividade de cada Oficial de Justiça e, por conseguinte, a supervisão dos dados referentes ao recebimento de mandados pelos integrantes daquela Central”.

O requerente apresenta, ainda, no Id 4906264, réplica às informações prestadas pelo requerido, ao argumento, em suma, de que (a) o requisito de estudo de compatibilidade entre a atividade exercida e o afastamento das atividades presenciais não consta da Resolução TJPE nº 442/2020 e da Resolução CNJ nº 343/2020; (b) quem deveria aferir, na prática, se a carga horária e rotina de trabalho do Oficial de Justiça prejudica ou não o acompanhamento do menor nas terapias de saúde seria a equipe psicossocial do próprio Tribunal, auxiliar da Junta Médica Oficial; (c) o comparecimento do oficial de justiça “duas vezes por semana, em dias alternados” na CEMANDO (art. 9º da IN do TJPE nº 09/2006) não significa que o servidor “somente trabalhe duas vezes por semana”; e (d) a informação de que existem colegas oficiais de justiça em regime integral de teletrabalho seria verídica, já que haveria pelo menos 02 oficiais de justiça sob esse regime, em especial o oficial de justiça André Antônio Martins Brasil.

Na movimentação de Id 4914916, deferi parcialmente o pedido liminar para **determinar a redução, pela metade, da distribuição de mandados ao requerente**, por aplicação sistemática do artigo 2º, inciso III, da Resolução CNJ nº 343/2020, c/c o artigo 2º, inciso III, da Resolução do TJPE nº 442/2020, e o artigo 174-A, caput e § 1º, da Lei estadual nº 6.123/1968, sem prejuízo de seus vencimentos, direitos e vantagens funcionais, **ficando o requerido autorizado a verificar a possibilidade de calibragem da carga de trabalho do requerente para além do equivalente ao mínimo de 4 horas permitido pela lei estadual**, mediante avaliação de perícia técnica ou de equipe multidisciplinar designada pelo tribunal, na forma do § 2º do artigo 4º da Resolução CNJ nº 343/2020.

Liminar ratificada, no Id 4968352, nos termos da seguinte ementa:

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. OFICIAL DE JUSTIÇA DO TJPE. FILHO COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. REGIME ESPECIAL DE TELETRABALHO OU REDUÇÃO DE JORNADA. RESOLUÇÃO Nº 343/2020. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS. LEI 12.764/2012. LEI 13.146/2015. TRANSINDIVIDUALIDADE. REDUÇÃO DE NÚMERO DE MANDADO DISTRIBUÍDO. POSSIBILIDADE. PRESENTES OS PRESSUPOSTOS PARA DEFERIMENTO DE TUTELA DE URGÊNCIA PELO RELATOR. CONCESSÃO DA LIMINAR EM DECISÃO MONOCRÁTICA. RATIFICAÇÃO DE LIMINAR PELO PLENÁRIO (RICNJ, ART. 25, XI)

1. O cerne da controvérsia reside em saber se o meirinho faz jus ou não ao exercício da atividade em regime especial de teletrabalho (home office) ou redução de jornada de trabalho, em forma de redução do número de mandados distribuídos.
2. Está-se diante de interesse ou direito que, embora materializado em caso concreto, estende-se, conforme reconhecido pelo Conselheiro Mário Goulart Maia, no PCA nº 0005447-27.2022.2.00.0000, a outras hipóteses difusas, em razão da sua natureza indivisível e titularidade de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato individual e social (transindividualidade).
3. Nos termos do artigo 2º, III, da Resolução nº 343/2020, permite-se, neste momento, reconhecer a possibilidade de, pelo menos, definir horário especial ao servidor cujo filho é portador Transtorno do Espectro do Autismo (TEA), uma vez que se antecipa a dificuldade de avançarmos na análise de compatibilidade do exercício do cargo de oficial de justiça com o teletrabalho.
4. Dessa maneira, permite-se interpretação sistemática da política pública mediante a qual se oferece condições de efetivação do direito social ao desenvolvimento sadio, harmonioso e em condições dignas de existência da criança portadora de deficiência a quem se dirige toda a política afirmativa de inclusão social (Lei nº 8.069/1990, art. 7º).
5. O perigo da demora também está caracterizado, porque o tratamento da criança portadora de TEA é obviamente permanente e a presença dos pais é fundamental, especialmente quando se conectam com os profissionais responsáveis, estabelecem diálogo positivo para entender melhor o que acontece com o filho e aprendem a lidar com sintomas da síndrome, dificuldades do tratamento e adaptações necessárias à rotina da família.
6. Pressupostos da cautelar atendidos. Pedido liminar concedido. Decisão Ratificada pelo Plenário do CNJ.

Por meio do Ofício nº 1851540 - ASSESSORIA ESPECIAL DA PRESIDÊNCIA (Id 4937033), o requerido apresentou informações complementares, em que repisou as alegações apresentadas quando da análise do pedido de liminar.

É o relatório. Decido.

VOTO

Considerando que o requerido não trouxe, nas suas informações complementares, fatos novos com o condão de modificar os fundamentos da decisão concessiva da liminar, mantenho-lhes as razões integralmente neste voto:

(...)

Evidencia-se, aqui, que o requerente é, além de ocupante do cargo efetivo de oficial de justiça do TJPE, pai de uma criança de pouco mais de 3 (três) anos de idade diagnosticada, em janeiro de 2021, com Transtorno de Espectro do Autismo (TEA).

Nesse contexto, o cerne da controvérsia reside em saber se o meirinho faz jus ou não ao exercício da atividade em regime especial de teletrabalho (home office) ou redução de jornada de trabalho, em forma de redução do número de mandados distribuídos.

Trata-se, pois, de exame de legalidade de ato de tribunal voltado a verificar os fundamentos e os limites da decisão, em cotejo com as normas balizadoras das condições especiais de trabalho para servidores pais ou responsáveis por dependentes portadores de deficiência, necessidades especiais ou doença grave, em conformidade, na sua dimensão primária, com a Resolução CNJ 343/2020, fundada na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, instrumento assinado no estado americano de Nova Iorque em 30 de março de 2007 e promulgado pelo Brasil em 25 de agosto de 2009, com status de norma constitucional, à luz do artigo 5º, § 3º, da CRFB, para incorporar (a) o respeito à dignidade inerente à autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência da pessoa; (b) a não discriminação; (c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; (d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; (e) a igualdade de oportunidades; (f) a acessibilidade; (g) a igualdade entre homem e mulher; e (h) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Esses atos normativos foram intercalados pela Lei nº 12.764/2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (TEA) e passou a considerar as pessoas portadoras de TEA como pessoas portadoras de deficiência, para todos os efeitos legais; e pela Lei nº 13.146/2015, que lhes assegurou a inclusão social e a cidadania através da promoção do exercício de direitos e das liberdades fundamentais em condições de igualdade com as demais

pessoas, impondo como dever do Estado, da sociedade e da família a garantia da efetivação dos seus direitos ao bem-estar pessoal, social e econômico, na forma da CRFB, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e outras normas relativas ao tema (art. 8º).

Assim materializados esses princípios por ato normativo deste CNJ, está-se diante de interesse ou direito que, embora materializado em caso concreto, estende-se, conforme reconhecido pelo Conselheiro Mário Goulart Maia, no PCA nº 0005447-27.2022.2.00.0000, a outras hipóteses difusas, em razão da sua natureza indivisível e titularidade de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato individual e social (transindividualidade) [1].

Por isso, nos termos do artigo 2º, III, da Resolução nº 343/2020, permite-se, neste momento, reconhecer a possibilidade de, pelo menos, definir horário especial ao servidor cujo filho é portador Transtorno do Espectro do Autismo (TEA), uma vez que **se antecipa a dificuldade de avançarmos na análise de compatibilidade do exercício do cargo de oficial de justiça com o teletrabalho, como bem pontuado pelo tribunal pernambucano.**

Com efeito, na linha do citado entendimento do Conselho de Administração do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, lançado no acórdão proferido no Processo SEI nº 0004043-82.2017.4.04.8003, necessitando o dependente de cuidados especiais, **a diminuição da jornada do oficial de justiça se traduz naturalmente na redução do número de mandados distribuídos, de modo que a sua carga de trabalho permita maior dedicação ao dependente** [2].

Se há, v.g., redução de quatro horas de trabalho, **a carga de trabalho correspondente equivalerá à metade do que recebem normalmente os colegas do requerente, considerando as especificidades das atribuições do cargo de oficial de justiça.**

Dessa maneira, permite-se **interpretação sistemática da política pública mediante a qual se oferece condições de efetivação do direito social ao desenvolvimento sadio, harmonioso e em condições dignas de existência da criança portadora de deficiência a quem se dirige toda a política afirmativa de inclusão social** (Lei nº 8.069/1990, art. 7º).

No aspecto da juridicidade, esse **entendimento é perfeitamente adequado à interpretação do Regime Jurídico dos Servidores do Estado de Pernambuco**, visto que o artigo 174-A da Lei estadual nº 6.123/1968 disciplina o seguinte:

Art. 174-A. Ao servidor público estadual que tenha filho com deficiência ou detenha a tutela, curatela ou guarda judicial de pessoa com deficiência, será concedido horário especial de trabalho, independentemente de compensação, sem prejuízo de seus vencimentos, direitos e vantagens, desde que comprovada a necessidade pelo Serviço de Perícias Médicas e Segurança do Trabalho do Estado. (Acrescido pelo art. 1º da Lei Complementar nº 371, de 26 de setembro de 2017.) (Regulamentado pelo Decreto nº 45.185, de 26 de outubro de 2017.)

§ 1º O horário especial poderá ser concedido sob a forma de jornada reduzida em dias consecutivos ou intercalados, ou ausência ao trabalho em dia específico por semana, conforme necessidade ou programa de atendimento da pessoa com deficiência, desde que seja cumprida a jornada de trabalho mínima de 4 (quatro) horas diárias ou 20 (vinte) horas semanais. (Acrescido pelo art. 1º da Lei Complementar nº 371, de 26 de setembro de 2017.)

§ 2º A jornada reduzida ou a ausência, nos termos do § 1º, será considerada como efetivo exercício para todos os fins e efeitos legais. (Acrescido pelo art. 1º da Lei Complementar nº 371, de 26 de setembro de 2017.)

§ 3º O servidor ocupante de dois cargos ou empregos públicos constitucionalmente acumuláveis, somente poderá requerer a concessão de horário especial de um dos dois vínculos. (Acrescido pelo art. 1º da Lei Complementar nº 371, de 26 de setembro de 2017.)

§ 4º O estágio probatório não impede a fruição do direito previsto no caput. (Acrescido pelo art. 1º da Lei Complementar nº 371, de 26 de setembro de 2017.)

O perigo da demora também está caracterizado, porque o tratamento da criança portadora de TEA é obviamente permanente e **a presença dos pais é fundamental, especialmente quando se conectam com os profissionais responsáveis, estabelecem diálogo positivo para entender melhor o que acontece com o filho e aprendem a lidar com sintomas da síndrome, dificuldades do tratamento e adaptações necessárias à rotina da família.**

A falta de acompanhamento adequado e a sobrecarga de trabalho dos pais, portanto, pode causar prejuízos ao desenvolvimento do pequeno infante e desequilibrar emocionalmente todo o núcleo familiar.

Lado outro, não há qualquer perigo de prejuízo ao TJPE, uma vez que a redução da distribuição de mandados de forma proporcional ou equivalente à metade da carga horária, no caso de julgamento de mérito desfavorável ao requerente, poderá ser compensada oportunamente.

Pelo exposto, DEFIRO O PEDIDO LIMINAR FORMULADO, para determinar a redução pela metade da distribuição de mandados ao requerente, por aplicação sistemática do artigo 2º, inciso III, da Resolução CNJ nº 343/2020, c/c o artigo 2º, inciso III, da Resolução do TJPE nº 442/2020, e o artigo 174-A, caput e § 1º, da Lei estadual nº 6.123/1968, sem prejuízo de seus vencimentos, direitos e vantagens funcionais.

O requerido fica autorizado a verificar a possibilidade de calibragem da carga de trabalho do requerente para além do equivalente ao mínimo de 4 horas permitido pela lei estadual, mediante avaliação de perícia técnica ou de equipe multidisciplinar designada pelo tribunal, na forma do § 2º do artigo 4º da Resolução CNJ nº 343/2020.

Em tempo e com urgência, intime-se o Presidente do TJPE para ciência e cumprimento desta decisão e, no prazo regimental, preste informações adicionais ou apresente defesa acerca do alegado pelo requerente.

Determino a notificação do TRF4, para informar sobre os parâmetros adotados e o impacto da diminuição do número de mandados distribuídos aos oficiais de justiça para maior dedicação aos dependentes portadores de TEA, conforme o noticiado sobre o acórdão proferido no Processo SEI nº 0004043- 82.2017.4.04.8003.

Nos termos do artigo 25, XI, do Regimento Interno do CNJ, inclua-se o presente feito em pauta, na primeira oportunidade, para submissão desta decisão ao referendo do Plenário.

À Secretaria Processual do CNJ para as providências que lhe competem.

Ciência às partes.

Ao fim, nova conclusão.

Brasília/DF, data registrada no sistema.

Como se percebe, o tratamento da criança portadora de TEA demanda a presença permanente dos pais, para que se conectem com os profissionais responsáveis pelo tratamento, estabeleçam diálogo positivo para entender melhor o que acontece com o filho e aprendam a lidar com sintomas da síndrome, dificuldades do tratamento e adaptações necessárias à rotina da família.

A defesa do TJPE se sustenta basicamente em que a concessão do regime especial de trabalho ao servidor dependeria de estudo prévio de compatibilidade entre a atividade do oficial de justiça e o afastamento das atividades presenciais.

Nada obstante, essa posição é superada pelo fato de que a diminuição de horário de trabalho do oficial de justiça se traduz na redução do número de mandados distribuídos, de modo a que a carga de trabalho permita maior dedicação ao dependente, em cumprimento da Resolução nº 343/2020.

Então, se é incumbência do TJPE avaliar medidas de ajuste para a calibragem da carga de trabalho, a sua omissão em relação a essa medida não deve dar sustentação à simples negativa do pedido do servidor em razão das atribuições especiais do seu cargo.

A maneira de levar a efeito a política de assistência aos dependentes com deficiência, necessidades especiais ou doença grave é, portanto, considerar o Laudo da Junta Médica Oficial, que, embora tenha recomendado indevidamente um regime de teletrabalho, naturalmente incompatível com as atividades ou atribuições do cargo de oficial de justiça, deve ser aproveitado para estabelecer as condições especiais de trabalho, no caso, mediante a redução proporcional do número de mandados distribuídos ao oficial de justiça.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido, confirmando a liminar do Id 4914916, de modo que, independentemente de compensação e sem comprometimento da remuneração, seja concedido regime especial de trabalho ao requerente, mediante a redução da distribuição de mandados a ele distribuídos em proporção equivalente à metade do que recebem os demais oficiais de justiça, mantida essa relação até que o TJPE realize avaliação de perícia técnica ou de equipe multidisciplinar que justifique o aumento proporcional da carga de trabalho para além do mínimo legal de 4 (quatro) horas diárias ou 20 (vinte) horas semanais, ou o restabelecimento do regime normal de trabalho, desde que, em qualquer hipótese, não se comprometam as condições dignas de existência da criança com necessidades especiais ou do seu núcleo familiar.

Conselheiro Marcello Terto
Relator

[1] PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO. CONDIÇÃO ESPECIAL DE TRABALHO. MAGISTRADO COM FILHO MENOR. RESOLUÇÃO 343/2020. RESOLUÇÃO TJMA 91/2020. PRESSUPOSTOS. DIREITOS FUNDAMENTAIS. INTERESSE PÚBLICO. PRINCÍPIOS DA UNIDADE FAMILIAR E DA PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

[2] HORÁRIO ESPECIAL. ARTIGO 98 DA LEI 8.112, DE 1990. LEI 13.370, DE 2016. RESOLUÇÃO CNJ Nº 453/2017. CASO EM QUE A DOENÇA DO FILHO EXIGE MAIOR DEDICAÇÃO DO SERVIDOR, OFICIAL DE JUSTIÇA. Nos termos do artigo 98 da Lei 8.112, de 1990, com as alterações constantes da Lei nº 13.370, de 2016, deve ser deferido horário especial ao servidor que tenha deficiência comprovada por laudo realizado por junta médica oficial ou ao servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência. Caso em que o dependente do servidor é portador de deficiência grave com necessidade de cuidados especiais. A diminuição de horário de trabalho se traduz, para o oficial de justiça, em redução do número de mandados distribuídos, de modo a que a carga de trabalho permita maior dedicação ao dependente. Se faz jus à redução de quatro horas de trabalho, basta que tenha distribuída carga correspondente à metade do que recebem seus colegas. Conforme a regulamentação realizada no CNJ, a avaliação médica deve ser anual. ACÓRDÃO. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Conselho de Administração do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, dar parcial, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Porto Alegre/RS, 24 de abril de 2018. Des. Maria de Fátima Freitas Labarrère.

CONSELHEIRO LUIZ FERNANDO BANDEIRA DE MELLO FILHO

Autos: PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO – 0009201-11.2021.2.00.0000

Requerente: ANDRE WILLIAMS FORMIGA DA SILVA

Requerido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ – TJPA

VOTO-VISTA CONVERGENTE

Cuidam os autos de Procedimento de Controle Administrativo instaurado a requerimento de André Williams Formiga da Silva, oficial registrador do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Parauapebas-PA (CNS 06.681-1), em que postula o controle de aparente ilegalidade cometida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA) na edição da Portaria nº 2.110, de 16 de dezembro de 2021, expedida pela Desembargadora Presidente da Corte paraense.

O ato administrativo impugnado designou Antônio Carlos Apolinário de Souza Cardoso, titular do cartório do Ofício Único da comarca de Curionópolis-PA (CNS 06.708-2), para responder, interinamente, pelo serviço do cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos Cíveis das Pessoas Jurídicas do Município de Canaã dos Carajás-PA (CNS 06.782-7).

Em 2 de maio de 2022, o Conselheiro Sidney Madruga, relator sorteado, proferiu decisão monocrática julgando procedentes os pedidos formulados. Declarou-se a nulidade da portaria que nomeou Antônio Carlos Apolinário como serventuário interino do 2º Ofício de Canaã dos Carajás, com determinação de designação de André Williams Formiga da Silva para o exercício do encargo.

A decisão foi desafiada por recurso administrativo interposto tempestivamente por Antônio Carlos Apolinário de Souza Cardoso.

Adoto, no mais, o relatório lançado pelo eminente Relator do feito.

Após detida análise dos autos, convenci-me do acerto do voto apresentado pelo Conselheiro Relator, que nega provimento ao recurso administrativo interposto por Antônio Carlos Apolinário para manter a decisão monocrática de procedência dos pedidos formulados na petição inicial.

O poder de fiscalização dos atos e dos serviços notariais e registrais é conferido a este Conselho por força do art. 103-B § 4º, I e III da Constituição da República e, em caráter complementar, pelos arts. 37 e 38 da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994.

Na repartição de competências estabelecida no Regimento Interno deste Conselho Nacional, ato normativo primário cujo fundamento de validade emana diretamente do texto constitucional 1, conferiu-se à Corregedoria Nacional de Justiça atribuição de expedir, dentre outros atos normativos e regulamentos, provimentos destinados “ao aperfeiçoamento das atividades (...) dos serviços notariais e de registros” (RICNJ, art 8º, X).

É este, em resumo, o arcabouço normativo que sustentou a edição do Provimento nº 77, de 7 de novembro de 2018, da Corregedoria Nacional de Justiça. O regulamento tem por Objetivo disciplinar a designação de responsável, em caráter interino, pelo expediente de serventias extrajudiciais vagas, exatamente o caso dos autos.

Por sua vez, o parágrafo segundo do art. 39 da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994 (Lei dos Cartórios), que regulamenta o art. 236 da Constituição da República, estabelece regra única de sucessão em casos de extinção da delegação e de declaração da vacância do serviço: recai sobre o respondente substituo mais antigo o dever de manter a prestação do serviço.

Ocorre que a prática demonstrou, ao longo de mais de três décadas de vigência de nossa atual ordem constitucional e da Lei dos Cartórios, que a regra de substituição do titular pelo oficial substituto mais antigo é insuficiente para dar conta de múltiplas externalidades incidentes sobre o exercício interino da atividade notarial e registral.

É de difícil efetivação o comando constitucional que impede a vacância por mais de seis meses e impõe a abertura de reiterados concursos públicos de provas e títulos para a outorga de delegações sem titular. Tais certames, regulados pela Resolução n. 81, de 9 de junho de 2009, do CNJ, são sobremaneira complexos, frequentemente desafiados por recursos e medidas de controle judicial ou mesmo perante este Conselho Nacional, o que constantemente inviabiliza sua conclusão no prazo “impreterível” de doze meses fixado pelo parágrafo primeiro do art. 2º do ato normativo mencionado.

Essa complexidade envolve não apenas o grau de dificuldade e o número de etapas do processo seletivo. A natureza *sui generis* da seleção, que se destina à delegação de serviço e não ao provimento de cargo, sobreleva a importância da classificação final, de que depende a rentabilidade do serviço – como a atividade é exercida em caráter privado e remunerada por emolumentos, não há incidência do limite remuneratório previsto no art. 37, XI, da Constituição da República. É essa parte da razão pela qual se identifica um incremento considerável na litigiosidade patrocinada tanto por candidatos quanto por outros interessados em manter a situação de fato que lhes beneficia; disso, resultam frequentes ajustes no cronograma previsto para a conclusão da seleção, emperrando seu desfecho.

Como resultado dos fatores que arrolei acima, a situação excepcional da interinidade acaba se prolongando por muito mais tempo que o esperado pelo constituinte e pelo administrador judiciário – há lugares em que a prestação de serviços notariais e registrais por não titulares é a regra. E, ao prolongar-se no tempo, naturalmente gera retorno financeiro que permeia a disputa entre delegatários por tais interinidades. Trata-se de uma disputa legítima e compreensível, para a qual o CNJ vem buscando dar respostas satisfatórias.

A regra prevista no art. 20, § 2º, da lei de Cartórios, portanto, não é suficiente para solucionar a questão da interinidade do expediente de serviços notariais e registrais vagos. E é este o âmbito de incidência do art. 5º do Provimento nº 77, de 2018, da Corregedoria Nacional de Justiça, que regula a presente demanda.

Na hipótese da inexistência de substituto mais antigo apto a responder pelo serviço – e, se tornada definitiva a referida decisão do Supremo Tribunal Federal, decorridos seis meses ininterruptos desde o início da substituição –, impõe-se pelo Provimento nº 77, de 2018, a designação de “delegatário em exercício no mesmo município ou no município contíguo que detenha uma das atribuições do serviço vago”. Não havendo delegatário nesta condição, a designação recairá sobre “substituto de outra serventia bacharel em direito com no mínimo 10 (dez) anos de exercício em serviço notarial ou registral”.

Nota-se logo que os critérios sucessivos eleitos pelo fiscalizador do serviço para a indicação de respondente atendem a determinada ordem: a designação deve cair entre outros delegatários titulares; na ausência destes, entre substitutos com formação em direito e com período mínimo de exercício na atividade notarial e registral.

Dentre a classe apontada como preferencial para a ocupação da substituição, demanda-se a satisfação concomitante de duas condições necessárias. A primeira delas é de ordem geográfica: o postulante deve estar em exercício no mesmo município ou em município contíguo. A segunda exigência é de ordem material: é suficiente que o indicado exerça uma das atribuições do serviço vago.

A partir dessas premissas é que devemos ler a causa de pedir remota neste procedimento de controle. É possível que o tribunal, responsável imediato pela supervisão da atividade notarial e registral, eleja um critério de desempate não previsto pela regulamentação nacional de regência para, diante de dois interessados que atendem às condições necessárias para a designação, escolher qual responderá interinamente pelo serviço?

A resposta a esta pergunta **pode ser** positiva.

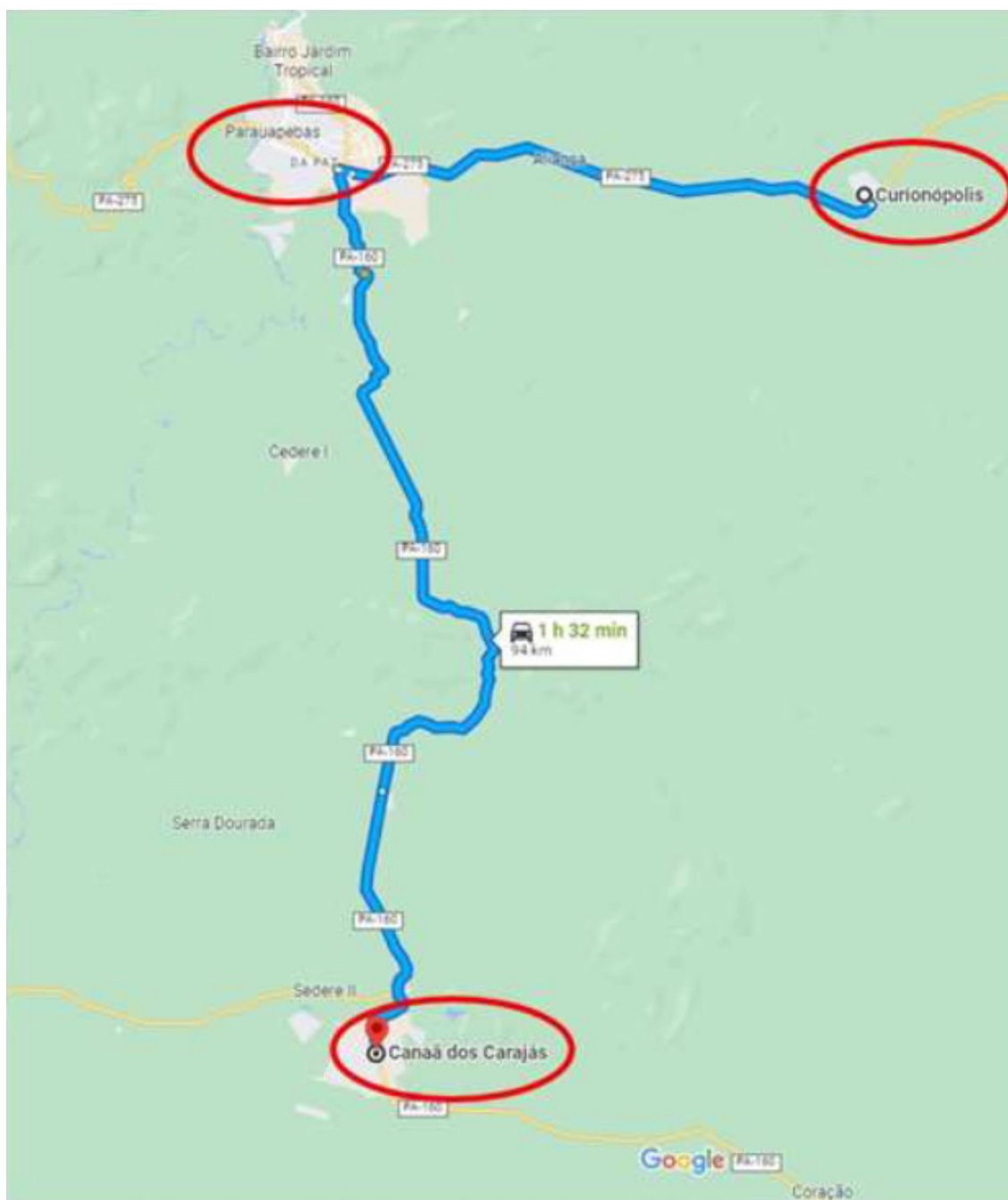
Mas, **no caso concreto, a resposta é negativa.**

Verifica-se, na hipótese dos autos, que não há efetiva igualdade de condições concorrenciais entre os dois pleiteantes que justifique a adoção de um critério exógeno à regulamentação incidente. Isso sem prejuízo da justiça do critério eleito pelo Tribunal de Justiça do Pará, que pode vir a ser adotado no futuro, com aperfeiçoamentos.

Como relatado na petição inicial e bem apontado pelo relator em sua decisão monocrática – e no voto a que adiro –, o critério geográfico eleito pela regra incidente deve prevalecer na resolução de eventuais conflitos entre delegatários interessados em responder interinamente por outro serviço notarial e/ou registral. Se atendido critério da competência (exercício de uma das atribuições do serviço vago), deve prevalecer a designação de titular de serventia localizada em município contíguo. Não havendo interessado no mesmo município e havendo mais de um em localidades contíguas, deve-se preferir o titular da delegação em sítio mais próximo ao do mais distante.

A preferência do autor da norma pelo critério geográfico, a propósito, se revela também em outros instrumentos deste Conselho que tratam da responsabilidade pelo serviço vago. A Resolução nº 80, de 9 de junho de 2009, embora se destine a situações diversas, prevê em seu art. 7º, § 2º, “f” que, na inexistência de candidato aprovado em concurso público interessado em receber a delegação de serviço de registro civil de pessoas naturais, a designação para responder pelo serviço vago deve recair sobre, justamente, o titular da unidade de registro **mais próxima**. Trata-se, pois, de **critério eleito pelo Plenário do Conselho** e, posteriormente, **seguido pela Corregedoria Nacional** ao regulamentar, de modo mais amplo, o tema da interinidade pelo expediente de serventias extrajudiciais vagas.

Como se infere do mapa abaixo, a sede do município de Parauapebas [2] não apenas se situa mais próxima de Canaã dos Carajás [3] que Curionópolis [4]. O único acesso entre Curionópolis e Canaã dos Carajás se dá, justamente, com passagem obrigatória pelo município de Parauapebas:



Fonte: <https://www.google.com/maps>

A título de comparação, o percurso entre Curionópolis e Canaã dos Carajás (94 km) é quase 30 km maior que a distância a percorrer entre Parauapebas e Canaã dos Carajás (66 km).

Perceba-se: não há dúvida de que os municípios são contíguos; de fato o são. No entanto, não se trata de região conturbada, com várias vias de acesso ligando os diferentes municípios. O que se verifica na localidade, vizinha à conhecida região garimpeira de Serra Pelada, é que uma única rodovia estadual, a PA-160, liga Canaã dos Carajás a Parauapebas. Para chegar até Curionópolis, no entanto, cujo delegatário o TJPA designou para responder pela serventia de Canaã, além de percorrer todos os 66km na PA-160, será necessário pegar uma outra rodovia, a PA-275, e trafegar mais 29km.

De fato, em se tratando do Sul do Pará, a diferença das distâncias não é grande. No entanto, não há ligação direta entre Canaã dos Carajás e Curionópolis, o que mitiga a contiguidade entre os municípios em favor da proximidade verificada por meio da rodovia que efetivamente faz a ligação entre as sedes dos municípios. Além disso, seria de se questionar: por que fazer o cidadão deslocar-se aís, se em Parauapebas existe delegatário titular que preenche os requisitos do Provimento nº 77, de 2018?

Transcrevo trecho do parecer da Corregedoria Nacional de Justiça que secunda a ideia de que o critério de contiguidade é indissociável da verificação de proximidade entre os serviços:

Contiguidade é critério objetivo que tem o comprimento como unidade de medida. Quanto maior for a distância entre o município com serventia vaga e o município com serventia provida (cujo titular pretenda interinidade), menor será a contiguidade entre um município e outro, menor será a carga de direito à designação. (id 4621368, p.4)

Importante registrar que não identifiquei antijuridicidade per se no critério adicional de equilíbrio de rentabilidades entre os delegatários, como concebido no procedimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pará. Parece-me inclusive que tal critério poderia ser aplicado na hipótese de insuficiência dos demais para solucionar eventual impasse similar. Trata-se de boa solução engendrada a partir do permissivo constante do art. 7º do Provimento n. 77, de 2018, da Corregedoria Nacional de Justiça.

Contudo, havendo possibilidade de solução do empate com utilização de um critério discriminado na norma de regência, não me parece razoável recorrer à cláusula geral de omissão que autoriza a deliberação da corregedoria local para que se eleja outro fator de discriminação, a despeito de sua objetividade e razoabilidade.

Isso ocorre, também porque a comparação de arrecadação bruta entre as serventias não é tão substancial a ponto de este critério sobrelevar, de modo acachapante, o de diferença entre distâncias. Ambas as serventias cujos titulares disputam a interinidade do serviço de Canaã dos Carajás perceberam importe superior a dois milhões de reais em 2022.

Em consulta às informações públicas constantes do portal Justiça Aberta, mantido pela Corregedoria Nacional de Justiça, verifica-se que a arrecadação auferida pelo Ofício Único de Curionópolis no ano passado (R\$ 8.071.631,30) é 24% inferior à do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Parauapebas no mesmo período (R\$ 2.583.673,44)

O ponto que pretendo demonstrar com essa referência é que a designação do delegatário de Curionópolis para responder pelo serviço de Canaã dos Carajás não se mostra propriamente uma necessidade para manutenção da atratividade da serventia de Curionópolis, por si só já bastante atrativa.

Insisto não combato a ideia de utilizar o critério de rentabilidade da serventia para compensar disparidades regionais tornar uma ou outra delegação mais atrativa em razão de cumulações possíveis. A ideia parece razoável e inteligente, mas não creio que deva ser utilizada de forma pontual em um caso como este (cuja solução não demanda tal inovação), sem edição de norma regulamentar mínima que estabeleça ao menos critérios de apuração da rentabilidade no tempo e de escolha entre um e outro delegatário com situações semelhantes para exercer a interinidade. Observe-se que o Tribunal de Justiça do Maranhão utiliza esse critério de rentabilidade para designação de interinos, mas o faz mediante regulamentação própria.

No entanto, neste caso concreto, sem regulamentação prévia e com sensível prejuízo ao critério da proximidade para o cidadão, a inovação do tribunal paraense soa infeliz. Durante o prazo de vistas, verifiquei se em alguma outra designação de interinidade pelo TJPA tal critério de rentabilidade foi usado e encontrei outros dois precedentes, que não encontraram oposição de eventuais interessados.

Finalmente, enfrento um argumento adicional, o das atribuições. O delegatário de Curionópolis entende que poderia prestar um serviço de maior qualidade, por possuir, em sua serventia, as mesmas atribuições daquela de Canaã dos Carajás, e até outras adicionais, enquanto o autor do PCA teria apenas uma em sua delegação, a de registro de imóveis.

Ocorre que o número de atribuições equivalentes não é critério de escolha no Provimento nº 77, de 2018, que exige tão-somente que o interino possua uma das atribuições da serventia vaga.

Apesar de soar estranho para o leigo, essa norma tem razão de ser: existe uma sutil delicadeza no equilíbrio das serventias em uma determinada região. No caso de Canaã dos Carajás, por exemplo, existe um outro delegatário titular no mesmo município, mas que possui atribuições de notas, protesto de títulos, registro civil das pessoas naturais e interdições e tutelas, não concorrendo, portanto, à interinidade no cartório de vago, com atribuições de notas, protesto de títulos, registro civil das pessoas naturais e interdições e tutelas, não concorrendo, portanto, à interinidade no cartório de vago, com atribuições de registro de imóveis e títulos de pessoas jurídicas.

O cartório de Parauapebas, por sua vez, possui apenas a competência de registro de imóveis, enquanto o de Curionópolis, por ser ofício único, detém todas as atribuições, **inclusive de notas**, que o cartório vago não possuía.

Qual a consequência, pois, da designação do cartório do ofício único de Curionópolis para exercer a interinidade em Canaã dos Carajás? Ele poderá pretender oferecer o serviço de notas, gerando uma possível concorrência predatória com o tabelionato de notas de Canaã.

Perceba-se a necessidade de que sejam estabelecidos parâmetros mínimos antes de inovar no tema das interinidades com um novo critério, como o da rentabilidade: sem um estudo cuidadoso, à guisa de equilibrar dois cartórios de grande porte, possivelmente estar-se-ia prejudicando um terceiro, eventualmente menos rentável, o que contraria o raciocínio pretendido pelo tribunal paraense.

Assim, e considerando todos esses elementos, parece acertada a decisão monocrática recorrida que julgou procedente o pedido de controle administrativo formulado por André Williams Formiga da Silva para: a) declarar a nulidade da Portaria nº 2.110, de 2021, do Tribunal de Justiça do Estado do Pará; e b) determinar à Presidência da Corte que promova a designação do autor para responder, interinamente, pelo Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Cíveis das Pessoas Jurídicas do Município de Canaã dos Carajás.

Em virtude de todo o exposto, filio-me ao voto do eminente Conselheiro Sidney Madrugá para **conhecer do recurso administrativo** interposto por Antônio Carlos Apolinário de Souza e, no mérito, **negar-lhe provimento**.

Luiz Fernando BANDEIRA de Mello
Conselheiro Nacional de Justiça

[1] STF. ADC 12/DF. Rel. Min. CARLOS BRITTO. Pleno. J. em 20 ago. 2008.

[2] Localidade onde o autor-recorrido é titular de serviço cartorial.

[3] Localidade onde está situada a serventia vaga.

[4] Localidade onde o recorrente, designado como interino de Canaã, é titular de ofício único.

Autos: PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Requerente: XXXXXXXX

Requerido: XXXXXXXX

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MAGISTRADO. PROFESSOR. ASSÉDIO SEXUAL. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. ENVIO DE MENSAGENS INVASIVAS, DE CUNHO SEXUAL, DURANTE DIÁLOGOS INICIADOS SEM VIÉS SEXUAL. CONVITES INSISTENTES PARA ENCONTROS. TOQUE FÍSICO NÃO CONSENTIDO, DENTRO E FORA DO AMBIENTE DE TRABALHO. INTIMIDAÇÃO. USO DO CARGO. RESOLUÇÃO 351/2020. POLÍTICA DE PREVENÇÃO E ENFRENTAMENTO AO ASSÉDIO NO PODER JUDICIÁRIO. ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS. CONTORNOS DISTINTOS DOS ILÍCITOS PENAIIS. PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO. RESOLUÇÃO 492/2023. CONDUTAS PRATICADAS ÀS OCULTAS. PALAVRA DAS VÍTIMAS. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. EXAME DAS PROVAS. COERÊNCIA NA NARRATIVA DAS VÍTIMAS. PADRÃO DE CONDUTA. CONFIRMAÇÃO POR TESTEMUNHAS DEVIDAMENTE COMPROMISSADAS. PROCEDÊNCIA DAS IMPUTAÇÕES. ELEVADA REPROVABILIDADE DAS CONDUTAS. APLICAÇÃO DA PENA DE APOSENTADORIA COMPULSÓRIA.

1. Processo administrativo disciplinar instaurado contra magistrado para apurar assédio e importunação sexual consistente em: (i) conversa com teor sexual por meio de rede social, cunhando a advogada de “assexuada” ante sua negativa de prosseguir no diálogo e de sair com o requerido; (ii) comparecimento inoportuno na faculdade da então aluna do magistrado, convidando-a para ingressar em seu veículo, com a promessa de disponibilização de livros, e, ao chegarem em uma cafeteria, passar a mão no meio de suas pernas e tentar beijá-la à força; posteriormente, retaliação à advogada em audiência, com indeferimentos de requerimentos, seguidos de omissão dos devidos registros na ata; (iii) contato físico não consentido com servidora, ocorrido no gabinete do requerido, com roçaduras do órgão sexual, e tentativa de beijos à força.
2. As Comissões de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio atuam, a princípio, na prevenção e acolhimento às vítimas, com enfoque distinto da atuação correccional. As Corregedorias são orientadas pelo poder-dever de apuração imediata de irregularidades levadas ao seu conhecimento, independentemente de formalização, enquanto as Comissões de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio são guiadas pelo dever de sigilo, respeito ao tempo de reflexão e decisão das vítimas (Resolução 351/2020, art. 9º c/c art. 17, § 1º).
3. Faz parte do julgamento com perspectiva de gênero a alta valoração das declarações da vítima, pois tais infrações costumam ser praticadas na clandestinidade, sem a presença de testemunhas oculares. A palavra da vítima deve ser sopesada com outros elementos carreados aos autos, se existentes, como documentos, mensagens, imagens e depoimento testemunhal, por exemplo, provas indiciárias suficientes para a caracterização dos ilícitos administrativos coibidos pela Resolução 351/2020.
4. O uso de perícia técnica não é recorrente em processos administrativos disciplinares, seja pela carência de ferramentas para tanto, seja pela celeridade que este tipo de procedimento exige, notadamente considerando-se a exiguidade dos prazos prescricionais de que dispõe a Administração para a apuração de ilícitos administrativos.
5. Os “prints” de mensagens, áudios, e outros, não devem ser descartados pelo simples fato de não terem sido submetidos à perícia, pois, se a fala da vítima é prestigiada, com mais razões devem ser examinados os documentos que possam comprovar ou ao menos compor o conjunto de indícios da prática do ilícito.
6. O exame psicológico como meio de prova é alternativa facultada ao julgador para a formação de seu convencimento, devendo o magistrado avaliar se a imposição da perícia é justificável no caso concreto. Em caso afirmativo, vítima e requerido serão encaminhados à perícia para esclarecimentos dos quesitos formulados.
7. O uso da avaliação psicológica como prova cientificamente válida deve observar a Resolução 135/2011, notadamente a fase de produção de provas, que precede a audiência de instrução, a fim de possibilitar o contraditório. Ainda assim, o laudo produzido não vincula o julgador, pois a análise das imputações deve levar em consideração a completude do processo, notadamente a metodologia estabelecida no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (Resolução 492/2023).
8. Para a Resolução 351/2020, o assédio sexual é caracterizado como conduta de conotação sexual praticada contra a vontade de alguém, sob forma verbal, não verbal ou física, manifestada por palavras, gestos, contatos físicos ou

outros meios, com o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.

9. A literatura indica como condutas passíveis de caracterizar o assédio sexual: chantagem ou intimidação; propostas indesejadas de caráter sexual (“convites”); olhares insinuantes, invasivos e persistentes; contatos físicos (toques, abraços, beijos); questionamentos ofensivos sobre a vida privada, preferências e práticas sexuais; compartilhamento de imagens ou vídeos íntimos do autor ou da vítima; pedido de favores sexuais em troca de alguma vantagem relacionada ou não com o cargo ou emprego; ameaças de perda da condição de trabalho ou serviço público ou de prejuízo; piadas ou comentários de natureza sexual (sobre roupas, identidade de gênero, orientação sexual, aspectos físicos); mensagens com conotação sexual através de e-mail, SMS, WhatsApp, redes sociais, de modo público ou privado.

10. A hierarquia não é elementar do ilícito administrativo de assédio sexual, que comporta toda forma de importunação sexual praticada no contexto de trabalho, seja nos limites geográficos do fórum, seja virtualmente, seja em ambientes privados, desde que possível a verificação da relação de trabalho como impulsionadora da abordagem sexual não consentida.

11. A vítima de assédio possui interesse em conhecer e acompanhar o andamento de procedimentos disciplinares instaurados para apurar a conduta. Contudo, inexistente no processo administrativo disciplinar figura semelhante ao assistente da acusação, previsto no Código de Processo Penal. Dessa forma, o ingresso da vítima deve se dar a título de interessada, figura processual prevista no art. 9º, II, da Lei n. 9.784/1999, independentemente de concordância do requerido.

12. O magistrado, no exercício do magistério, deve observar conduta adequada à sua condição de juiz, tendo em vista que, aos olhos de alunos e da sociedade, o magistério e a magistratura são indissociáveis, e faltas éticas na área do ensino refletirão necessariamente no respeito à função judicial.

13. Elevada reprovabilidade das condutas praticadas, inclusive por meio de toques físicos não consentidos e no local de trabalho. Comprovação de padrão de comportamento que denota incontinência sexual.

14. Uso do cargo de magistrado como forma de intimidação às vítimas ante a negativa de correspondência às investidas sexuais.

15. Procedência das imputações. Aplicação da pena de aposentadoria compulsória.

16. Necessidade de manutenção do segredo de Justiça mesmo após o julgamento. Incidência da hipótese constitucional.

CONSELHEIRO RICHARD PAE KIM

Autos: ATO NORMATIVO - 0006474-79.2021.2.00.0000

Requerente: COORDENADORIA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE

Requerido: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

EMENTA: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. CONVERSÃO EM ATO NORMATIVO. RESOLUÇÃO. ENTREGA DE CRIANÇAS PARA FINS DE ADOÇÃO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA. UNIFORMIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 19-A DO ECA. ART. 21, “A” DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA. ARTS. 227 DA CF E 5º DA LEI Nº 13.257/2016. PROTEÇÃO DA MULHER, GESTANTE E PUÉRPERA. OBIGATORIEDADE DE ENCAMINHAMENTO À JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DAS GESTANTES OU MÃES QUE MANIFESTEM INTERESSE EM ENTREGAR SEUS FILHOS PARA ADOÇÃO. ART. 13, § 1º DO ECA. PROTOCOLOS QUE HUMANIZAM OS ACOLHIMENTOS DA GENITORA OU GESTANTES E DA CRIANÇA. RESOLUÇÃO CONANDA Nº 113/2006. RECOMENDAÇÃO Nº 8/2012, DA CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO APROVADO.

ACÓRDÃO

O Conselho, por unanimidade, aprovou a Resolução, nos termos do voto do Relator. Presidiu o julgamento a Ministra Rosa Weber. Plenário Virtual, 16 de dezembro de 2022. Votaram os

Excelentíssimos Conselheiros Rosa Weber, Luis Felipe Salomão, Vieira de Mello Filho, Mauro

Pereira Martins, Jane Granzoto, Richard Pae Kim (Relator), Marcio Luiz Freitas, Giovanni Olsson, Sidney Madruga, João Paulo Schoucair, Marcos Vinícius Jardim Rodrigues, Marcello Terto e Luiz Fernando Bandeira de Mello. Não votaram os Excelentíssimos Conselheiros Salise Sanchotene e Mário Goulart Maia.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. CONSELHEIRO RICHARD PAE KIM (RELATOR):

Cuida-se de pedido de providências instaurado por determinação da Corregedoria Nacional de Justiça e posteriormente redistribuído à presidência do FONINJ (Id 4455985).

Referido procedimento originou-se do Ofício nº 4013/CIJ (Id 4455986), por meio do qual a Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça do Acre solicita seja elaborado ato normativo com o objetivo de regulamentar o art. 19-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe sobre entrega voluntária de bebês para adoção, no âmbito do Poder Judiciário.

Aduz que no período de janeiro de 2017 a janeiro de 2021 o Judiciário local recebeu dez casos, em cinco comarcas do Estado, de entregas voluntárias de crianças para adoção. Aponta que a realidade verificada nas comarcas é que, na maioria dos casos, as entregas são feitas a terceiros, preterindo a busca inicial pelo amparo do Poder Judiciário, o que desestrutura as lógicas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Acrescenta que, na prática diária, vem observando que os magistrados ficam confusos com o passo a passo processual quando se deparam com o instituto da entrega de criança para adoção, tendo em vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente não seria suficientemente claro em relação à matéria.

Por fim, solicita, em razão das constantes violações de direitos humanos que estão sofrendo os infantes, a expedição de provimento orientador no sentido de oferecer um modelo padrão visando dar celeridade e efetividade à proteção dos direitos dos recém-nascidos entregues voluntariamente.

O tema foi levado à apreciação do Fórum Nacional da Infância e da Juventude, o qual, em reunião ocorrida em 26.1.2022, aprovou o parecer Id 4602391. Entendendo ser importante a elaboração de ato normativo sobre o tema, os membros do FONINJ apresentaram proposta que dispõe sobre a entrega de crianças para fins de adoção no âmbito dos tribunais de justiça, inclusive sob o olhar de proteção e acolhimento da genitora ou gestante.

Referida minuta de foi submetida à apreciação da nobre Corregedora Nacional de Justiça, Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, a qual, em 17.3.2022, **manifestou-se favoravelmente ao ato normativo proposto**, sem prejuízo de nova avaliação quando da sua submissão ao Plenário deste Conselho (Id 4621851).

Na sequência, levou-se a efeito **consulta pública acerca da proposta de resolução**, a qual esteve disponível no sítio do CNJ na internet entre os dias 26.4.2022 e 20.5.2022. Recebeu-se 282 (duzentos e oitenta e duas) manifestações, entre elogios, críticas e sugestões, provenientes de diversos atores da sociedade, a respeito de quase a totalidade dos artigos do texto.

No dia 1º.6.2022 realizou-se a **audiência pública voltada à discussão da sugestão normativa**, quando foram recebidas importantes contribuições das entidades participantes e de representantes da sociedade.

Ocorrido no Plenário do Conselho Nacional de Justiça, o evento contou com a participação de membros do FONINJ e, ainda, de representantes do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos (MMFDH), do Colégio de

Coordenadores da Infância e da Juventude dos Tribunais de Justiça do Brasil, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), do Instituto Brasileiro de Direito da Criança e do Adolescente (IBDCRIA), da Associação Nacional dos Grupos de Adoção (AN-GAAD) e da Rede Pikler Brasil.

As contribuições recebidas por meio destes instrumentos dialógicos e democráticos, consulta e audiência pública, foram cotejadas e analisadas pelos membros do FONINJ, os quais as incorporaram, quando possível, à versão final da minuta de resolução, que ora submeto ao colegiado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. CONSELHEIRO RICHARD PAE KIM (RELATOR):

Preliminarmente, registro que, nos termos dos arts. 98 e 102 do Regimento Interno do CNJ, o procedimento adequado para edição de resolução não é o pedido de providências, mas sim o ato normativo. Dessa forma, em cumprimento à previsão regimental, determino seja o presente “Pedido de Providências” convertido em procedimento da classe “Ato Normativo”.

Isso feito, passo ao voto.

Trata-se de procedimento instaurado a partir da provocação da Coordenadoria da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Acre, no sentido de se uniformizar o procedimento da chamada entrega protegida, prevista no art. 19-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata da gestante ou mãe que manifesta o desejo de entregar o filho para adoção e a proteção integral do nascituro e da criança.

Como é cediço, define o art. 227 da Constituição Federal como dever da família, do Estado e da sociedade garantir, com absoluta prioridade, a convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente, norma essa que encontra ressonância no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Por sua vez, o art. 5º da Lei nº 13.250/2016 – Marco Legal da Primeira Infância (MLPI), prevê a necessidade de o Poder Público estabelecer políticas públicas para a faixa de 0 aos 6 anos de idade, tendo por um dos postulados prioritários o direito à convivência familiar.

Nesse diapasão, o Poder Judiciário tem protagonizado, na perspectiva intersetorial, a promoção dos direitos fundamentais da primeira infância, dentre os quais o da gestante ou mãe que manifesta o direito de entregar o filho recém-nascido para adoção ser encaminhada à Vara da Infância e Juventude a fim de receber uma acolhida humanizada, garantindo-se inclusive a confidencialidade da gravidez, de suas decisões e até mesmo do próprio parto, sem prejuízo, obviamente, do direito do adotado de conhecer sua origem biológica, conforme art. 49 do Estatuto, corolário do direito à identidade previsto no art. 8º, 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Nesse ponto, destaco aquele que constitui um dos mais importantes pontos deste ato normativo: o reforço do direito da mulher a realizar a entrega para adoção sob sigilo, eximida da obrigação de indicar até mesmo o pai ou qualquer outro integrante da família de origem – prerrogativa esta, ressalte-se, categoricamente assegurada pelo art. 19-A, § 9º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não se está a cuidar da hipótese de o pai ou familiar descobrir o vínculo biológico por outras vias. O que a lei e a resolução objetivam é a garantia do atendimento humanizado da mulher, a qual ficaria deveras exposta e desguarnecida caso fosse obrigada a revelar a identidade do genitor e/ou outros familiares no momento da entrega da criança, aumentando-se, por tabela, o estímulo para adoções irregulares.

A não-garantia do sigilo pode resultar, ao cabo, em violência institucional contra a mãe, em evidente afronta ao Protocolo para Julgamento sob a Perspectiva de Gênero editado por este Conselho em 2021, o qual expressamente dispôs sobre o dever de o Poder Judiciário proporcionar ambiente acolhedor às mulheres que a ele recorrerem em grave estado de vulnerabilidade, evitando revitimização e/ou ocorrência de violência institucional.

Observa-se, ainda, o Pacto Nacional pela Primeira Infância, instituído no âmbito do Conselho Nacional de Justiça e que conta com mais de trezentos signatários no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além do terceiro setor, e que vem garantindo há aproximadamente três anos a disseminação do conhecimento sobre a importância do trabalho integrado no âmbito do período sensível da vida, isto é, aquele que vai do 0 aos 6 anos de idade, por meio de cursos, seminários, estudos e replicação de boas práticas.

Importante frisar que o Marco Legal da Primeira Infância qualificou esse encaminhamento pela Rede de Proteção da mulher que não deseja maternar, a fim de que seja realizado sem constrangimento, conforme art. 13, §1º do Estatuto, evitando-se situações extremas como abandono da criança com risco de morte, abortos clandestinos e até mesmo entregas ilegais para adoção.

Como bem pontuado por Hugo Gomes Zaher e Viviane Rodrigues Ferreira no artigo “Mês da adoção e a entrega protegida: apontamentos para um debate necessário”¹, o atendimento humanizado é crucial para que os direitos fundamentais da criança sejam efetivamente resguardados, garantindo-se a tomada de decisão consciente e amadurecida, após devido acompanhamento pela equipe interprofissional do Juízo, com a possibilidade do exercício do direito de retratação e arrependimento dentro dos prazos legalmente previstos, evitando-se, pois, orientações ou procedimentos equivocados que possam gerar insegurança tanto para a mãe quanto para o recém-nascido.

Assim é que os avanços introduzidos por esta resolução podem, em essência, ser assim alinhavados:

- 1 – qualificação e humanização do atendimento no sistema de justiça da gestante e parturiente que manifesta interesse na entrega pra adoção, na forma do art 13, §1º do ECA;
- 2 – garantia de segurança jurídica às partes envolvidas e ao magistrado na condução do procedimento de entrega voluntária, sanando dúvidas corriqueiras que prejudicam os interesses da criança e da gestante/parturiente;
- 3 - internalização do disposto nas Diretrizes sobre Modalidades Alternativas de Cuidados de Crianças, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 64/142, cujos parágrafos 43 e 44 prescrevem providências de suporte aos pais que manifestam desejo de entregar seus filhos para fins de serem de adotados, visando salvaguardar o direito da criança de permanecer no seio da família biológica ou extensa, sem prejuízo ao direito ao sigilo;
- 4 – reforço do direito ao sigilo da gestante/parturiente que manifesta interesse na entrega pra adoção, inclusive em relação aos integrantes da família extensa e do suposto pai, considerando que o art. 19-A, §9º do ECA não faz ressalvas quanto ao exercício do direito;
- 5 - reforço, também, da necessidade de o processo ser conduzido sob uma perspectiva de gênero, nos termos do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ;
- 6 - fortalecimento do direito à retratação e arrependimento da gestante/parturiente que manifesta o interesse, na forma da Lei nº 13.509/2017, que introduziu o art. 19-A ao ECA e trouxe lume ao procedimento de entrega;
- 7 - esclarecimento dos dados corretos a serem inseridos no SNA e nos processos eletrônicos, a fim de fortalecer as políticas pública e judiciária, bem assim reconhecer como efetiva atividade jurisdicional o processo em que se desenvolve o atendimento desse público;
- 8 - fortalecimento da Política Judiciária Nacional pela Primeira Infância, normatizada na Resolução CNJ nº 470/2022, na esteira do Marco Legal da Primeira Infância e do Pacto Nacional da Primeira Infância;
- 9 - humanização do atendimento da gestante/parturiente em situação de rua, evitando quaisquer afastamentos indevidos da família de origem, na esteira da Resolução CNJ nº 425/2021;
- 10 - reconhecimento da importância da articulação intersetorial, exortando os tribunais a qualificarem como efetiva produtividade dos magistrados e servidores a construções de fluxos de atendimento com a rede de proteção;
- 11 - reforço da importância de se equipar as varas da infância com equipes multidisciplinares no âmbito do Judiciário para que o atendimento da gestante/parturiente e da criança seja mais qualificado;
- 12 - ampliação da atuação das coordenadorias da infância pra que qualifiquem magistrados, equipes e servidores na articulação intersetorial e também na atuação-fim;
- 13 - potencialização do combate às entregas ilegais para adoção, bem assim o tráfico de pessoas, conforme Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças;
- 14 - exortação dos Tribunais de Justiça e Escolas da Magistratura a promoverem a capacitação de magistrados e servidores quanto à finalidade dessa resolução.

Importa ressaltar que estas consubstanciam, ademais, as premissas jurídicas e metajurídicas da norma e, ainda, alguns dos seus benefícios. Isso consignado, vale repisar algumas constatações e considerações lançadas no parecer 4602391:

Em cumprimento à designação de Vossa Excelência e nos termos deliberados na reunião do FONINJ de 27/agosto/21, segue relatório sobre o trabalho desenvolvido com questionamento trazido pela Coordenadoria Estadual da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça do Estado do Acre a respeito da regulamentação do art. 19-A do ECA - Pedido de Providências n. 0006474-9.2021.2.00.000.

(...)

Nesse sentido, solicitou a “expedição de eventual provimento orientador, no sentido de oferecer um modelo padrão com intuito de celebrar a efetivação de proteção dos direitos dos recém-nascidos, entregues voluntariamente”.

A relatora originária, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corregedora Nacional de Justiça, proferiu o despacho ID n. 4455985, nos seguintes termos:

‘O Fórum Nacional da Infância e da Juventude (FONINJ), instituído pela Resolução n. 231/2016, tem entre suas atribuições recomendar ações aos Tribunais de Justiça, inclusive aquelas propostas pelas Coordenadorias da Infância e da Juventude, além de propor, por iniciativa própria, medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, elaborar estudos e propor medidas para a coordenação, elaboração e execução de políticas públicas, no âmbito do Poder Judiciário, concentrando especialmente as iniciativas nacionais de aprimoramento da prestação jurisdicional na área da Infância e da Juventude. Nesse contexto, visando dar o devido processamento da demanda, determino seja autuado Pedido de Providências, com a integral dos autos, e sua posterior redistribuição ao Gabinete da Conselheira Flávia Pessoa, Presidente do FONINJ’.

Destarte, o Poder Judiciário precisa estar aparelhado normativamente para processar os interesses vindicados na perspectiva da entrega protegida, bem assim para proporcionar a construção de um fluxo junto ao Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente local, notadamente em comarcas menores cuja competência da seara infantoadolescente esteja inserta em varas com competência mista ou única.

Não há dúvidas de que muitos tribunais de justiça já possuem projetos que proporcionam essa orientação aos magistrados, tais como os Projetos ‘Acolher’ do TJPB, ‘Acolhendo Vidas’ do TJAM, ‘Entrega Responsável’ do TJRS, ‘Dar à Luz’ do TJMS, ‘Entregar de forma legal é proteger’ do TJRJ, dentre tantos outros, inclusive com elaboração de cartilhas.

Impende registrar que a iniciativa do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi premiada no Eixo Seleção e Disseminação de Boas Práticas, por ocasião do Pacto Nacional da Primeira Infância, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Com efeito, a Coordenadoria da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Acre apontou com acerto a necessidade de se editar um ato normativo tendente a pormenorizar o procedimento da entrega protegida, proporcionando agilidade e acolhimento de todos os envolvidos. A minuta gestada vai ao encontro da pretensão inicialmente deduzida perante este Conselho.

O ato normativo em testilha, o qual contou com a aprovação e o apoio da então Corregedoria Nacional (Id 4621851), garante um norte para o Poder Judiciário no que diz respeito às políticas de proteção à mulher e também às crianças, notadamente na perspectiva do Marco Legal da Primeira Infância, fortalecendo ao fim e ao cabo a cultura da adoção legal em nosso país.

Cuida-se de resultado dialogado com todos os atores do Sistema de Justiça, mas também de garantia de direitos das crianças, bem como das genitoras e gestantes. Também se manifestaram favoravelmente a esta normativa diversas entidades da sociedade civil. Assim, aproveitamos o ensejo para agradecer a todas as instituições, órgãos e profissionais que nos encaminharam as suas contribuições, recebidas durante a consulta pública e a audiência pública que foram realizadas por este Conselho Nacional de Justiça.

Ante o exposto, submeto ao Colendo Plenário do CNJ a proposta resolução que dispõe sobre a entrega de crianças para fins de adoção no âmbito dos Tribunais de Justiça, nos exatos termos da minuta anexa de ato normativo, e voto por sua aprovação.

Conselheiro **RICHARD PAE KIM**
Relator

ANEXO

RESOLUÇÃO Nº , DE DE DEZEMBRO DE 2022

Dispõe sobre o adequado atendimento de gestante ou parturiente que manifeste desejo de entregar o filho para adoção e a proteção integral da criança.

A PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições legais e regimentais,

CONSIDERANDO que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança dispõe, em seu artigo 9º, que a criança tem o direito de não ser separada dos pais contra a vontade dos mesmos, e, em conformidade com o artigo 18, segunda alínea, os Estados Partes têm o dever de prestar assistência adequada aos pais para o desempenho de suas funções;

CONSIDERANDO que a mesma Convenção prevê, em seu art. 8º, o direito da criança à preservação da sua identidade e dispõe, em seu art. 21, “a”, que a adoção seja autorizada apenas pelas autoridades competentes, observando a situação jurídica da criança e o consentimento à adoção de quem exerce a responsabilidade parental;

CONSIDERANDO que as Diretrizes sobre Modalidades Alternativas de Cuidados de Crianças, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 64/142, §§ 43 e 44, prescrevem as providências a serem adotadas no sentido de se dar suporte aos pais que manifestam desejo de entregar seus filhos para fins de serem adotados, visando salvaguardar o direito da criança de permanecer no seio da família biológica ou extensa;

CONSIDERANDO o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, diante de sua vulnerabilidade ao tráfico e exploração;

CONSIDERANDO que a Constituição Federal prevê, em seu artigo 227, que é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar e comunitária;

CONSIDERANDO que, segundo o art. 5º da Lei no 13.257/2016 – Marco Legal da Primeira Infância (MLPI), é área prioritária para as políticas públicas para a primeira infância a garantia do direito à convivência familiar e comunitária;

CONSIDERANDO a política pública de proteção da mulher, gestante e puérpera, bem assim da criança, consoante os arts. 7º, 8º e 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA);

CONSIDERANDO que o art. 13, §1º, do ECA dispõe que serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude, sem constrangimento, as gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção;

CONSIDERANDO as disposições gerais do art. 19-A do ECA, que estabelecem as providências a serem adotadas pela Justiça da Infância e da Juventude em favor da gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento;

CONSIDERANDO a diretriz de atendimento integrado e intersetorial para a garantia do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, nos termos do art. 88, VI, do ECA;

CONSIDERANDO que o art. 100, parágrafo único, incisos II, III, VI, VII e X do ECA, estabelece como princípios para a aplicação de medidas, dentre outros, a proteção integral e prioritária, a responsabilidade primária e solidária do poder público, a intervenção precoce e mínima e a prevalência da família, devendo-se prever medidas de suporte à família antes da efetiva entrega da criança;

CONSIDERANDO a Resolução Conanda nº 113/2006, que dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente;

CONSIDERANDO a Recomendação nº 8/2012, da Corregedoria Nacional de Justiça, que norteia a atuação do Poder Judiciário nos processos de adoção e guarda, estabelecendo a necessidade de garantir a transparência e segurança da entrega perante o Poder Judiciário;

CONSIDERANDO o Provimento nº 36, de 5 de maio de 2014 e o Provimento nº 116, de 27 de abril de 2021, que tratam da estruturação das Varas da Infância e da Juventude.

CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do CNJ no procedimento de Ato Normativo nº XXXX, na XXª Sessão XXXX, realizada em XX de abril de 2022;

RESOLVE:

Art. 1º O atendimento, no âmbito do Poder Judiciário, de gestante ou parturiente que manifeste o desejo de entregar o filho para adoção e a proteção integral da criança obedecerá ao disposto nesta Resolução.

Art. 2º Gestante ou parturiente que, antes ou logo após o nascimento, perante hospitais, maternidades, unidades de saúde, conselhos tutelares, Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), Centros de Referência Especializada de Assistência Social (CREAS), instituições de ensino ou demais órgãos do Sistema de Garantia de Direitos, manifeste interesse em entregar seu filho à adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada, sem constrangimento, à Vara da Infância e Juventude, a fim de que seja formalizado o procedimento judicial e seja designado atendimento pela equipe interprofissional.

§1º A pessoa gestante ou parturiente deverá ser acolhida por equipe interprofissional do Poder Judiciário.

§2º Enquanto não houver equipe interprofissional, poderá a autoridade judiciária, de forma excepcional e provisória, designar servidor qualificado da Vara com competência da Infância e Juventude, em data próxima ao atendimento referido no caput, em espaço que resguarde sua privacidade, oportunidade em que será colhida sua qualificação – identificação, endereço, contatos e data provável do parto - e assinatura, e será orientada sobre a entrega voluntária, sem constrangimentos e sem pré-julgamentos (ECA, art. 151).

§3º Na ausência ou insuficiência de equipe técnica interprofissional do Poder Judiciário, em caráter excepcional e provisório, poderão os tribunais:

I - firmar convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução;

II – proceder à nomeação de perito, na forma do art. 151, parágrafo único, do ECA.

Art. 3º Serão autuadas e registradas na classe “Entrega Voluntária” (15140) as informações instrumentalizadas e respectivos documentos colhidos, assim como relatório técnico, quando possível a realização imediata do atendimento interprofissional, remetendo-se em seguida ao representante do Ministério Público.

§1º O procedimento tramitará com prioridade e em segredo de justiça.

§2º Caso a pessoa gestante ou parturiente não tenha advogado constituído, ser-lhe-á imediatamente nomeado um defensor público ou, na impossibilidade, advogado dativo para acompanhamento durante o processo e, notadamente, na audiência de que trata o art. 166, § 1º do ECA, possibilitando entrevista prévia com o defensor, em ambiente com privacidade, para receber orientação jurídica qualificada.

§3º A pretensão também poderá ser deduzida diretamente em juízo sob o patrocínio da Defensoria Pública ou do advogado.

Art. 4º No relatório circunstanciado a ser apresentado pela equipe interprofissional será avaliado:

I - Se a manifestação de vontade da pessoa gestante ou parturiente é fruto de decisão amadurecida e consciente ou se determinada pela falta ou falha de garantia de direitos;

II - Se, ressalvado o respeito a sigilo em caso de gestação decorrente de crime, a pessoa gestante foi orientada sobre direitos de proteção, inclusive de aborto legal (art. 128 do Código Penal);

III - Se foi oferecido apoio psicossocial e socioassistencial para evitar que fatores socioculturais e/ou socioeconômicos impeçam a tomada de decisão amadurecida;

IV - Se as condições cognitivas da pessoa gestante ou parturiente reclamam apoio para a tomada de decisão;

V - Se as condições emocionais e psicológicas, inclusive eventuais efeitos do estado gestacional e puerperal, demandam avaliação clínica apropriada e o prazo estimado para tratamento;

VI - Se a pessoa gestante ou parturiente tem conhecimento da identidade e paradeiro do pai e da família paterna, e se necessita suporte para contato e mediação de eventuais conflitos, salvo no caso de requerer sigilo quanto ao nascimento;

Art. 5º A gestante ou parturiente deve ser informada, pela equipe técnica ou por servidor designado do Judiciário, sobre o direito ao sigilo do nascimento, inclusive, em relação aos membros da família extensa e pai indicado, observando-se eventuais justificativas apresentadas, respeitada sempre sua manifestação de vontade e esclarecendo-se sobre o direito da criança ao conhecimento da origem biológica (ECA, art. 48).

§1º O direito ao sigilo é garantido à gestante criança ou adolescente inclusive em relação aos seus genitores, devendo, nesse caso, ser representada pelo Defensor Público ou advogado a ela nomeado.

§2º Será garantido o sigilo dos prontuários médicos e da finalidade do atendimento à gestante/parturiente nas unidades de saúde, maternidades e perícias médicas de autarquias previdenciárias, notadamente quando noticiada a intenção de entrega para adoção.

§3º Caso não haja solicitação de sigilo sobre o nascimento e a entrega do filho, será consultada a pessoa gestante ou parturiente sobre a existência de integrantes da família natural ou extensa com quem ela tenha relação de afinidade para, se possível, e com anuência dela, também serem ouvidos.

§4º Na hipótese do parágrafo anterior, a busca de integrantes da família extensa respeitará o prazo máximo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período por decisão judicial fundamentada.

Art. 6º A equipe técnica deverá informar, ainda, a gestante ou a parturiente, dentre outros, sobre:

I - o direito à assistência da rede de proteção, inclusive atendimento psicológico nos períodos pré e pós-natal, devendo, de plano, a equipe interprofissional fazer os encaminhamentos necessários, caso haja sua anuência.

II – o direito de atribuir nome à criança, colhendo desde logo suas sugestões, bem como a forma como será atribuído esse nome caso ela não o faça;

III - o direito da criança de conhecer suas origens (ECA, art. 48);

IV – o direito da criança de preservação de sua identidade (art. 8º da Convenção sobre os Direitos da Criança)

V– o direito de a genitora ou parturiente deixar informações ou registros que favoreçam a preservação da identidade da criança, seja sobre o histórico familiar, da gestação e de sua decisão de entrega, seja sobre dados que possam ser úteis aos cuidados da criança, como os relativos a históricos de saúde da família de origem, ou outros que lhe pareçam significativo;

VI – o direito de gozo de licença-saúde após o parto e que a razão da licença será mantida em sigilo.

Art. 7º Os resultados do atendimento realizado pela equipe técnica serão apresentados por meio de relatório técnico.

Art. 8º O magistrado oficiará ao estabelecimento de saúde de referência em que o parto provavelmente ocorrerá, comunicando a intenção da gestante, para que ela receba atendimento humanizado e acolhedor, correspondente à situação peculiar em que se encontra, evitando constrangimentos e resguardando-se o sigilo, requisitando seja o juízo comunicado imediatamente quando de sua internação.

§1º Deve o estabelecimento de saúde, inclusive, ser orientado quanto à necessidade de respeitar a vontade da paciente quanto a não ter contato com o recém-nascido.

§2º É garantida a lavratura do registro de nascimento e emissão da respectiva certidão, inclusive com a atribuição de nome e incluindo todos os dados constantes na declaração de nascido vivo.

§3º Não tendo a genitora atribuído nome à criança, o registro será feito com o prenome de algum de seus avós ou de outro familiar da genitora biológica, conforme dados constantes do relatório da equipe técnica.

§4º Inexistindo outros dados, o juiz atribuirá prenome e sobrenome, bem como o nome da mãe, escolhendo-os entre os da onomástica comum e mais usual brasileira.

Art. 9º Comunicado, no processo, o nascimento da criança ou em se tratando de criança já nascida quando da judicialização, a autoridade judiciária:

I – determinará o acolhimento familiar ou, não sendo este possível, o acolhimento institucional da criança, com respectiva emissão da guia de acolhimento no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) tão logo o procedimento se efetive, indicando como ‘Tipo de Processo’ a ‘Entrega Voluntária’;

II – persistindo o interesse na entrega do recém-nascido para adoção, com base em relatório emitido por equipe técnica interprofissional, e após a alta hospitalar, salvo restrições médicas, designará audiência para ratificação do consentimento sobre a adoção, em até 10 dias.

§1º Caso seja ratificado o desejo de entregar a criança para adoção, a autoridade judiciária homologará a entrega e declarará a extinção do poder familiar (art. 166, § 1º, II do ECA), preferencialmente em audiência, na forma dos arts. 19-A, §8º e 166, §5º do ECA.

§2º Havendo pai registral ou indicado, também será ouvido em audiência, observadas as mesmas formalidades pertinentes à mãe.

§ 3º A audiência dos genitores, conforme recomendação da equipe técnica, poderá ser realizada por profissional qualificado em processo de escuta, designado pela autoridade judiciária, com registro do depoimento em meio eletrônico ou magnético, devendo a mídia integrar o processo.

Art. 10. O consentimento é retratável até a data da realização da audiência especificada no artigo anterior, e os genitores podem exercer o arrependimento no prazo de 10 (dez) dias, contado da data de prolação da sentença de extinção do poder familiar (art. 19-A,

§8º, e art. 166, §5º, ambos do ECA).

§1º O exercício do direito de retratação e de arrependimento deve ser garantido de forma simplificada e diversificada, mediante mera certidão cartorária ou informação à equipe técnica, dentre outros, e entrega de comprovante de protocolo.

§2º Na hipótese do caput, a criança será mantida ou entregue imediatamente aos genitores, salvo decisão fundamentada, e a família será acompanhada por um período de 180 (cento e oitenta) dias (art. 19-A, § 8º do ECA).

Art. 11. Após o decurso do prazo para arrependimento a que faz alusão o art. 166, §5º do ECA, o juízo determinará a inclusão imediata da criança no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, para adoção por pessoas habilitadas.

Art. 12. A entrega, na forma desta Resolução, dispensa a deflagração de procedimento oficioso de averiguação de paternidade, a que faz menção o art. 2º da Lei nº 8.560/1992.

Art. 13. Os Tribunais de Justiça instituirão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, após manifestação das respectivas Coordenadorias da Infância e da Juventude e/ou Comissões Judiciárias de Adoção, programas e atos normativos para disciplinar, na perspectiva intersetorial e jurisdicional, o atendimento da gestante ou parturiente que manifestar interesse em entregar seu filho para adoção, consoante o disposto no art. 19-A cc. os arts. 7º, 8º e 13, todos do ECA, observadas as diretrizes desta Resolução.

Art. 14. Os Tribunais de Justiça deverão reconhecer como atividade inerente à função judicial, para efeito de produtividade, a participação de magistrados e servidores na concretização de programas e fluxos de atendimento, orientação e formação de profissionais no atendimento à pessoa gestante ou parturiente e famílias que declarem a intenção de entrega de filhos para adoção.

§ 1º Para fins que alude o caput, os Tribunais de Justiça também reconhecerão como atividade inerente à função judicial, para efeito de produtividade, a realização de campanhas periódicas com ampla divulgação sobre o direito das gestantes e parturientes de entregarem seus filhos para adoção.

§ 2º As Coordenadorias da Infância e da Juventude prestarão suporte aos magistrados na atuação intersetorial na forma do caput e do §1º.

Art. 15. Os Tribunais de Justiça deverão capacitar magistrados e profissionais que atuem em Varas com competência em Infância e Juventude, mediante convocação, de forma interdisciplinar e continuada, preferencialmente conjunta, para desenvolvimento de competências na atuação intersetorial e procedimental na temática da entrega legal para adoção.

Parágrafo único. Poderão ser incluídos nas capacitações a que alude o caput os atores do Sistema de Garantia de Direitos mencionados no artigo 2º desta Resolução.

Art. 16. Os Tribunais de Justiça deverão estimular a realização de pesquisas com pessoas que tenham passado por procedimentos de entrega, visando avaliar qualidade e possibilidades de aprimoramento do atendimento interinstitucional, num enfoque pautado em direitos tanto da criança, quanto dos genitores.

Art. 17. Esta Resolução entra em vigor 60 (sessenta) dias após sua publicação.

Ministra **ROSA WEBER**

CONSELHEIRO MARCIO LUIZ FREITAS

Autos: ATO NORMATIVO - 0001930-77.2023.2.00.0000

Requerente: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Requerido: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

EMENTA: ATO NORMATIVO. APROVA A RESOLUÇÃO QUE INSTITUI NO PODER JUDICIÁRIO O PROGRAMA TRANSFORMAÇÃO. REGULAMENTA E ESTABELECE CRITÉRIOS PARA A INCLUSÃO DE RESERVA DE VAGAS NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO CONTINUADOS E TERCEIRIZADOS PARA MULHERES EM CONDIÇÕES DE VULNERABILIDADE.

ACÓRDÃO

O Conselho, por unanimidade, aprovou a Resolução, nos termos do voto do Relator. Votou a Presidente. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Sidney Madrugá. Presidiu o julgamento a Ministra Rosa Weber. Plenário, 11 de abril de 2023. Presentes à sessão os Excelentíssimos Senhores Conselheiros Rosa Weber, Luis Felipe Salomão, Vieira de Mello Filho, Mauro Pereira Martins, Salise Sanchotene, Jane Granzoto, Richard Pae Kim, Marcio Luiz Freitas (Relator), Giovanni Olsson, João Paulo Schoucair, Marcos Vinícius Jardim Rodrigues, Marcello Terto, Mário Goulart Maia e Luiz Fernando Bandeira de Mello.

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Conselheiro MARCIO LUIZ FREITAS (Relator):

Trata-se de procedimento instaurado de ofício por este Conselho Nacional de Justiça para submeter ao Plenário proposta de ato normativo que institui, no âmbito do Poder Judiciário Nacional, o Programa “Transformação”, uma política de ação afirmativa voltada à inclusão no mercado de trabalho de mulheres em situação de vulnerabilidade, por meio da criação de cotas em contratos firmados pelo Poder Judiciário que impliquem serviços contínuos com postos de trabalho em regime de dedicação exclusiva.

A propostas surgiu no âmbito da atuação da comissão permanente de políticas de prevenção a vítimas, testemunhas e vulneráveis, a partir de sugestão feita pela Assessoria de Gestão Socioambiental do Superior Tribunal de Justiça e se torna ainda mais importante diante da necessidade de regulamentação no âmbito do Poder Judiciária da Lei nº 14.133/2021, nova lei de licitações e contratos administrativos, especificamente quanto ao Art. 25, § 9º, inciso I, e ao Art. 60, inciso III, in verbis:

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

(...)

§ 9º O edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por: I - mulheres vítimas de violência doméstica;

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

(...)

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

Ademais, por ocasião da realização do evento “Mulheres na Justiça: novos rumos da Resolução CNJ nº 255”, foi publicada a Carta de Brasília, contendo diversas propostas em prol da paridade de gênero, inclusive reforçando a necessidade de estabelecimento de cotas nas contratações de serviço terceirizado pelo Poder Judiciário.

É o relatório.

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Conselheiro MARCIO LUIZ FREITAS (Relator):

A edição da Resolução ora proposta visa a instituir no âmbito do Poder Judiciário, à exceção do Supremo Tribunal Federal, uma política de ação afirmativa, criando um programa voltado à inclusão de mulheres em situação de vulnerabilidade, por meio da criação de cotas em contratos firmados pelo Poder Judiciário que impliquem serviços contínuos com postos de trabalho em regime de dedicação exclusiva. A proposta surgiu no âmbito da atuação da comissão permanente de políticas de prevenção a vítimas, testemunhas e vulneráveis, a partir de sugestão feita pela Assessoria de Gestão Sustentável do Superior Tribunal de Justiça.

Iniciativas dessa natureza já vêm sendo adotadas por diversos órgãos da Administração Pública. De fato, providência similar foi recentemente adotada pelo Poder Executivo, que editou o Dec. nº 11.430/2023, dispondo justamente sobre exigência, em contratações públicas, de percentual mínimo de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica. Antes disso, projetos análogos já haviam sido implementados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Senado Federal, respectivamente com a edição da Instrução Normativa STJ/GP n. 15 de 25 de abril de 2022 e o Ato da Comissão Diretora nº 4 de 2016.

Cabe ressaltar que tais medidas se tornaram ainda mais necessárias com o advento da Lei nº 14.133/2021 (NLLC), que em seu Art. 25, §9º, inciso I, trouxe previsão expressa de casos de reserva de vagas, em contratações públicas, para mulheres vítimas de violência doméstica e egressas do sistema prisional. O referido diploma legal trouxe ainda uma outra importante inovação no Art. 60, inciso III, que estabelece como critério de desempate entre duas ou mais propostas o fato de o licitante desenvolver ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho.

Verifica-se, pois, que a referida norma busca conferir densidade normativa às promessas constitucionais de criação de um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, e de uma República que persiga os objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicação da pobreza e a marginalização, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Para tanto, o que se busca é garantir a mulheres integrantes de grupos vulnerabilizados a possibilidade de ingressar no mercado de trabalho, mediante cotas a serem cumpridas nas contratações feitas pelo Poder Judiciário que, assim, passa a cumprir um importante papel, enquanto órgão integrante da administração pública, na promoção de direitos fundamentais para os mais vulneráveis.

Nesse ponto, cumpre salientar que, em se tratado de uma norma que concretiza direitos humanos, tem aplicação o princípio *Pro Homine*, segundo o qual as normas devem ser interpretadas de forma a ampliar ao máximo os direitos dos indivíduos, visando efetivamente à sua concretização, de modo que quando a norma comportar mais de uma possibilidade de interpretação, deve-se adotar aquela que melhor promova o exercício do direito. Por outro lado, diante de normas que restrinjam direitos, deve-se utilizar a interpretação restritiva, ou seja, deverá ser aplicada a interpretação que imponha a menor limitação possível ao exercício do direito. O que se busca, portanto, é conferir a maior proteção possível à pessoa humana.

Essa perspectiva é especialmente importante quando se cuida de direitos sociais relacionados ao trabalho, na medida em que, nesse campo, o princípio *Pro Homine* se apresenta como um eficaz instrumento de efetividade dos direitos sociais, estabelecendo diretrizes de proteção integral da pessoa humana na sua dimensão integralizadora, compreendendo o ser humano não somente como uma peça no intrincado sistema produtivo, mas também como ser social. Por isso, a garantia ao trabalho é também uma das mais basilares formas de proteção da dignidade humana. Como afirma Robert Castels, “El individuo no es dado sino construido, y la historia social muestra sin lugar a dudas que esta construcción de un individuo moderno independiente fue ampliamente posibilitada por la generalización de la protección social” (El ascenso de las incertidumbres: trabajo, protecciones, estatuto del individuo. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2012. p. 198). Essa compreensão mais ampla das normas que tratam de direitos humanos já foi expressamente acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, verbis:

“HABEAS CORPUS” - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO LEGAL (LEILOEIRO OFICIAL) - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. - Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário. Precedentes. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo

interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de suprallegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. **HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.** - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. (HC 91361, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008, grifamos).

Por isso, quando se está diante de uma norma que visa a garantir a ampliação da proteção da cidadania aos mais vulneráveis, não se pode adotar uma interpretação que restrinja a possibilidade de criação de cotas nas contratações aos grupos explicitados na norma (vítimas de violência doméstica e egressas do sistema carcerário). A rigor, deve-se compreender que o Art. 25, § 9º, I da lei 14.133/2021, ao possibilitar a criação das cotas, indicou um rol aberto de situações de vulnerabilidades que, à luz da experiência e das múltiplas realidades encontradas em um país de dimensões continentais e de desigualdades regionais especialmente marcantes, devem poder ser conformadas pelos tribunais, no uso da autonomia administrativa que a Constituição lhes assegurou. Por isso, no programa que ora se propõe, há expressa previsão de outras categorias de vulnerabilidades que podem ser incluídas nos programas a serem adotados pelos tribunais, e que incluem mulheres vítimas de violência, mulheres trans e travestis, mulheres migrantes e refugiadas, mulheres em situação de rua, mulheres egressas do sistema prisional e mulheres indígenas, camponesas e quilombolas, sendo certo que, nos programas a serem concretamente desenhados pelos tribunais, pelo menos metade das vagas reservadas deverão ser preenchidas por mulheres vítimas de violência. Assim, a norma cuidou, a rigor, de ampliar o espectro de proteção, ao ampliar as categorias de vulnerabilidades que tornariam as mulheres elegíveis para a contratação.

Cabe mencionar, ainda, que a norma ora proposta dispõe que as vagas deverão ser prioritariamente ocupadas por mulheres pretas e pardas e que a norma não trata de pessoas com deficiências, uma vez que já há norma específica prevendo a necessidade de contratação deste grupo (art. 93 da Lei 8.213/91).

Por outro lado, a escolha pela proteção das mulheres nos diversos grupos vulneráveis decorre do fato de que são as mulheres que no mais das vezes assumem o papel de prover o sustento da família. Com efeito, segundo dados do IBGE, cerca de 48% dos lares brasileiros são sustentados por mulheres. Isto não obstante, são também as mulheres que enfrentam o maior índice de desemprego no país (14,9% contra 12% dos homens), recebem os menores salários (20% menores em média do que os homens) e ainda lidam com até três vezes mais casos de assédio moral e sexual no trabalho. O recorte dos grupos vulneráveis para centrar a atuação sobre mulheres, portanto, tem em vista a busca pela redução das desigualdades de gênero ainda persistentes em nosso país. Ademais, é cediço que o Brasil é signatário de convenções internacionais sobre o enfrentamento da violência e discriminação contra a mulher, devendo-se salientar dentre essas a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, internalizada

no Brasil pelo Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Tais normas, em suma, estabelecem o compromisso com a eliminação da discriminação e da violência contra a mulher, como condição indispensável para seu desenvolvimento individual e social e sua plena e igualitária participação em todas as esferas de vida.

Esse cenário compõe-se também da Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, também conhecida como Convenção de Genebra de 1951, internalizada no Brasil pelo Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961, que prevê aos refugiados que gozem dos direitos civis básicos, bem como dos direitos econômicos e sociais que se aplicam a outros indivíduos, em especial, o direito ao trabalho remunerado.

Ainda sobre a inserção do Brasil no sistema internacional de proteção das mulheres, o CNJ internalizou os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da ONU, inseridos na Agenda 2030, no Sistema de Justiça através deste Conselho Nacional de Justiça com a criação do Comitê Interinstitucional estabelecido por meio da Portaria nº 133, de 28/09/2018.

Dessa forma, não resta dúvida de que o Brasil encontra-se vinculado a compromissos internacionais de enfrentamento à discriminação e à violência contra a mulher, que permeiam todos os setores da sociedade, independentemente de classe, raça ou grupo étnico, renda, cultura, nível educacional, idade ou religião.

Com esse espírito, o Conselho Nacional de Justiça já avançou bastante considerando-se o fato de já estar em vigor um razoável arcabouço normativo concernente ao tema em tela, podendo ser citadas como integrantes desse elenco de normas as seguintes Resoluções:

- Resolução CNJ nº 254, de 4 de setembro de 2018, que instituiu a Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as Mulheres no Poder Judiciário e dá outras providências;
- Resolução CNJ nº 425 de 08 de outubro de 2021, que institui, no âmbito do Poder Judiciário, a Política Nacional Judicial de Atenção a Pessoas em Situação de Rua e suas interseccionalidades;
- Resolução CNJ nº 296, de 19 de setembro de 2019, que fixou as competências da Comissão Permanente de Políticas de Prevenção às Vítimas de Violências, Testemunhas e de Vulneráveis;
- Resolução CNJ nº 307, de 17 de dezembro de 2019, que institui a Política de Atenção a Pessoas Egressas do Sistema Prisional no âmbito do Poder Judiciário, prevendo os procedimentos, as diretrizes, o modelo institucional e a metodologia de trabalho para sua implementação;
- Resolução CNJ nº 348, de 13 de outubro de 2020, que estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente;
- Resolução CNJ nº 405, de 6 de julho de 2021, que estabelece procedimentos para o tratamento das pessoas migrantes custodiadas, acusadas, rés, condenadas ou privadas de liberdade que confere diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito do Poder Judiciário;

No mesmo diapasão, em 17 e 18 de setembro de 2022, foi realizado o evento “Mulheres na Justiça: novos rumos da Resolução CNJ nº 255” no qual foram realizadas oficinas coordenadas por juízas pesquisadoras do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gênero, Direitos Humanos e Acesso à Justiça da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), com a participação de juízas das Comissões AMB Mulheres, Ajufe Mulheres e Anamatra Mulheres, relativas à Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), à Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) e à Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra); bem como de juízes e juízas auxiliares da Presidência e da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça.

Dessas oficinas resultou a Carta de Brasília, contendo diversas propostas em prol da paridade de gênero em designação de juízas e juízes auxiliares, em designações de cargos em comissão e funções de confiança, na composição de comissões, comitês, conselhos e grupos de trabalho e nas contratações de serviço terceirizado, por função.

Sendo assim, considerando a necessidade de se avançar e dando passos adiante na agenda de enfrentamento à violência contra a mulher, fazendo que o Poder Judiciário, também na condição de ente da Administração pública, atue firmemente na promoção de direitos humanos, e com inspiração em todos os elementos expostos no presente voto, submeto ao Egrégio Plenário a presente proposta de Resolução, nos exatos termos da minuta de ato normativo em anexo, e voto por sua aprovação.

É como voto.

Conselheiro MARCIO LUIZ FREITAS

MINUTA DE RESOLUÇÃO

Institui, no âmbito do Poder Judiciário Nacional, o Programa “Transformação”, estabelece critérios para a inclusão, pelos Tribunais e Conselhos, de reserva de vagas nos contratos de prestação de serviços continuados e terceirizados para as pessoas em condição de vulnerabilidade.

CONSIDERANDO os fundamentos da República da dignidade da pessoa humana, da cidadania e do valor social do trabalho, fundamentais para a redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, identidade de gênero, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação esculpidos na Constituição Federal de 1988;

CONSIDERANDO que a Convenção Interamericana contra toda forma de Discriminação e Intolerância, internalizado no Brasil pelo Decreto nº 10.932, 22 de janeiro de 2022, prevê expressamente a obrigação dos Estados Partes em adotar “políticas especiais e ações afirmativas necessárias para assegurar o gozo ou exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas ou grupos sujeitos ao racismo, à discriminação racial e formas correlatas de intolerância, com o propósito de promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para essas pessoas ou grupos; e de adotar legislação que defina e proíba expressamente não só o racismo, mas também todas as “formas correlatas de intolerância, aplicável a todas as autoridades públicas, e a todos os indivíduos ou pessoas físicas e jurídicas, tanto no setor público como no privado, especialmente nas áreas de emprego, participação em organizações profissionais, educação, capacitação, moradia, saúde, proteção social, exercício de atividade econômica e acesso a serviços públicos, entre outras, bem como revogar ou reformar toda legislação que constitua ou produza racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância;

CONSIDERANDO que o Artigo 3º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê a obrigação dos Estados Membros no presente Pacto de assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais ali enumerados;

CONSIDERANDO a Convenção no 118 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1962, sobre igualdade de tratamento dos nacionais e não-nacionais em matéria de previdência social;

CONSIDERANDO os termos da Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) internalizada por meio do Decreto no 5.051/2004, e consolidada pelo Decreto no 10.088/2019; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), internalizados pelo Decreto-Legislativo no 226/1991, e consolidados, respectivamente, pelos Decretos no 591 e 592, ambos de 1992, e demais normativas internacionais, bem como as jurisprudências que tratam sobre os direitos dos povos indígenas;

CONSIDERANDO as disposições insertas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), consolidada pelo Decreto no 678/1992; na Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, consolidada no Decreto no 65.810/1969; e na Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da Unesco, internalizada pelo Decreto no 6.177/2007, e consolidada pelo Decreto no 10.088/2019;

CONSIDERANDO que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto no 678/1992, em seus arts. 3o, 4o, 5o, 8o, 21, 25 e 26 confere proteção específica aos povos indígenas;

CONSIDERANDO a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos camponeses, das camponesas e outras pessoas que trabalham em áreas rurais;

CONSIDERANDO os termos da Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, especialmente em seus arts. 5º e 6º, que exigem tratamento equitativo e políticas afirmativas em favor de pessoas ou grupos sujeitos à discriminação ou intolerância;

CONSIDERANDO mais, que esses e outros instrumentos internacionais que integram o sistema especial de proteção requerem a implementação de ações afirmativas como uma forma de proteção específica e concreta que transcenda a concepção meramente formal e abstrata de igualdade e que tem como objetivo o alcance efetivo da igualdade material e substantiva em prol de grupos socialmente vulneráveis;

CONSIDERANDO ser atribuição do poder público desenvolver políticas para garantia dos direitos fundamentais das mulheres nas relações domésticas e familiares, resguardando-as contra práticas de discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha);

CONSIDERANDO a inserção de ações afirmativas na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (Lei de Licitações) que regulamentou a possibilidade de reserva de percentual mínimo de mão de obra nos contratos de terceirização, no âmbito da administração pública, por categorias de pessoas vulneráveis, dentre elas mulheres vítimas de violência doméstica e oriundos ou egressos do sistema prisional;

CONSIDERANDO que a lei 9.474, de 22 de julho de 1997, chamada “Lei do Refúgio”, garante o acesso aos direitos trabalhistas a pessoas refugiadas e que a busca por proteção internacional e meios de integração na nova sociedade por quem foi forçado a abandonar suas casas tem como principal mecanismo de reinclusão a reinserção no mercado de trabalho para a autossuficiência de suas famílias;

CONSIDERANDO que a Lei 13.445, de 24 de maio de 2017 (Lei de Migração), afirma entre os princípios e diretrizes da política migratória brasileira, a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, a acolhida humanitária, o fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e de livre circulação de pessoas e a cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante.

CONSIDERANDO também os alarmantes dados do Dossiê da Associação Nacional de Travestis e Transexuais Brasileiras - ANTRA/2022 sobre Assassinatos e Violências Contra Travestis e Transexuais Brasileiras que informa que o Brasil figura pelo 14º ano consecutivo como o país que mais mata pessoas trans no mundo e que a expectativa de vida de uma pessoa trans no Brasil não ultrapassa os 35 anos de idade;

CONSIDERANDO os dados do Relatório Anual do ACNUR de 2022 que informam que até junho de 2022 havia 61.731 pessoas refugiadas reconhecidas no Brasil, sendo que 49.829 eram pessoas refugiadas venezuelanas;

CONSIDERANDO a Resolução CNJ nº 400, de 16 de junho de 2021, que estabelece a Política de Sustentabilidade do Poder Judiciário no qual as ações socialmente justas e inclusivas devem promover a equidade e a diversidade por meio de políticas afirmativas não discriminatórias, de forma a assegurar aos quadros de pessoal e auxiliar, às partes e aos usuários do Poder Judiciário, o pleno respeito à identidade e expressão de gênero, religião, estado civil, idade, origem social, opinião política, ascendência social, etnia, e outras condições pessoais;

RESOLVE:

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES INICIAIS

Art. 1º Instituir, no âmbito do Poder Judiciário Nacional, à exceção do Supremo Tribunal Federal, o Programa “Transformação”, em caráter nacional, permanente e de fluxo contínuo, que passa a ser regulamentado por esta Resolução, e que tem como objetivo fomentar a adoção de políticas afirmativas as que possibilitem a redução das desigualdades e inclusão social no mercado de trabalho de mulheres integrantes de grupos vulneráveis.

Art. 2º Para fins desta resolução, entende-se como mulheres em condição de especial vulnerabilidade econômico-social:

I – mulheres vítimas de violência física, moral, patrimonial, psicológica ou sexual, em razão do gênero, no contexto doméstico e familiar

II – mulheres trans e travestis;

- III – mulheres migrantes e refugiadas;
- IV – mulheres em situação de rua;
- V – mulheres egressas do sistema prisional;
- VI – mulheres indígenas, campesinas e quilombolas;

CAPÍTULO II DO OBJETO DO PROGRAMA

Art. 3º O programa consiste na reserva, pelos Tribunais e Conselhos, de no mínimo 5% (cinco por cento) das vagas nos contratos que envolvam prestação de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, nos termos do disposto no inciso XVI do caput do art. 6º da Lei nº 14.133, de 2021, para as mulheres incluídas em uma das situações previstas no Art. 2º desta Resolução.

§ 1º Pelo menos metade do total de vagas reservadas deverão ser destinados a mulheres vítimas de violência no contexto doméstico e familiar;

§2º As demais vagas reservadas deverão ser preenchidas por mulheres integrantes dos grupos indicados nos incisos II a VI do artigo 2º, cabendo a definição ao Tribunal ou Conselho, observadas as peculiaridades regionais.

§ 3º As vagas serão destinadas prioritariamente a mulheres pretas e pardas.

§ 4º O disposto no caput aplica-se a contratos com quantitativos mínimos de vinte e cinco colaboradores.

§ 5º O percentual mínimo de mão de obra estabelecido no caput deverá ser mantido durante toda a execução contratual.

§ 6º A indisponibilidade de mão de obra com a qualificação necessária para atendimento do objeto contratual não caracteriza descumprimento do disposto no caput

CAPÍTULO III DA IDENTIFICAÇÃO DAS MULHERES EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE

Art. 4º Para identificação das mulheres em situação de vulnerabilidade previstas no art. 2º, os Tribunais e os Conselhos poderão estabelecer parcerias, por meio de convênios, acordo de cooperação técnica ou outros instrumentos, com instituições públicas, organizações da sociedade civil ou, ainda, com outros organismos e instituições credenciadas que atuem na atenção aos grupos mencionados, em observância às diretrizes das políticas públicas pertinentes.

§1º Os referidos acordos de cooperação técnica ou outros instrumentos deverão possibilitar que as empresas contratadas tenham acesso a cadastros das mulheres em situação de vulnerabilidade que atendam aos requisitos profissionais necessários para o exercício da atividade objeto de contrato, a fim de viabilizar a participação dessas pessoas no processo seletivo para a contratação.

§2º A situação de vulnerabilidade das trabalhadoras contratadas em atendimento ao Programa Transformação será mantida em sigilo pela empresa contratada, pelos Tribunais e pelo Conselho Nacional de Justiça, assegurando-se que o tratamento dos dados respeite as normas atinentes à proteção de dados pessoais.

§3º Os Tribunais ou Conselhos contratantes deverão promover ações de conscientização de seu corpo funcional e, em especial, dos gestores de contratos, com vistas a evitar qualquer tipo de discriminação, em razão da condição vivenciada pelas mulheres integrantes dos grupos descritos no art. 2º.

CAPÍTULO IV

DA CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Art 5º No âmbito do Poder Judiciário Nacional, os editais de licitação que visem à contratação de empresas para a prestação de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra conterão cláusula estipulando a reserva de vagas de que trata o Capítulo II desta Resolução, durante toda a execução contratual

§1º O disposto no caput aplica-se também às hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, para o mesmo objeto.

§2º Será obrigatória a inserção da cláusula de que trata o caput deste artigo para as contratações cujos editais sejam publicados 90 dias após a publicação desta Resolução.

Art. 6º Os editais de licitação e avisos de contratação direta deverão prever a forma pela qual as empresas contratadas comprovarão aos tribunais e conselhos o cumprimento da presente Resolução.

CAPÍTULO V

DAS AÇÕES DE EQUIDADE ENTRE HOMENS E MULHERES

Art. 7º Os Departamentos de Gestão Estratégica e de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça deverão estabelecer indicadores relativos à equidade, diversidade e inclusão, a serem previstos no Plano de Logística Sustentável dos órgãos do Poder Judiciário, conforme disposto na Resolução CNJ 400/2021, Art. 7º, i.

§1º No sentido de fomentar a efetividade do Programa Transformação, a temática deverá tratada nesta Resolução deverá ser incluída no Prêmio CNJ de Qualidade.

Art. 8º O desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho será critério de desempate em processos licitatórios, nos termos do disposto no inciso III do caput do art. 60 da Lei nº 14.133, de 2021.

§ 1º Para fins do disposto no caput, serão consideradas ações de equidade, respeitada a seguinte ordem:

I - medidas de inserção, de participação e de ascensão profissional igualitária entre mulheres e homens, incluída a proporção de mulheres em cargos de direção do licitante;

II - ações de promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento entre mulheres e homens em matéria de emprego e ocupação;

III - igualdade de remuneração e paridade salarial entre mulheres e homens;

IV - práticas de prevenção e de enfrentamento do assédio moral e sexual;

V - programas destinados à equidade de gênero e de raça; e

VI - ações em saúde e segurança do trabalho que considerem as diferenças entre os gêneros.

Art. 9º Os tribunais e conselhos poderão, de acordo com suas peculiaridades regionais, editar normas complementares necessárias à execução do disposto nesta resolução.

Art. 10 Este Ato entra em vigor na data de sua publicação.

CONSELHEIRO MARIO GOULART MAIA

Autos: PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO 0004794-25.2022.2.00.0000

Requerente: CLÍNICA SAYEGH ODONTOLOGIA E MEDICINA INTEGRADA LTDA

Requerido: OFÍCIO DE REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS E TABELIONATO DE NOTAS DE ARUJÁ - SP
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJSP

EMENTA: PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. CORREGEDORIA GERAL. NORMAS DE SERVIÇO DOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS. AVERBAÇÃO DE CPF. GRATUIDADE. PROVIMENTO CN 63/2017. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Procedimento de Controle Administrativo em que se requer o controle de ato de Tribunal que autoriza a cobrança de valores por averbação do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) em certidões de nascimento, casamento e óbito, quando solicitada a segunda via do documento.
2. O texto do Provimento CN 63/2017 (art. 6º, § 3º) é indene de dúvidas e dispensa maior digressão: a emissão de segunda via de certidão de nascimento, casamento e óbito dependerá, quando possível, da prévia averbação cadastral do número de CPF no respectivo assento, de forma gratuita.
3. Argumentar a suposta previsão em lei local para autorizar a cobrança é desconsiderar o poder normativo deste Conselho (art. 103-B, CF); a competência da Corregedoria Nacional de Justiça, de regulamentar a padronização das certidões de nascimento, casamento, óbito e de inteiro teor; e relegar a gratuidade da incorporação do número do CPF aos documentos de identidade civil da União, dos Estados e do Distrito Federal, prevista no artigo 9º da Lei 13.444/2017.
4. Pedido julgado procedente para determinar ao Tribunal a adequação das Normas de Serviço dos cartórios extrajudiciais ao artigo 6º do Provimento CN 63/2017.

ACÓRDÃO

O Conselho, por unanimidade, julgou procedente o pedido para determinar ao TJSP a adequação das Normas de Serviço dos Cartórios Extrajudiciais - item 47.2.5, ao artigo 6º do Provimento 63/2017, nos termos do voto do Relator. Presidiu o julgamento a Ministra Rosa Weber. Plenário Virtual, 10 de março de 2023. Votaram os Excelentíssimos Conselheiros Rosa Weber, Luis Felipe Salomão, Vieira de Mello Filho, Mauro Pereira Martins, Salise Sanchotene, Jane Granzoto, Richard Pae Kim, Marcio Luiz Freitas, Giovanni Olsson, Sidney Madruga, João Paulo Schoucair, Marcos Vinícius Jardim Rodrigues, Marcello Terto, Mário Goulart Maia (Relator) e Luiz Fernando Bandeira de Mello.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. CONSELHEIRO MÁRIO GOULART MAIA (RELATOR): Trata-se de Procedimento de Controle Administrativo proposto por Clínica Sayegh Odontologia e Medicina Integrada LTDA., contra ato do Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelionato de Notas de Arujá/SP, de realizar a cobrança de emolumentos por averbação de CPF em certidões de nascimento, com fundamento em Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo (CGJ/SP).

Aduz, inicialmente, que, em 27.7.2022 “fez o pedido da segunda via de certidões de nascimento por meio do sítio eletrônico <https://registrocivil.org.br/>, plataforma mantida pela ARPEN BRASIL. Houve cobrança no valor de R\$ 197,82 (cento e noventa e sete reais e oitenta e dois centavos), conforme pedido registrado no sistema sob o nº 1759812. Ocorre que a solicitação não foi integralmente atendida pois **a plataforma fez cobrança adicional no importe de R\$ 39,92** (trinta e nove reais e noventa e dois centavos) referente a dois assentos lavrados no Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelião de Notas de Arujá” (Id 4809256).

Ressalta que sem qualquer motivo ou justificativa para a cobrança supra indicada (R\$ 39,92), contatou a mantenedora da plataforma e a serventia do município de Arujá/SP para obter esclarecimentos. Apenas o Cartório de Arujá/SP respondeu, noticiando que “o valor da cobrança se devia a averbação do número do CPF nos registros de nascimento que foram solicitados, nos termos das Normas de Serviço da Corregedoria, Tomo II, SEÇÃO IV, Capítulo XVII, itens 47.2, 47.2.3 à 47.2.5” (Id 4809256).

Defende ser ilegal a cobrança pela inserção do CPF e afirma que o item 47.2.5 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo (CGJ/SP) vai de encontro aos preceitos do Provimento CN

63/2017, que institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais.

Pede a suspensão da aludida cobrança pelos registradores do Estado de São Paulo.

Os autos foram inicialmente distribuídos à douta Corregedoria Nacional de Justiça (Id 4811422). Em seguida, redistribuídos livremente aos Conselheiros, em razão da matéria.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) prestou esclarecimentos sob as Ids 4858300/4858302. Em suma, defendeu a existência de legislação local a respaldar a cobrança dos emolumentos.

É o relatório.

Brasília, data registrada no sistema.

Mário Goulart Maia
Conselheiro

VOTO

O EXMO. SR. CONSELHEIRO MÁRIO GOULART MAIA (RELATOR): O inconformismo relatado nestes autos está relacionado com a cobrança de valores por averbação do número do CPF nos registros de nascimento, quando solicitada a segunda via do documento.

A requerente sustenta ser ilegal o ato, pois o Provimento CN 63/2017, do Conselho Nacional de Justiça, garante a gratuidade da averbação em certidões de nascimento, casamento e óbito.

O TJSP defende a legalidade da cobrança, pelas seguintes razões (Id 4858302):

i) ao instituir modelos únicos de certidão de nascimento, casamento e óbito e dar outras providências, o Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017, da Corregedoria Nacional de Justiça, determinou, entre tantas outras medidas:

“Art. 6º. O CPF será obrigatoriamente incluído nas certidões de nascimento, casamento e óbito. [...] § 3º. A partir da vigência deste provimento, a emissão de segunda via de certidão de nascimento, casamento e óbito dependerá, quando possível, da prévia averbação cadastral do número de CPF no respectivo assento, de forma gratuita. [...]”

ii) as Normas de Serviço desta Corregedoria Geral da Justiça, por outro lado, prescrevem (Tomo II, Capítulo XVII, item 47.2.5): “47.2.5. **À exceção da primeira certidão, as demais deverão considerar, para fins de cálculo dos emolumentos, conforme item 12 da Tabela V da Lei Estadual 11.331/2002, de 26/12/2002, a averbação do CPF;**”

iii) a Lei Estadual n. 11.331, de 26 de dezembro de 2002, **reza no item 12 da Tabela V, que, em valores atuais, se devem cobrar R\$ 5,88 por averbação** ou anotação acrescida na certidão;

iv) em que pese à representação formulada e aos termos do § 3º do art. 6º do Provimento n. 63/2017, **é patente que está correta a regra estadual, que autoriza a cobrança segundo a lei. Como se viu, o direito local, ao regular a matéria** (que é da competência exclusiva do Estado, porque se trata de taxa exigida pela prestação de serviço estadual), **não abre exceção no caso, ao mandar que se exija o pagamento por qualquer averbação ou anotação que se deva acrescentar – como é o caso do número de CPF/MF, que se deve adicionar quando a certidão for expedida, sem que antes constasse do assento;**

v) não existe mais espaço para isenção heterônoma (muito menos por regulamento administrativo, como é o Prov. n. 63/2017), então realmente **não poderiam as Normas de Serviço deixar de esclarecer que também incide a cobrança no caso de averbação do número de CPF/MF.** (Grifo nosso)

Conquanto compreensível os argumentos apresentados pela Corte paulista, é indene de dúvidas que as Normas de Serviço da CGJ/SP – itens 47.2 a 47.2.5 – colidem com as baixadas pelo Conselho Nacional de Justiça. A propósito, o item 47.2.5, ora impugnado, é contrário ao próprio regulamento da CGJ/SP.

47.2.2. Nos assentos de nascimento, casamento e óbito lavrados em data anterior à vigência do Provimento 63 da Corregedoria Nacional de Justiça - CNJ, poderá ser averbado o número de CPF, de forma gratuita, bem como anotados o número do DNI ou RG, título de eleitor e outros dados cadastrais públicos relativos à pessoa natural, mediante conferência.

Reproduzo os dispositivos de cada qual, para melhor visualização e cotejo dos normativos:

Normas de Serviço CGJ/SP (Provimento 58/89)	Provimento CN 63/2017
47. Os modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotados pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais em todo o país, ficam instituídos na forma dos Anexos I, II e III do Provimento 63 da Corregedoria Nacional de Justiça - CNJ. [...] 47.2. O CPF será obrigatoriamente incluído nas certidões de nascimento, casamento e óbito. 47.2.1 Se o sistema para a emissão do CPF estiver indisponível, o registro não será obstado, devendo o oficial averbar, sem ônus, o número do CPF quando do restabelecimento do sistema. 47.2.2. Nos assentos de nascimento, casamento e óbito lavrados em data anterior à vigência do Provimento 63 da Corregedoria Nacional de Justiça - CNJ, poderá ser averbado o número de CPF, de forma gratuita, bem como anotados o número do DNI ou RG, título de eleitor e outros dados cadastrais públicos relativos à pessoa natural, mediante conferência. 47.2.3. A emissão de segunda via de certidão de nascimento, casamento e óbito dependerá, quando possível, da prévia averbação cadastral do número de CPF no respectivo assento, de forma gratuita. 47.2.4. Quando possível, os números dos CPF dos contraentes integrarão a mesma averbação no registro de casamento. 47.2.5. À exceção da primeira certidão, as demais deverão considerar, para fins de cálculo dos emolumentos, conforme item 12 da Tabela V da Lei Estadual 11.331/2002, de 26/12/2002, a averbação do CPF.	Art. 1º Os modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotados pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais em todo o país, ficam instituídos na forma dos Anexos I, II e III deste provimento. [...] Art. 6º O CPF será obrigatoriamente incluído nas certidões de nascimento, casamento e óbito. § 1º Se o sistema para a emissão do CPF estiver indisponível, o registro não será obstado, devendo o oficial averbar, sem ônus, o número do CPF quando do reestabelecimento do sistema. § 2º Nos assentos de nascimento, casamento e óbito lavrados em data anterior à vigência deste provimento, poderá ser averbado o número de CPF, de forma gratuita, bem como anotados o número do DNI ou RG, título de eleitor e outros dados cadastrais públicos relativos à pessoa natural, mediante conferência. § 3º A partir da vigência deste provimento, a emissão de segunda via de certidão de nascimento, casamento e óbito dependerá, quando possível, da prévia averbação cadastral do número de CPF no respectivo assento, de forma gratuita. [...]

Como facilmente se observa, os itens 47, 47.2, 47.2.1, 47.2.2 e 47.2.3 são idênticos ao artigo 6º, §§ 1º, 2º e 3º, respectivamente. Em relação ao item 47.2.5, há patente antinomia.

O texto do Provimento do CNJ (art. 6º, § 3º) e das Normas de Serviço dos cartórios extrajudiciais do TJSP (item 47.2.3) é cristalino e dispensa maiores digressões: a emissão de segunda via de certidão de nascimento, casamento e óbito dependerá, quando possível, da prévia averbação cadastral do número de CPF no respectivo assento, de forma gratuita.

A Corte requerida argumenta a previsão contida na Lei estadual 11.331¹, de 26 de dezembro de 2002, para a cobrança de R\$ 5,88 por averbação ou anotação acrescida na certidão. Inexiste, segundo o TJSP, ressalva quanto ao CPF.

Lei estadual - 11.331/2002 - TABELA V		
DOS OFÍCIOS DE REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS		
	Ao Oficial	A Cart. Das Server
12 - Por Averbação ou Anotação acrescida na Certidão, mais	4,90	0,98

Concessa vênua à CGJ/SP, acolher os argumentos ventilados é desconsiderar o poder normativo deste Conselho (art. 103-B, CF); a competência da Corregedoria Nacional de Justiça, de regulamentar a padronização das certidões de nascimento, casamento, óbito e de inteiro teor (art. 8º do RICNJ); e relegar a gratuidade da incorporação do número do CPF aos documentos de identidade civil da União, dos Estados e do Distrito Federal, prevista no artigo 9º da Lei 13.444, de 11 de maio de 2017.

Art. 9º O número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) será incorporado, **de forma gratuita**, aos documentos de identidade civil da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Quanto à alegação de que a Lei local “não abre exceção no caso, ao mandar que se exija o pagamento por qualquer averbação ou anotação que se deva acrescentar” (Id 4858302), penso que um dispositivo legal só pode ser apli-

¹ Dispõe sobre os emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, em face das disposições da Lei federal n. 10.169, de 29 de dezembro de 2000.

cado nos moldes defendidos pelo TJSP quando não puder ser interpretado, de nenhum modo, segundo a maneira preconizada neste feito.

Com efeito, a Lei Estadual 11.331/2002 - item 12 da Tabela V – não especifica ou mesmo ressalva a cobrança por averbação de CPF. Mas, estabelece o custo das averbações em geral, da qual se exclui, por força do Provimento CN 63/2017, a averbação cadastral do número do Cadastro de Pessoas Físicas. Essa é, a meu sentir, a técnica de interpretação que se deve utilizar.

Nesse contexto, sob qualquer ângulo que se olhe a presente demanda, vê-se que o regulamento editado pela CGJ/SP vai na contramão da política de identificação civil (vide Decreto 10.977², de 23.2.2022, arts. 3º e 11; e Lei 14.534³, de 11 de janeiro de 2023, art. 1º), da integração de dados e da padronização de normas, além de transferir ao cidadão ônus do Poder Público.

É digno de nota, outrossim, que os documentos coligidos ao feito denotam que o item ora impugnado (o item 47.2.5 das Normas de Serviço da CGJ/SP) foi acrescentado à regulamentação local por provimento editado em janeiro de 2021 (Id 4809316), após análise de sugestões apresentadas pela ARPEN/SP, ou seja, a instituição da cobrança pela averbação do CPF à certidão é recente e desvincilhada da Lei estadual.

– Expediente –

Atualização e Alteração das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça (Id 4809316)

Texto vigente:

47. - Os modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotados CNJ.

[...]

47.2.3. A emissão de segunda via de certidão de nascimento, casamento e óbito dependerá, qua

47.2.4. Quando possível, os números dos CPF dos contraentes integrarão a mesma averbação r

Assim, forçoso reconhecer a necessidade de expedição de determinação ao TJSP para que, no prazo de 15 (quinze) dias, proceda à adequação de sua normativa ao Provimento CN 63/2017 deste Conselho.

Corroborar o raciocínio acima expendido, o recente julgado prolatado por esta Casa

CONSULTA. PROVIMENTO CNJ nº 63/2017. ART. 6º, §§ 2º E 3º. OBRIGATORIEDADE DA INCLUSÃO DO CPF NAS CERTIDÕES DE NASCIMENTO, CASAMENTO E ÓBITO. GRATUIDADE. 2ª VIA.

Consulta conhecida e respondida no sentido de esclarecer que a gratuidade a que alude o artigo 6º do Provimento CN/CNJ nº 63/2017 diz respeito tão somente ao ato de averbação do CPF em si, visto que a expedição de segunda via das certidões de nascimento, casamento e óbito, em regra, é serviço registral sujeito a remuneração. (CNJ - CONS - Consulta - 0000268-15.2022.2.00.0000 - Rel. MARCIO LUIZ FREITAS - 1ª Sessão Virtual - julgado em 10/02/2022).

Ante o exposto, **julgo procedente o pedido para determinar ao TJSP a adequação das Normas de Serviço dos Cartórios Extrajudiciais - item 47.2.5, ao artigo 6º do Provimento 63/2017, nos termos da fundamentação supra.**

É como voto.

Intimem-se.

Publique-se nos termos do art. 140 do RICNJ. Em seguida, arquivem-se independentemente de nova conclusão.

Brasília, data registrada no sistema.

Mário Goulart Maia
Conselheiro

2 Regulamenta a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, para estabelecer os procedimentos e os requisitos para a expedição da Carteira de Identidade por órgãos de identificação dos Estados e do Distrito Federal, e a Lei nº 9.454, de 7 de abril de 1997, para estabelecer o Serviço de Identificação do Cidadão como o Sistema Nacional de Registro de Identificação Civil.

3 Altera as Leis nºs 7.116, de 29 de agosto de 1983, 9.454, de 7 de abril de 1997, 13.444, de 11 de maio de 2017, e 13.460, de 26 de junho de 2017, para adotar número único para os documentos que especifica e para estabelecer o Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) como número suficiente para identificação do cidadão nos bancos de dados de serviços públicos

PARECER TÉCNICO: CRITÉRIO DE ESCOLHA DA RAÇA, COR OU ETNIA NO FORMULÁRIO DE ADOÇÃO DO SISTEMA NACIONAL DE ADOÇÃO (SNA)

Fórum Nacional da Infância e Juventude (FONINJ)
Eduardo Rezende Melo

RESUMO: Parecer técnico do Fórum Nacional da Infância e Juventude (FONINJ), solicitado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em razão de Pedido de Providências da Defensoria Pública do Estado da Bahia e da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que aduz possibilidade de preferência étnico-racial de crianças e adolescentes por pretendentes à adoção, nos termos do regulamento do Sistema Nacional de Adoção pela Resolução CNJ n. 289/2019, afrontaria o ordenamento jurídico pátrio, que determina o incentivo à adoção inter-racial.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção, Brasil. Sistema Nacional de Adoção. Discriminação racial. Racismo, Brasil.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de providências deduzido pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA e pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO perante o CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, aduzindo que a possibilidade de preferência étnico-racial de crianças e adolescentes por pretendentes à adoção, nos termos em que regulamentado o Sistema Nacional de Adoção pela Resolução CNJ 289, afrontaria o ordenamento jurídico pátrio, que determina o incentivo à adoção inter-racial, indagando-se: “Se a adoção deve ser incentivada, por que indagar-se dos/das pretendentes sobre a existência de uma preferência étnica?”. Entendem os postulantes, ainda, que tal permissivo implicaria em racismo institucional por parte do Estado em desfavor das crianças e adolescentes que já estão em situação de extrema vulnerabilidade. Afirmam, também, que tal possibilidade seria contrária à Convenção Interamericana contra o Racismo, promulgada por meio do Decreto nº 10.932/2022, com status de emenda constitucional (aprovado sob o rito estabelecido no art. 5º, §3º da Carta Maior).

Entendem que essa diferenciação continuamente promovida pelo CNJ em seu formulário de adoção é a própria representação da discriminação indireta. A desigualdade aqui não se manifesta de forma expressa por parte de alguém, mas através de uma política pública aparentemente neutra, porém com um grande potencial discriminatório. Qualificam a previsão desse critério de discriminação indireta, ou discriminação por “impacto desproporcional”, com aptidão de perpetuar situações de desigualdade resultantes de fatores histórico-culturais. Trata-se de uma das formas mais perversas de discriminação, eis que institucionalizada e operacionalizada por aquele que deveria punir a sua ocorrência.

Sustentam, também, que o estabelecimento de critérios para escolha, notadamente em relação à raça/cor e etnia do adotado, além de não ter previsão em nenhum instrumento normativo vigente no nosso país, vai contra o próprio texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, que ressalta que uma das linhas de ação da política de atendimento é a realização das campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos. De acordo com a inicial, além de não existir qualquer respaldo legal para que o CNJ continue a utilizar critérios étnico-raciais para a escolha de crianças e adolescentes, esta postura é contrária aos interesses das crianças e adolescentes que aguardam a adoção e a evolução de toda a nossa sociedade e constitui-se em uma verdadeira discriminação institucional.

Ao revés, entendem os postulantes necessária a capacitação de todos os profissionais que trabalham com os processos de adoção, que se mostra indispensável para que sejam capazes de identificar se os habilitados à adoção estão devidamente preparados à filiação adotiva e não apenas interessados em imitar a constituição de uma família biológica.

Por tais razões, segundo os postulantes, deve ser excluído do formulário de adoção o critério de escolha da raça/cor ou etnia da criança/adolescente a ser adotado. Ademais, parece-lhes imprescindível que às/aos pretendentes sejam oferecidos cursos continuados acerca da temática étnico-racial, abordando temas relativos à discriminação étnico-racial, racismo e adoção inter-racial, objetivando uma maior qualificação dos/das pretendentes à adoção para o exercício da maternidade/paternidade. Para tanto, as equipes técnicas que atuam nos processos de adoção devem receber capacitação específica sobre esta temática a fim de que possam apoiar, de forma adequada e qualificada, as/os pretendentes, assim como acompanhar as crianças e adolescentes no período de convivência e após a adoção.

Os requerimentos das instituições postulantes voltam-se, portanto, à: 1 – Inserir, no artigo terceiro, dois parágrafos: a) o primeiro vedando a possibilidade de escolha da raça/cor e/ou etnia da criança/adolescentes pelos/pelas pretendentes, nos seguintes termos: “É vedada, pelas partes interessadas em adotar crianças, a opção pela

raça/cor e/ou etnia da criança/adolescente”; b) o segundo determinando que os cursos preparatórios à adoção envolvessem, necessariamente, discussões a respeito das relações étnico-raciais e do racismo, com ênfase nas disposições da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, nos seguintes termos: “Os cursos preparatórios à adoção, referidos no art. 197-C da Lei 8.069/90, deverão abordar, necessariamente, discussões a respeito da educação para as relações étnico-raciais, com ênfase nas disposições da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, e das Leis n.: 10.639/2003, 11.645/2008, 12.288/2010”. 2 – Capacitar, de forma permanente, as equipes técnicas das Varas da Infância e Juventude a respeito da educação para as relações étnico-raciais, com ênfase nas disposições da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, e das Leis n.: 10.639/2003, 11.645/2008, 12.288/2010. 3 – Capacitar, de forma permanente, os Juízes e Juízas com atribuição em infância e juventude a respeito da educação para as relações étnico-raciais, com ênfase nas disposições da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, e das Leis n.: 10.639/2003, 11.645/2008, 12.288/2010.

Houve parecer da MM. Juíza Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça, que sugeriu manifestação deste Fórum Nacional da Infância e Juventude.

É o relatório.

PARECER TÉCNICO

Este parecer pretende-se meramente complementar àquele apresentado pela MM. Juíza Auxiliar da Presidência, com cujas razões concordamos.

Tecemos, todavia, algumas questões complementares, estruturadas em torno dos seguintes eixos:

1. Problematizando pressupostos: diferença étnico-racial e adoção.
2. Diferença na adoção numa perspectiva sócio-histórica e o direito à preservação da identidade de crianças e adolescentes adotadas (inter-racialmente).
3. Correntes de pensamento sobre as relações étnico-raciais no Brasil, as dimensões de racismo (concepções individualista, institucional e estrutural) e a necessidade de enfoque nas relações étnico-raciais horizontais para uma abordagem em torno da adoção inter-racial.
4. Relações étnico-raciais horizontais e adoção trans ou inter-racial: dilemas e perspectivas.
5. Direito e antirracismo no campo da adoção.

Passamos a analisar cada ponto.

1 PROBLEMATIZANDO PRESSUPOSTOS: DIFERENÇA ÉTNICO-RACIAL E ADOÇÃO

O pedido de providências parte de alguns pressupostos que parecem questionáveis.

- 1.1. Que o direito à convivência familiar e comunitária é central na análise da adoção, devendo-se favorecer a superação de barreiras que o promovam, com o que se atenderia o interesse superior da criança;
- 1.2. Que a pergunta em torno da preferência étnico-racial se presta unicamente à população branca, interessada na adoção de crianças pretas, naturalizando esse deslocamento de crianças negras para famílias brancas, e não o de que a pergunta pode se prestar a que famílias negras queiram preferencialmente crianças negras;
- 1.3. Que a inter-racialidade seja por si benéfica e garantidora de direitos;
- 1.4. Que a adoção inter-racial é um objetivo legitimamente passível de persecução para garantia desse direito;
- 1.5. Que a formulação da questão em torno do quesito cor-raça-etnia revelaria racismo institucional pelo CNJ, porque sua única razão de ser seria permitir a escolha de crianças e adolescentes conforme a raça-etnia pelos pretendentes;
- 1.6. Que o campo de incidência antirracista seria o de uma ação institucional com indivíduos pretendentes à adoção, a quem se deveria dispensar ações de conscientização e preparo para a adoção inter-racial.

Como se discorrerá a seguir, entende-se que:

- As relações étnico-raciais perpassam a evolução histórica do instituto da adoção, seja por sua pouca expressividade até os primórdios do século XX para, em seguida, ser marcada por um duplo movimento, de passagem da identidade à diferença e de deslocamento da centralidade dos pretendentes para a criança, reclamando a uma renovada leitura da adoção numa abordagem pautada em direitos.
- A abertura da adoção à diferença numa abordagem pautada em direitos torna necessária a análise conjunta da garantia do direito a convivência familiar e comunitária com o do direito da criança à preservação de sua identidade, levando em conta o fenômeno social do racismo, em suas várias modalidades, com política de atuação abrangente.
- A adoção inter-racial deve ser lida no contexto dos embates em torno das ideologias que perpassam as relações étnico-raciais no país e as dimensões de racismo, entendido como um fenômeno relacional, histórico e social – portanto, construído –, e, em seu caráter estrutural, integrante da organização econômica e política da sociedade, atuando de forma sistêmica, para além de manifestações mais circunscritas nas relações interpessoais e institucionais.
- É importante assentar os corretos termos da interpretação do artigo 197-C, §1º, do ECA, que apenas determina preparação e estímulo da adoção inter-racial e não sua generalização, muito menos sua obrigatoriedade, até mesmo à vista dos riscos que podem advir às crianças e adolescentes.
- A adoção inter-racial deve ser estudada e tornar-se objeto de políticas públicas no campo das relações étnico-raciais horizontais, não se coadunando com o apagamento ou minimização das mesmas, e levando em consideração os embates, e as perspectivas e o modo como as pessoas e as instituições lidam com essas classificações, notadamente os mitos da democracia étnico-racial e do branqueamento populacional.
- Há escassos debates e estudos sobre a adoção inter-racial no país, diversamente do que ocorre no exterior, onde o tema se vê envolto em polêmicas de cunho ético, social e político e que devem ser objeto de consideração no Brasil igualmente, atentando-se às especificidades locais;
- Os dados advindos da questão objeto de polêmica são importantes para a formulação de políticas públicas tanto em relação à situação da população negra no país, como de crianças e adolescentes;
- A questão, contudo, não deve se prestar a uma mera validação de escolhas individuais, mas os dados dela advindos devem possibilitar a formulação de políticas públicas, tendo o Conselho Nacional de Justiça responsabilidade com a adoção de políticas que sejam antirracistas.
- O modelo de cadastro nacional encontra-se em dissonância com mudanças realizadas em outros países para tornar o processo de adoção pautado em direitos de crianças, dando-lhes maior centralidade, com a compatibilização de planos de adoção de pretendentes com os das crianças e que possam levar em consideração as relações étnico-raciais;
- É necessária a mobilização proativa de diversos recursos para a superação de situações discriminadoras e de um tratamento meramente individual da questão, com a mobilização nacional e local da comunidade e organizações negras para reflexão sobre a adoção inter-racial e as condições de suporte as crianças negras para terem seu direito à identidade respeitado, especialmente quando inseridas em famílias inter-raciais.
- A necessidade de utilização dos dados para aferir e monitorar a natureza e qualidade de políticas para a mudança de postura de pretendentes.

2 DIFERENÇA NA ADOÇÃO, AMBIGUIDADE LEGAL E O DIREITO À PRESERVAÇÃO DA IDENTIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES ADOTADAS (INTER-RACIALMENTE)

Retomo alguns aspectos desenvolvidos em outro texto (MELO, 2021). Fonseca recorda que a adoção definiu durante toda a Idade Média, tendo pouca importância na Europa antes do século XX (FONSECA, 1995, p. 117). Apesar do grande número de enjeitados deixados na roda dos expostos, assim como os bandos de jovens que viviam nas vias públicas, antes do século XX houve poucos movimentos ou debates para adaptar as leis sobre adoção ao problema destas ‘crianças abandonadas’ (JABLONKA, 2006; BOSWELL, 1988; VENANCIO, 2010; RIZZINI, 1993). Filhos de criação existiam de fato, mas raras vezes pensava-se em legalizar sua situação pela adoção. A desigualdade – entre filhos ‘legítimos’ e criados – era um fato pacífico da vida. Ainda mais, havia o perigo da adoção ser usada para legitimar filhos adulterinos – um ato que, ferindo a moral familiar, era expressamente proibido na legislação de diversos países - inclusive pelo próprio Código Napoleão, que serve de base a todo movimento de codificação europeu e ocidental (IACUB, 2001, p. 201). Em uma sociedade estamental em que cada um conhecia

seu lugar, um indivíduo sem herdeiros podia achar mais honroso deixar seu patrimônio à Igreja do que a um filho ilegítimo ou ao criado que tinha abrigado durante anos (FONSECA, 1995, p. 117-118).

Como recorda Telles (2003), esta situação afetava particularmente as crianças e adolescentes mestiças no Brasil. De acordo com o autor, se a união inter-racial era oficialmente encorajada pela monarquia portuguesa para povoamento do território, a Coroa portuguesa não encorajava o casamento entre os colonizadores brancos e os pretos e ‘mulatos’ e a própria Igreja Católica condenava a miscigenação e não as reconhecia oficialmente. Como às mulheres portuguesas se proibia a emigração, as relações entre colonizadores e colonizados eram extremamente desiguais e os brasileiros mestiços foram em grande parte gerados através da violência sexual durante o período da escravidão (TELLES 2003, p. 42). Deste modo, no caso do Brasil, para além da preservação estamental da sociedade, a proibição de adoção tinha também uma conotação étnico-racial.

Para Sales (2012), não era uma cultura em que fosse possível a adoção. Seriam necessárias duas transformações no conceito de família antes de que a adoção pudesse se tornar uma forma substitutiva de cuidado: a família precisaria se tornar o lugar de intervenção pública e a paternagem precisaria se tornar uma tarefa psicológica primária na produção da natureza das crianças (SALES, 2012, p. 25-31).

No entendimento de Sales, a introdução da adoção foi menos uma resposta ao crescimento demográfico dos nascimentos ilegítimos (6% de todos os nascimentos, segundo HEYWOOD, 2006, p. 77) e mais um reflexo da importância crescente da família para assegurar um certo tipo de *desenvolvimento* baseado em um modo particular de pertencimento. As sociedades de adoção em Inglaterra iniciam suas práticas baseadas em um cuidado com a reprodução da unidade familiar heterossexual. A adoção emerge como uma forma de poder regulador e disciplinar voltado a resolver os problemas de ilegitimidade para a saúde da nação por um cálculo administrado da nova forma de vida familiar, enraizando a criança na verdade e no conhecimento de uma nova identidade familiar, embora houvesse limitação quanto à assimilação da criança na família adotiva quanto aos direitos hereditários (SALES, 2012, p. 37-40). É um momento em que a adoção é vista como salvação.

A situação não foi diferente no Brasil. O código civil de 1916 previa que qualquer pessoa com mais de 50 anos, sem prole legítima ou legitimada, podia adotar uma criança mediante contrato com os pais biológicos. A relação adotiva era revogável e não anulava o vínculo entre a criança e seus genitores. Emblemática desta situação é o fato de que a adoção não era um instituto previsto na legislação menorista brasileira, o Código Mello Matos. Foi só em 1957 que se vê surgir o interesse no bem-estar da criança, com o que o instituto torna-se ambivalente, porquanto, não sendo passível de se tornar objeto de política pública, passa, não obstante, a pretender ganhar um cunho assistencial, mas ainda pautado pelo ideário identitário. Com efeito, a idade mínima dos pais adotivos baixou para 30 anos e apenas com a lei 4655/65 sobre legitimação adotiva vemos a ideia de um laço irrevogável que confere direitos hereditários à criança e que cessa qualquer ligação com a família anterior. Com o código de menores de 1979, passam a coexistir duas formas de adoção, plena (à imagem da legitimação adotiva), restrita a crianças de até sete anos, justamente para privilegiar essa afiliação desprovida de memória. Segundo Fonseca, o ECA representa justiça social ao eliminar as diferenças entre filhos legítimos e ilegítimos, mas a autora pergunta-se se não vem consolidar as desigualdades gritantes que existem na sociedade de classes (FONSECA, 1995, p. 120-122). Também para um breve histórico sobre a adoção no Brasil, veja: JORGE 1975.

Paulatinamente, desta plena abertura à família de origem, passa-se a um movimento legislativo de maiores direitos da criança adotada, de um lado buscando uma maior equiparação de direitos entre crianças, de outro, em nome de uma outra funcionalidade da adoção, que se insere na política pública de assistência, sobretudo à criança ilegítima. Com isto, a adoção se torna uma renovada forma disciplinada de substituir a vida familiar, forjando-se uma nova tecnologia do sujeito adotivo (SALES, 2012, p. 58), que demandava suporte de experts profissionais.

Na formulação do pós-guerra, em Inglaterra, a alteridade da criança adotiva deveria ser completamente assimilada dentro da nova família adotiva que deveria imitar em todo possível aspecto os laços entre pais e criança em famílias naturais, buscando-se compatibilizar adotantes com a criança para alcançar uma substituição abrangente em termos de semelhança, tudo em nome do bem-estar da criança. Trata-se de uma concepção da adoção pautada na igualdade e na assimilação. Em razão destes mesmos preceitos de desenvolvimento, submete-se também a família adotiva ao sistema de tutela, tornando-a cliente do Estado em sua preparação (SALES, 2012, p. 62-66). Trata-se, portanto, de uma disciplinarização dos modelos familiares, iniciando-se, por meio da adoção, todo um processo de “pedagogização” do que é ser família e do que é o cuidado das crianças. O preço é duplo: de um lado, rompe-se paulatinamente com o preceito de que as adoções seriam contratos, consensuais, e, de outro, aumenta-se gradativamente o número de colocações em adoção como resultado de rupturas dos vínculos parentais de origem (RYBURN, 1994, p. 16), prática que se inicia na Inglaterra em 1949 e 1958, estendendo-se ao resto do mundo (SALES, 2012, p. 66-71). A legitimação adotiva no Brasil, inaugurada com a lei 4655/65, tinha esse escopo de trazer à seara da Justiça de Menores o tratamento da criança abandonada (apenas aquelas menores de 7 anos), que apenas podia ser confiada a famílias desprovida de filhos, que eram submetidas a sindicância por serviço social (CAVALLIERI, 1978, p. 90). Rompe-se igualmente os laços com a família de origem, preceito que persiste no vigente ECA (art. 47, §4º).

Este processo ganha outros contornos com quatro fatores fundamentais: o crescente movimento de abertura de informações dos registros de adoção desde a Segunda Guerra, que se enfatiza nos EUA com a luta pelos direitos civis (HERMAN, 2008, posição 3376-3803); a drástica diminuição do número de nascimentos de crianças ilegítimas – e consequentemente de adoções – como efeito de uma redefinição das práticas de maternagem (controle conceutivo); a crise demográfica e o aumento dos casos de infertilidade – a esterilidade era condição para a adoção plena em nosso Código de Menores de 1979 (NOGUEIRA, 1987, p. 75-76) –, e, por fim, o reconhecimento pelas ciências psicológicas de que ser adotado era sempre uma experiência que marcava o sujeito como diferente daquele criado por sua família biológica, então seguiria que qualquer criança, não apenas uma criança saudável, poderia ser adotada.

Como resultado, advém o crescimento do interesse pela adoção de crianças mais velhas, e, por conseguinte, com reconhecimento de que toda criança sem família poderia potencialmente ser adotada, supera-se a ideia de uma adoção pautada na igualdade/semelhança para se afirmar a adoção, já nos anos 70, como paternagem da criança sob o signo da diferença (SALES, 2012, p. 82-91). No Brasil, trata-se de um movimento mais tardio, já que o Código de Menores de 1979 ainda restringia a adoção plena a crianças de até sete anos de idade (art. 30) (NOGUEIRA, 1987, p. 67-79), mudança que só viria a ocorrer com o advento do ECA, que permite a adoção de adolescentes.

Trata-se, portanto, de um processo de emergência da diferença no seio da adoção, que vem associado com um crescente reconhecimento da importância do direito à preservação da identidade, insculpido no artigo 8º da Convenção sobre os direitos da Criança, de particular relevo na América Latina. Fruto de iniciativa da Argentina – e com apoio brasileiro –, em razão dos trágicos sequestros de crianças ocorridos durante a ditadura (PILOTTI, 2001, p. 52), constituiu-se, a despeito de forte resistência inicial (UNITED NATIONS, 2007, vol.1, p. 384), em inovação normativa no âmbito de direitos humanos, quanto ao seu campo de incidência, seu escopo e o impacto de sua previsão normativa.

A Convenção dá a esse direito um verniz mais processual. Não se trata de tutelar as aquisições do ser humano, mas as possibilidades de construção de si, tensionando este processo naquilo em que é afetado por políticas públicas estatais, merecendo, assim, a proteção convencional.

Numa leitura mais clássica, a identidade da criança era vista como fruto de uma sequência de fases marcadas por crises psicossociais, apenas culminada na adolescência, em que a percepção imediata de si mesmo em sua continuidade temporal é reconhecida pelos outros (ERIKSON, 1979, p. 40).

A Convenção traz à baila a possibilidade de leituras mais amplas ao conceito identitário, embora não haja uma definição normativa do que seja. Há, sim, a determinação para que os Estados Partes respeitem o direito à preservação da identidade, sem interferências ilícitas.

O artigo 8º é interpretado pela doutrina mais abalizada de forma sistemática, vinculado ao artigo 20, que assegura especial atenção à origem étnico-racial, religiosa, cultural e linguística da criança, bem como à conveniência da continuidade de sua educação, ao tratar dos direitos de criança privada de seu meio familiar e colocada sob cuidado alternativo, dentre os quais a adoção.

De fato, embora o dispositivo convencional tenha se originado de proposição de grupos indígenas norteamericanos (UNITED NATIONS, 2007, vol.2, p. 531), sua redação permitiu uma leitura mais ampla, trazendo ao debate público questões identitárias envolvendo sobretudo, mas não exclusivamente, diferenças étnico-raciais (brancos adotando negros), religiosas (protestantes adotando católicos e vice-versa; pessoas de castas distintas na Índia) (LIND, 2009; ENGEL, 2010; BARN, 1999), linguísticas e culturais (LANSDOWN, 1994).

Como se percebe, trata-se, ademais, de uma leitura mais ampla em relação ao disposto no art. 28, §6º, do ECA, cujo enfoque são crianças e adolescentes indígenas e quilombolas e seu direito a consideração e respeito à identidade social e cultural, aos seus costumes e tradições, bem como suas instituições. Trata-se de dois povos e comunidades tradicionais, embora o art. 4º, §2º, do decreto 8750/16 preveja 28 deles no país (BRASIL, 2016). O dispositivo convencional não se restringe a estes povos e comunidades tradicionais, cujos direitos são ainda mais acentuados quanto à preservação da língua, práticas e costumes, conforme regramento na Convenção 169 da OIT. De acordo com a Convenção, esse direito diz respeito a toda e qualquer criança, afetando uma gama muito maior de grupos populacionais, especialmente os minoritários.

Por isso, na interpretação do artigo 20 da Convenção, tem-se valorizado a importância da combinação de continuidade com origem não apenas para defesa do cuidado pautado em laços de parentesco, valorizando a família extensa e as redes de apoio, mas, sobretudo, uma preocupação com o direito de grupos minoritários de gozar sua própria cultura (CANTWELL, 2008, p. 59-61).

Este debate reverte duplamente a temática étnico-racial em relação à adoção.

Primeiro, coloca em questão o que é fundamental em relação à disparidade étnico-racial: seu elemento histórico-cultural, como nos povos quilombolas, ou uma dimensão psicossocial, envolvendo todas as ‘minorias’ étnico-raciais? Embora o processo de reconhecimento da necessidade de políticas públicas específicas voltadas à população negra no Brasil tenha ganhado densidade no campo da cultura (TELLES, 2003, p. 70), inclusive com o reconhecimento constitucional do multiculturalismo como princípio fundamental, as especificidades culturais

afro-brasileiras não ganharam o mesmo estatuto de reconhecimento na legislação voltada a crianças e adolescentes, o que merece ser objeto de problematização e de debate nacional.

Segundo a garantia do direito à convivência familiar e comunitária não pode ser dissociada da análise do direito, próprio à criança, à preservação de sua identidade e o quanto a adoção inter-racial (ou transracial, como pretendem os americanos) asseguraria ou não esse direito.

O tema é objeto de escasso debate nacional, notadamente no que tange ao impacto da adoção inter-racial na vida das crianças adotadas (BORGES, 2020). Esta omissão é ainda mais grave, considerando o fato de haver estudos sobre tensões no âmbito de famílias “biológicas” inter-raciais (SCHUCMAN, 2018), nas quais se evidencia que o amor familiar se manifesta também como uma relação de poder e que a raça-etnia é um elemento organizador dessas relações (ALMEIDA, 2018). Esta omissão é um tanto mais grave num quadro em que a lei adota uma postura de estímulo à adoção inter-racial (BRASIL, 2017, art. 197-C, §1º).

Trata-se, nitidamente, de um debate por se fazer no âmbito da infância e juventude, notadamente porque a temática da identidade, de um lado, e da inter-racialidade, de outro, são temas intimamente ligados às polêmicas em torno das ideologias que atravessam a formação nacional, da supremacia branca à democracia étnico-racial, e das próprias disputas em torno da classificação étnico-racial no país.

Cuida-se, então, de analisar como se aprimorar a atenção às relações étnico-raciais no âmbito do Sistema Nacional de Acolhimento e Adoção e, particularmente, se é o caso ou não de supressão da possibilidade de escolha de crianças e adolescentes por pretendentes pautada no quesito cor-raça-etnia.

3 CORRENTES DE PENSAMENTO SOBRE AS RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS NO BRASIL, AS DIMENSÕES DE RACISMO (CONCEPÇÕES INDIVIDUALISTA, INSTITUCIONAL E ESTRUTURAL) E A NECESSIDADE DE ENFOQUE NAS RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS HORIZONTAIS PARA UMA ABORDAGEM EM TORNO DA ADOÇÃO INTER-RACIAL

Parece importante, como segunda grande contextualização, retomar os distintos modos de pensar as relações étnico-raciais no país, porque afetam o modo de se considerar a adoção inter-racial, eventuais formas de racismo que nela possam incidir, de modo a poder pensar os modos de atuação

Segundo Telles (2003), uma categorização comum na história do pensamento relativo às relações étnico-raciais no Brasil defende a existência de três correntes, postulando que: 1. Há pouca ou nenhuma discriminação étnico-racial no país e grande fluidez entre as etnias-raças; 2. A discriminação étnico-racial, apesar de ampla e generalizada, é transitória; e 3. A discriminação étnico-racial é estrutural e persistente.

A primeira sustentava a tese da democracia étnico-racial e tem seu expoente em Gilberto Freyre (FREYRE, 1987), que via a ideia da miscigenação como um aspecto positivo das relações sociais brasileiras, revelando que as diferenças étnico-raciais eram fluidas e condicionadas pela classe social, tornando a discriminação moderada e praticamente irrelevante. Essa corrente foi predominante no discurso oficial até a década de noventa do século XX.

Embora Freyre tenha representado uma contraposição às ideias eugênicas que predominavam no final do século XIX em torno da supremacia branca e que ditaram a política de branqueamento da população com o estímulo à imigração, do Império ao início do século XX, sua visão positiva e idealizada sobre miscigenação ficou atrelada à ideia de branqueamento desenvolvida na geração anterior e, segundo Telles, o próprio Freyre reconheceu que a miscigenação só pôde ocorrer nos tempos modernos por causa da crença popular na ideologia (da supremacia branca) do branqueamento: a melhor chance para escapar da pobreza era o casamento com brancos ou ‘mulatos’ claros.

Esta teoria foi desafiada a partir dos anos cinquenta, com estudos de Florestan Fernandes, demonstrando a exclusão social de negros no país, embora ainda se crese que o racismo desapareceria com o desenvolvimento do capitalismo e a superação das estruturas sociais herdadas do regime escravocrata (TELLES, 2003, p. 20).

A leitura estrutural é predominante na atualidade e tem em Silvio de Almeida um representante conhecido. Conforme Almeida, costuma-se classificar as concepções de racismo em individualista, institucional e estrutural.

A primeira se expressaria como um fenômeno ético ou psicológico de caráter individual ou coletivo, atribuído a grupos isolados, tendendo a ser vista como uma anormalidade e aproximar-se do preconceito, em detrimento de sua natureza política (ALMEIDA, 2019).

A concepção institucional é tratada como o resultado do fundamento das instituições, que passam a atuar em uma dinâmica que confere, ainda que indiretamente, vantagens e privilégios com base na cor-raça-etnia. Como as formas sociais se materializam nas instituições, nas quais os conflitos sociais e os antagonismos são absorvidos e normalizados, estabelecendo normas e padrões que orientarão a ação dos indivíduos, inserindo-os em um conjunto de significados previamente estabelecidos pela estrutura social, e, com isso, criando modos de subjetivação. Como as instituições são hegemônicas por determinados grupos étnico-raciais, seriam utilizados mecanismos institucionais para impor seus interesses políticos e econômicos, tendo o poder como elemento central de análise, tornando a cultura, os padrões estéticos e as práticas desse grupo o horizonte civilizatório do conjunto da sociedade. Daí a

importância das ações afirmativas para aumentar a representatividade de minorias étnico-raciais e alterar a lógica discriminatória dos processos institucionais (ALMEIDA, 2019).

A concepção estrutural sustenta que a imposição de regras e padrões racistas por parte da instituição é de alguma maneira vinculada à ordem social que ela visa resguardar, não sendo, portanto, algo criado pela instituição, mas por ela resguardado. Deste modo, em uma sociedade em que as instituições não tratem de maneira ativa e como um problema a desigualdade étnico-racial, irão facilmente reproduzir as práticas racistas como ‘normais’. Sem nada fazer, toda instituição irá se tornar uma correia de transmissão de privilégios e violências racistas, de modo tal que, se o racismo é inerente à ordem social, a única forma de uma instituição combatê-lo, é por meio de implementação de práticas antirracistas e efetivas (ALMEIDA, 2019).

É importante, contudo, ter presente, que não se trata de dimensões estanques, mas mutuamente permeáveis. As correntes de pensamento sobre as relações sociais influenciam e se expressam nas formas de expressão do racismo.

A categoria raça é distintiva de uma diferença social percebida como imediata e, em geral, implica na atribuição de estereótipo e identidade. Ela é uma construção social e o racismo é a ideologia resultante. Trata-se de uma ideologia segundo a qual existem raças puras, umas superiores a outras, com características genéticas que são transmitidas hereditariamente e que determinam e são reconhecidas através da cor da pele, traços de inteligência e caráter, e manifestações culturais (Guimarães, 2003). Ao longo dos séculos o racismo tem sido utilizado para justificar diferentes formas de opressão e violência e a manutenção de desigualdades e privilégios.

Contudo, é preciso chamar atenção para as peculiaridades do racismo no Brasil em contraposição a ocorrência desse fenômeno em outros países. Em nosso país a manifestação do racismo é sutil, escapando dos modelos clássicos de explicação do fenômeno oriundos de teorias europeias e norte-americanas. O brasileiro não se identifica com o modelo de racista padrão expresso na figura dos nazistas e fascistas e de grupos tipo Klu Klux Klan ou, na atualidade, os White Powers. O que reforça a ideia de que não há racismo no Brasil e contribui para o não reconhecimento desse fenômeno pelos brasileiros no seu cotidiano. Isso porque, como explica Sansone (2014, p.405), no racismo operante nos países de colonização portuguesa, o qual denomina de “versão católico-latina do racismo” (p.404), a força está centrada: “na combinação intensa de intimidade-proximidade e violência mais que no binômio segregação-discriminação”, de maior prevalência nos países de colonização anglo-saxônica.

Entende-se, assim, que a raça, como constructo sociológico e efeito de discursos, só faz sentido em um determinado contexto histórico, articulado a uma teoria, uma vez que não é possível definir geneticamente diferentes raças humanas. Trata-se, portanto, de uma construção social que remete a discursos sobre as origens de um grupo com base em traços fisionômicos, transpostos para qualidades morais e intelectuais. Também se incorporam discursos sobre o lugar de origem do grupo em questão. Neste caso são discursos que remetem à etnia, ou seja, ao conjunto de indivíduos que histórica ou mitologicamente tem um ancestral, uma língua em comum, a mesma religião e cultura e compartilham o mesmo território. A cor, por sua vez, categoria mais habitual no Brasil, é orientada pela própria ideia de raça, ou seja, por um discurso classificatório sobre qualidades, características e essências transmitidas pelo sangue (Guimarães, 2003).

No Brasil, utilizar apenas o termo etnia para designar a população negra e indígena, e de descendentes de imigrantes europeus e asiáticos, parece insuficiente, visto que eles não têm o mesmo ancestral comum e seus antepassados vieram de vários territórios que se misturaram no país configurando um verdadeiro “caldeirão étnico”. Por outro lado, é o termo raça que melhor permite falar das desigualdades no Brasil, evidenciando diferentes experiências de nascer, viver e morrer conforme o pertencimento racial da população. Assim, no âmbito do presente parecer, sempre que possível utilizamos os dois termos juntos: étnico-racial e, daí, a prevalência na caracterização de pardos e pretos, na esteira do próprio Estatuto da Igualdade Racial, como negros.

À vista deste quadro teórico, é importante destacar os vieses de análise mais marcantes quando se trata de propiciar condições para colocação em família substituta de crianças e adolescentes em condições de serem adotados. Assim, não é possível se levar em consideração apenas as ações internas da instituição, devendo se atentar igualmente aos valores e crenças dos sujeitos envolvidos neste processo, mas que são estranhos ao Judiciário, vale dizer, tanto as crianças e adolescentes, de um lado, como os pretendentes à adoção, de outro e, por conseguinte, necessariamente as dimensões relacionais e interindividuais.

Parecem, neste contexto, operativas as duas grandes categorias sugeridas por Telles: pode-se pensar as relações étnico-raciais sob uma perspectiva vertical, considerando fundamentalmente as desigualdades sociais, políticas e econômicas e as relações étnico-raciais horizontais, que mais nos interessam, e que versam sobre as interações e notadamente a miscigenação – e, com ela, as adoções inter-raciais –, porque dizem respeito aos níveis de sociabilidade (TELLES, 2003, p. 25-26).

4 RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS HORIZONTAIS E ADOÇÃO TRANS- OU INTER-RACIAL: DILEMAS E PERSPECTIVAS

Refletir sobre as adoções inter-raciais no Brasil deve levar em consideração essas distintas dimensões do racismo nas relações horizontais, mas, mais ainda, uma problematização sobre que raça-etnia estamos falando. Com efeito, falar em raça-etnia e em inter-racialidade pressupõe ter presente os debates e disputas em torno da classificação étnico-racial, porque é aí, para além da supremacia branca, que aparecerão as ideologias e padrões de relações quanto ao modo de responderem a forças históricas, políticas e culturais distintas.

Para Telles, isto se expressa fundamentalmente no modo de classificação das pessoas como negras. Nos EUA, a grande maioria das pessoas com ascendência africana é classificada como negra, porque há preferência à noção estática de raça, tradicionalmente vinculada a um regime de ascendência, justamente para eliminar a incerteza nos casos de miscigenação, levando as pessoas a se representarem a espécie humana dividida essencialmente e naturalmente. No Brasil, ao contrário, a categoria negra é evasiva, permitindo, de um lado contornar o estigma social e, por outro, a manipulação política que repele importantes distinções sociais. Daí a prevalência do termo ‘cor’ para expressar uma combinação de características físicas, incluindo a cor da pele, o tipo de cabelo, a forma do nariz e dos lábios, com a atribuição comum de conotações negativas aos traços físicos das categorias não-brancas (TELLES, 2003, p. 103-105).

Por isso, a questão da classificação está intimamente relacionada com a questão ideológica do tratamento da raça-etnia e, neste contexto, haveria de se pensar o problema da adoção inter-racial.

De um lado, há uma inconsistência e uma disputa política em torno da classificação étnico-racial. Segundo Telles, há, no Brasil, três grandes sistemas para caracterizar o grande continuum de cores do branco ao negro: a) os censos, com suas três categorias (branco, pardo e preto), ao longo de um continuum; b) o discurso popular, que utiliza categorias múltiplas, inclusive o termo especialmente ambíguo *moreno*; e o sistema binário defendido pelo movimento negro, baseado exclusivamente nos termos branco e negro.

A questão é relevante em relação à adoção inter-racial por três razões.

Primeiro, reconhecer que a classificação oficial não é consensual e que a utilização pelo CNJ poderia ser objeto de problematização.

Com efeito, de um lado o discurso popular reflete uma sensibilidade de ênfase na ambiguidade e subestimação da temática étnico-racial, de que a prevalência do termo *moreno* seria emblemática. De outro lado, o movimento negro não apenas tenta valer-se do termo ‘negro’ como categoria política, voltado a diminuir a ambiguidade entorno da classificação étnico-racial, a desestigmatizar da negritude e a unificar o movimento de luta por direitos.

Segundo, porque há disparidade de aceitação de crianças pardas em relação a crianças pretas por parte dos pretendentes e esta divisão tem consequências nítidas, porque muito mais crianças são excluídas por serem pretas e não pardas.

Terceiro, porque dentro da escala de pardo há variações grandes e a maior aceitabilidade desse grupo social não necessariamente reflete uma abertura inter-racial por parte dos pretendentes, podendo, pelo contrário, expressar uma tentativa de branqueamento ou de negação da diferença étnico-racial.

Tal divergência poderia ensejar duas estratégias diferentes. Uma, de ampliação do campo de variação de cor das crianças para facilitar a colocação em família substituta. Outra, a diminuição binária para demarcar a sua condição étnico-racial e garantir não apenas condições de reconhecimento, ao menos cultural, de sua ascendência afro-brasileira, como também melhores condições de aferir que os pretendentes não têm preconceito étnico-racial.

A primeira estratégia não se mostra razoável. Telles aponta, por exemplo, que a não-utilização nas estatísticas do termo *moreno* no lugar de pardo, embora muito mais aceito pela população, ocorre justamente porque sua larga utilização impediria qualquer tentativa razoável de mensurar as desigualdades por categorias decorrentes de diferenças étnico-raciais tão visíveis nas interações sociais, pois este é o objetivo de coleta de informações em qualquer democracia multirracial moderna.

A segunda estratégia é mais complexa, com vantagens e desvantagens. A miscigenação não cria seres de raça-etnia mistas, como seria o caso do pardo, “mulato” ou mestiço, mas ela cria uma realidade, política e relacional, tanto de possível valorização da mestiçagem, inclusive como emblema de brasilidade, como de exclusão e de marginalização, tanto de mestiços como de negros, em graus semelhantes ou diferentes, o que demanda mecanismos para dar visibilidade ao fenômeno.

A questão não é teórica, muito menos meramente legal. Se é certo que o Estatuto da Igualdade Racial adotou postura conciliatória, designando de preto e pardo a cor das pessoas para efeito de classificação censitária e deixando o termo negro para qualificar o conjunto da população (preta e parda), tratando-se de uma questão eminentemente de direitos humanos seu caráter processual e histórico não pode ser minimizado e deve-se haver, sempre, um diálogo permanente com os grupos afetados e envolvidos.

Por isso, parece importante levar-se em consideração a experiência concreta das pessoas, notadamente as consequências concretas que a atribuição de raça-etnia provoca na vida das pessoas, garantindo privilégios para as

195

peças brancas e inúmeras desvantagens nas vidas das peças negras a experiência singular de peças desses grupos minoritários para iluminar as possibilidades hermenêuticas das normas jurídicas, atentando ao modo como as relações de poder permeiam as interações cotidianas entre grupos sociais e entre indivíduos. Escutar o que as peças desses grupos minoritários têm a dizer – e daí a importância metodológica do *storytelling* e das entrevistas em avaliações qualitativas – permite uma compreensão diferenciada das normas jurídicas e das práticas institucionais e a promoção de ações igualmente concretas pelos poderes estatais na definição de políticas públicas (MOREIRA, 2019).

Neste sentido, embora seja pequena a pesquisa nacional em torno da adoção inter-racial, há pesquisas sobre o impacto dos casamentos e uniões inter-raciais nas crianças para subsidiar essa reflexão.

Um dos elementos fundamentais que aparecem nas relações inter-raciais familiares, conforme estudo de Schucman (2018), é o mecanismo de negação da raça-etnia, renegando a negritude de membros da família, com consequências que podem ser brutais para quem nasce e cresce com a ambiguidade, como de uma mãe que ama seu filho, e mesmo assim o violenta – tratando-se de filhos biológicos (SCHUCMAN, 2018, p. 57).

Nesse sentido, o fato de a maioria das crianças e adolescentes acolhidos serem pardos (48,8%), conforme CNJ (2020) e de que 51% dos pretendentes as aceitem, não deve ser objeto de comemoração, notadamente ao se considerar que apenas 15% aceitam crianças e adolescentes pretos. Essa diferença deve ser lida com bastante cuidado, já que ela poderá implicar uma estratégia não apenas de negação da raça-etnia, mas também de branqueamento familiar da criança “parda” adotada, em uma potencial discriminação interindividual, somada à negação do direito das crianças à preservação de sua identidade.

Schucman (2018), partindo da revisão bibliográfica de estudos sobre família e de estudos sobre relações étnico-raciais, cotejados com a análise de conteúdo de entrevistas com membros de 05 famílias inter-raciais, descreve como famílias inter-raciais da região metropolitana de São Paulo constroem e/ou desconstróem os significados de raça-etnia e racismo. Conclui que tais significados modulam os vínculos das famílias inter-raciais e que a diversidade de seus membros pode tanto contribuir para a elaboração e enfrentamento do preconceito e discriminação étnico-racial vivenciados na sociedade como para sua perpetuação (SCHUCMAN, 2018). A psicóloga constata como, ao invés de ser um vetor para a desconstrução e reelaboração do racismo, de forma implícita ou explícita, o racismo pode se colocar ou ser repostado, modulando os vínculos afetivos (SCHUCMAN, 2018), com efeitos psicológicos tanto em brancos como em negros, apresentando situações de não aceitação de sua autoimagem, de sua cor, aproximando-se da ideologia do branqueamento, com a consequente provocação de sentimento de superioridade dos brancos em relação aos negros (FANON, 1952).

Telles (2003) sugere que o desejo de branqueamento é mais forte entre mulheres do que entre os homens. A maior tendência de branquear os filhos quando a mãe é mais clara que o pai pode derivar do fato de que as mulheres possuem condições de mobilidade econômica mais limitadas e, portanto, possuem maior apego à ideia de branqueamento para fortalecer as possibilidades de seus filhos, dando-lhes uma identidade étnico-racial mais favorável (TELLES 2003, p. 121).

A esse branqueamento pelos pais, soma-se a dificuldade pelos filhos de identificação como “mestiço”, fenômeno relatado em distintos países (DALMAGE, 2006), inclusive entre nós até porque considerar-se negra, neste contexto, implica, para muitos, estar sujeito a uma vida socialmente marcada pela cor da pena, pela inferiorização e pela discriminação (SCHUCMAN, 2018).

Kilomba (2021) acentua a vinculação da mestiçagem com a anormalidade pela vinculação do termo “mulato” à mula, animal infértil, ao vira-lata (que é o fruto de cruzamento de duas raças diferentes) e, por conseguinte, àquele que não é nem um, nem outro, apenas inferior em relação à branquitude como norma absoluta que dita o princípio da superioridade étnico-racial (KILOMBA, 2021). Com isso, o sujeito negro só pode existir em relação ao outro, o branco (FANON, 1952)

Conforme SCHUCMAN, apud SOUZA (2018), “a possibilidade de construir uma identidade negra exige como condição imprescindível a contestação do modelo advindo das figuras primeiras – pais ou substitutos - que lhe ensinam a ser uma caricatura do branco” (SCHUCMAN, 2018), o que demanda por parte dos pretendentes uma profunda e constante crítica e autocrítica do fenômeno da branquitude e de como ele impacta as relações interpessoais.

A branquitude pode ser compreendida enquanto identidade étnico-racial e posição social que se materializa através do racismo, na medida em que se sustenta pela construção negativa da subjetividade dos não brancos, negação de seus direitos e desqualificação do debate sobre relações étnico-raciais e promoção da igualdade. No Brasil, há autores que definem branquitude como a identidade étnico-racial das pessoas de cor de pele branca e autores que defendem tratar-se de uma posição social de poder e de privilégios simbólicos e materiais, fundada em relações historicamente desiguais entre brancos e não brancos. Mas, há consenso na literatura sobre algumas características desta identidade étnico-racial e posição social como: a invisibilidade, tendo em vista a branquitude ser tomada como o padrão universal de ser humano; a neutralidade frente ao poder e privilégios simbólicos e materiais histórico-socialmente adquiridos; e a omissão em relação ao debate sobre relações étnico-raciais e promoção da igualdade. Tais características beneficiam todas as pessoas de cor de pele branca, independentemente de serem críticas ou não

do racismo ou estarem engajadas em lutas antirracistas (Müller & Cardoso, 2018; Meireles, Feldmann, Cantares, Nogueira &, Guzzo, 2019; Carrera, 2020; Bento 2022).

Esta crítica e autocritica condiciona o sucesso de qualquer dimensão de aproximação, inclusive a veiculação de fotos de crianças e adolescentes em condições de serem adotados.

A admiração e a valorização das características físicas e dos padrões de beleza dos povos europeus é um indicador de quais indivíduos e grupos são considerados ocupantes naturais de lugares de poder e destaque (ALMEIDA, 2019), o que se revela nas chances e oportunidades de adoção de crianças e adolescentes pretos. Considerando a forma de difusão das crianças nos cadastros de adoção, é importante se trabalhar essas concepções com os pretendentes. Tem-se afirmado o quanto o cabelo é objeto simbólico em que se ancora a construção social, cultural, política e ideológica, tanto do racismo brasileiro como da produção da identidade étnico-racial branca, ícone da desvalorização da identidade negra (SCHUCMAN, 2018) por ser associado à sujeira, à estranheza, à domesticação colonial (KILOMBA, 2021).

5 DIREITO E ANTIRRACISMO NO CAMPO DA ADOÇÃO

Este quadro permite-nos dispor de elementos para ponderar e avaliar com mais cautela os requerimentos formulados pelos postulantes, notadamente quanto à existência da questão em torno da preferência étnico-racial dos pretendentes.

Em relação à questão da preferência étnico-racial, entendo que, diversamente do que sustentam os postulantes, a partir do momento em que o ECA prevê em seu artigo 197-C, §1º, “preparação psicológica, **orientação e estímulo** à adoção inter-racial” (grifos nossos) não apenas o referido dispositivo é uma autorização legal para a indagação acerca do desejo de realizar uma adoção inter-racial, como torna facultativa a adoção inter-racial, justamente porque ela demanda preparação e orientação, não sendo algo passível de generalização, muito menos um procedimento imperativo.

No entanto, é de se assinalar que a pergunta não pode ser analisada isoladamente. Os postulantes – e talvez o público em geral – podem ler a pergunta como expressão de discriminação. Todavia, há uma inconsistência e uma lacuna de fundamental importância no Sistema: não há, ao menos nas estatísticas oficiais disponíveis ao público, informações sobre a raça-etnia dos pretendentes.

Não se tem, assim, condições de avaliar se a preferência é fruto de discriminação e de exclusão ou de afirmação identitária, vale dizer, de pardos ou pretos querendo adotar apenas crianças e adolescentes de sua “raça-etnia”. Os dados poderiam ser lidos de outra maneira.

Poder-se-ia contra-argumentar a importância de adoção inter-racial também de crianças brancas por famílias negras, sugerindo que a questão devesse ser abolida.

Os postulantes parecem sugerir que a adoção inter-racial seria um objetivo a ser perseguido. Entendo equivocada tal interpretação. O referido artigo 197-C, §1º, do ECA determina preparo e estímulo, não autorizando nem pretendendo que haja condicionamento à habilitação pela aceitação da adoção inter-racial.

Nem poderia ser diferente.

Trata-se de tema bastante polêmico em todo o mundo, seja quando envolver transferência de crianças de países pobres para países ricos pela adoção internacional, desenraizando-as de suas culturas originais, com questões ético-políticas, inclusive sob o ângulo do (neo-)colonialismo (YGNVESSON, 2000; FONSECA, 2006, 2009, VILLALTA, 2011), seja, no que mais nos toca no presente tema, nas adoções inter- ou trans- raciais realizadas no âmbito doméstico.

Deve-se dar destaque ao debate norte-americano sobre o tema.

Quando se cogitou a edição pelo Congresso Norte-Americano do “Multiethnic Placement Act” houve intenso e caloroso debate acadêmico. Enquanto prestigiosos jornais, como o New York Times e grupos vinculados ao movimento negro defendessem que crianças fossem acolhidas ou adotadas preferencialmente por famílias da mesma raça-etnia, Randall Kennedy foi um dos detratores da proposta, entendendo que isto afetava desproporcionalmente a colocação de crianças em famílias substitutas e representaria um retrocesso na política de igualdade étnico-racial desde a luta por direitos civis na década de sessenta do século XX. Para o professor de Harvard, a proibição de adoções Inter-raciais (trans raciais) traria consequências morais e políticas, reforçando racismo por dar primazia à raça-etnia sem cumprimento do ônus de demonstração que famílias brancas teriam menos condições do que as negras de responder aos desafios de criação de uma criança de outra raça-etnia. A seu ver, não haveria autorização legal para esse tipo de generalização sem afronta a direitos fundamentais e pondera mesmo que brancos poderiam saber melhor sobre seu próprio mundo e como lidar com os desafios de promoção de interesses da criança adotada numa sociedade dominada por brancos (KENNEDY, 2001).

Essa orientação encontra ressonância nos estudos da professora branca Rita Simon, que colhe histórias de vida de pessoas adotadas em famílias inter-raciais (trans raciais), valendo-se de uma perspectiva assemelhada a de *storytelling* recomendada por Adilson José Moreira (SIMON & ROORDA, 2000).

A lei foi aprovada na década de noventa do século XX. O Multiethnic Placement Act proíbe as agências de proteção à criança que recebem fundos federais de retardar ou denegar colocações em acolhimento ou em adoção em razão da raça-etnia, cor ou origem nacional das famílias acolhedoras ou pretendentes à adoção, como também de usar esses fatores como base para denegar a aprovação de potenciais famílias acolhedoras ou pretendentes à adoção. No entanto, este ato requer das mesmas agências que o recrutamento das famílias acolhedoras ou pretendentes à adoção reflitam a diversidade étnico-racial de crianças, em um processo conhecido como recrutamento diligente (EUA 2020)

No entanto, em relatório apresentado pelo Evan B. Donaldson Adoption Institute, várias críticas são tecidas à possibilidade de adoção inter ou trans racial. O relatório, baseado em um exame do impacto da lei ao longo de uma década, sustenta que as crianças de minorias étnico-raciais adotadas por famílias brancas enfrentam desafios especiais e que os pais brancos precisam de preparação e treinamento para lidar com as situações decorrentes da inter-racialidade. O relatório recomenda alteração legal para permitir que as agências considerem a raça-etnia e a cultura como um dos muitos fatores na seleção de pais adotivos para crianças.

De acordo com Ron Nixon, em artigo no New York Times, este relatório foi endossado por diversas instituições norte-americanas como The Child Welfare League of America, the Adoption Exchange Association, the National Association of Black Social Workers, Voice for Adoption and the Foster Care Alumni of America. Segundo o articulista, o relatório evidencia que, embora a adoção inter-racial (trans racial) em si não produza problemas psicológicos ou sociais em crianças, essas crianças muitas vezes enfrentam grandes desafios por ser a única pessoa negra em um ambiente todo branco, tentando lidar com o ser diferente. Por este motivo, embora a ideia de cegueira racial possa ser ótima, a realidade social é de muita consciência da raça-etnia e este fator precisa ser abordado, não se podendo fingir que o problema não existe e deixar para a criança lidar com essas dificuldades.

Este é, de fato, um elemento fundamental: o racismo não é algo fácil de ser identificado, pode ser sutil, e a criança não conta com recursos suficientes para superar tal situação, de modo que saber se a pessoa está suficientemente preparada para essa adoção é fundamental. Portanto, a pergunta deve ser vista como um indicador de proteção das crianças, normalmente esquecida nos debates em torno da adoção inter-racial (BADEN, 2002).

O estudo norte-americano traz outros elementos que devem ser ponderados. De modo mais significativo ao contexto brasileiro, os estudos sobre que se pauta o relatório indicam que muitas crianças adotadas inter-racialmente, particularmente as mais negras, expressam o desejo de ser brancas (JUFFER, 2006), tem um desafio maior com aceitação e conforto com sua aparência física do que aquelas adotadas por pessoas da mesma raça-etnia (ANDUJO, 1988; KIM, 1995), com maior desafio para que sejam capazes de desenvolver uma identidade étnico-racial positiva (MCROY, ZURCHER, LAUDERDALE, & ANDERSON, 1982; ANDUJO, 1988; BADEN, 2002), com confusão sobre sua identidade e com consequentes problemas comportamentais e sofrimento psicológico (CEDERBLAD, HOOK, IRHAMMAR, & MERCKE, 1999). Um dos fatores é a dificuldade de lidar com a discriminação e com o preconceito, o que afeta particularmente meninos (CEDERBLAD, ET AL., 1999; FEIGELMAN, 2000) (EVAN B. DONALDSON ADOPTION INSTITUTE, 2008)

Como se percebe facilmente, são problemas semelhantes aos identificados por Schucman (2018) no Brasil, mas em relações parentais inter-raciais biológicas, de modo que a adoção inter-racial não deve ser trivializada, sobretudo, sem uma reflexão mais aprofundada sobre quais cuidados deve envolver.

É o que sustenta Dalmage (2006) igualmente, entendendo que a posição de Kennedy é muito mais fruto de idealização do que de consideração das consequências concretas para as crianças dos desafios de convivência numa família inter-racial, especialmente no contexto norte-americano, de persistente segregação nas relações étnico-raciais horizontais (DALMAGE, 2006).

Com todas as diferenças ressaltadas entre o sistema norte-americano e o brasileiro em torno das relações étnico-raciais horizontais, e diante do reconhecimento de desafios substanciais às crianças no contexto inter-racial, notadamente em sociedades que são marcadas pela discriminação, seria igualmente idealista, senão ideologicamente controverso pretender, nas circunstâncias atuais, um ideal de absoluta miscigenação. Seria ignorar as adversidades da discriminação étnico-racial, a exclusão, relegando à criança e ao adolescente toda a responsabilidade por fazer frente aos desafios de posturas inadequadas e de difícil avaliação por se darem no contexto doméstico. Sem terem recursos suficientes para tanto.

Isto não quer dizer, contudo, que se defenda, em nome de uma suposta identidade étnico-racial, que crianças pardas ou pretas deveriam ser adotadas apenas por pessoas de semelhante identificação.

Entende-se, sim, que a questão é complexa, não basta a mera aceitação de crianças e adolescentes de raças-etnias distintas, sem que se cumpra efetivamente a lei, com um preparo adequado e aprofundado, mais do que para aceitar a adoção inter-racial, para a convivência inter-racial, para a crítica e autocritica à branquitude e para a adoção de práticas e posturas antirracistas na sociedade.

Como aponta HAMAD (2002), tanto a preferência por idades reduzidas, como por raça-etnia parecida à do(s) pretendentes expressa um certo risco de mobilizar um desejo de criar a criança “à nossa imagem”, induzindo uma vontade inconsciente de apagar sua história ou de supor que nada de sua pré-história de sujeito é digno de sua história de filho inscrito em sua nova filiação” (HAMAD, 2002). A adoção é, pelo contrário, abertura para o outro, abertura por excelência (HAMAD, 2002).

Trata-se, portanto, de um desafio de preparação para uma efetiva abertura à alteridade.

Por isso a importância dos dados advindos dessa questão.

Com efeito, todos os estudos apontados evidenciam o quanto os dados foram fundamentais para superação da ideologia da democracia étnico-racial e da negação da discriminação étnico-racial. Trata-se de um primeiro passo, embora muito incompleto, para rompimento da ideia de que, para ser antirracista ou, para não parecer preconceituoso, é preciso ignorar por completo a ideia de raça-etnia e a cor de alguém e que tratar alguém como igual e com respeito implica em ignorar totalmente sua raça-etnia, como algo não significativo na proporção de seu caráter, na construção de suas habilidades e talentos ou na sua capacidade de fazer contribuições sociais valiosas. A cegueira em relação a raça-etnia é componente necessário para o que, no Brasil, vem sendo chamada de ‘ideologia da democracia étnico-racial’ (SCHUCMAN, 2018). É todo o contrário do que propugna autores como, por exemplo, Adilson José Moreira, pautando-se por uma ideia de igualdade objetiva, neutra, liberal.

A pergunta se mostra, portanto, extremamente importante em termos de elaboração de políticas públicas.

Esta dimensão analítica da possibilidade da pergunta é fundamental, seja do ponto de vista do direito da população negra, seja da perspectiva das crianças.

Da parte da população negra, é de se recordar o que Marisa Feffermann e colegas sustentam: “raça/cor” deve ser entendida como uma variável social, não biológica, que carrega consigo construções históricas de exclusões, sendo um importante determinante da falta de equidade em saúde entre os grupos populacionais. Durante muito tempo essa informação não constava nos registros oficiais, como nascimentos, mortes, atendimentos, serviços, patologias específicas, registros hospitalares etc. Assim, como não havia a inclusão do quesito “cor” nos registros, as diferenças entre brancos e negros eram invisibilizadas e as reivindicações do movimento negro quanto à saúde eram banalizadas e consideradas naturais. Vale salientar que retirar (ou não colocar) dos registros de dados a informação sobre a cor, inclusive do Censo de 1970 (1960 e 1980 havia a informação), foi/é uma estratégia adotada historicamente no Brasil, no sentido de manter a falácia da democracia étnico-racial. Como diz a autora: “As causas e as proporções das mortes são muito diferentes, quando se compara os dados referentes a brancos e negros. Elas explicitam nitidamente iniquidades, determinando expectativas de vida ao nascer muito diferentes, quando se comparam os dois grupos” (FEFFERMANN et al., 2018, p. 20).

Conter a pergunta no sistema é, portanto, extremamente relevante para a adoção de estratégias de intervenção. De visibilidade. Para o movimento negro.

Para as crianças e adolescentes também. De acordo com Qvortrup (1997), a história mostra que um dos problemas de qualquer movimento de liberação é a naturalização da percepção de qualquer grupo subordinado. Reivindicações de extensão de direitos a novos grupos sempre envolveram o desafio de problematizar o senso comum, o ‘homem comum’ ou a ‘ordem social natural’. Se as crianças devem ser vistas como membros ativos e construtivos da sociedade, e que a infância é parte constitutiva da sociedade, deve-se salientar a condição da criança como categoria social em suas distintas especificidades. Neste sentido dar voz coletivamente a crianças implica representá-las em termos equivalentes a outros grupos da sociedade e contradizer a imagem adultocêntrica. A invisibilidade de crianças em estatísticas e em outras formas de análises de dados é um dos exemplos dessa falta de consideração da infância como categoria social. Estatísticas públicas são instrumentos de reprodução social e a coleção de informações sobre crianças devem também ser vistas nessa perspectiva. Estatísticas sociais implicam em produção de crianças, gastos investidos em crianças e falência na atenção a consecução de objetivos socialmente construídos, de modo que o desafio é tornar as crianças uma unidade de observação na produção de estatísticas, destacada do núcleo familiar, que a ela não se equipara. Para o sociólogo, é necessário que essa atenção ocorra em todos os níveis para se obter informações mais acuradas dos interesses não necessariamente iguais de adultos e crianças, dando expressão às condições de vida de crianças, como coletividade, pela agregação de informações, como condição fundamental para a melhoria das condições de vida das próprias crianças (QVORTRUP, 1997).

Contudo, uma coisa é ter o dado, outra coisa é o que se faz com o dado e qual o critério de legitimidade de seu uso.

Trata-se, aqui, da responsabilidade institucional do Conselho Nacional de Justiça. Como sustenta Almeida, invocando Giddens, “a estrutura é viabilizadora, não apenas restritora, de modo que pensar o racismo como parte da estrutura não retira a responsabilidade individual sobre a prática de condutas racistas e não é um alibi para racistas. Pelo contrário, entender que o racismo é estrutural, e não um ato isolado de um indivíduo ou de um grupo, nos torna ainda mais responsáveis pelo combate ao racismo e aos racistas” (ALMEIDA, 2019, p.). Tal perspectiva coloca, efetivamente, sob responsabilidade do Judiciário ações transformadoras que impactem os pretendentes à adoção.

Nesse sentido, no âmbito institucional, segundo Almeida (2019), é dever de uma instituição que realmente se preocupe com as relações étnico-raciais investir na adoção de políticas que visem: a) promover a igualdade e a diversidade em suas relações internas e com o público externo – por exemplo na publicidade; b) remover obstáculos para ascensão de minorias em posições de direção e de prestígio na instituição; c) manter espaços permanentes para debates e eventual revisão de práticas institucionais; d) promover o acolhimento e possível composição de conflitos étnico-raciais e de gênero (ALMEIDA, 2019, p.48-49).

O CNJ adotou política afirmativa para o ingresso de negros na magistratura, conforme Resolução Nº 203 de 23/06/2015, em consonância com a lei 12.990/2014, que regula as cotas para vagas em concurso público para as demais carreiras do funcionalismo público.

Entretanto, é de se registrar que, ao menos sob uma classificação de um observador externo, não há, no âmbito do FONINJ, representantes negros da magistratura.

Ainda neste campo da representação negra entre os profissionais que prestam atendimento a crianças e adolescentes e aos pretendentes à adoção, é preocupante o fato de muitos Tribunais de Justiça não contarem com equipes técnicas em seus quadros, devendo ser editada regra prevendo uma maior presença de profissionais negros dentre os profissionais contratados para serviços eventuais, notadamente na área da infância e juventude, tratando-se desde logo de uma ação de aprimoramento institucional.

O tema é polêmico e vem ganhando profundidade nos debates nacionais, pela crescente conscientização por parte da sociedade quanto ao mito da democracia étnico-racial e dos desafios concretos e palpáveis vividos pela população negra para superação do racismo no país. Entende-se, por isso, que a adoção inter-racial não se apresenta num modelo pronto e acabado, pelo contrário, passou por incipiente discussão nacional, e o Conselho Nacional de Justiça, com a devida vênia, deveria assumir uma postura proativa de levantar o tema a debate público, envolvendo a sociedade em geral nesta questão e particularmente o movimento negro e as crianças e adolescentes.

Entende-se, ainda, que ao tempo em que se deve questionar, problematizar e refutar o modelo tradicional de suposta democracia étnico-racial brasileira, deve-se avançar no debate em torno dos sentidos e dos limites da multirracialidade, da miscigenação na sociedade brasileira. A mestiçagem, afinal, tem sido problematizada filosoficamente como capacidade de reconhecer a multiplicidade e a diferença, de relativizar as polaridades e dualidades, sendo capaz sempre de colocar-se no lugar do Outro, de mover-se em direção à alteridade, valorizando as misturas e tudo o que dela possa advir como terceiro (SERRES 1993).

Isso só é possível se formos capazes de observar a lição de Santos: “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades” (SANTOS 2014, p. 79).

Com efeito, estudos e a experiência demonstram que a superação do racismo nas relações interindividuais depende da capacidade de olhar para o mundo e para si mesmo com a experiência do outro, numa crítica à branquitude a partir de relacionamentos de solidariedade com sujeitos negros, permitindo a elaboração de uma sensibilidade antirracista, com movimentos paradoxais de “acreditar na raça para desacreditá-la em seguida”, vale dizer, “levar em conta que a raça é componente fundamental para compreender as desigualdades entre brancos e negros, mas, ao mesmo tempo, o reconhecimento de que a raça é contorno no qual não há conteúdo intrínseco ou essencial” (...), mas resultado de uma condição de dominação” (SCHUCMAN, 2018, p. 131).

Esta difícil e paradoxal equação mostra-se presente em diversos aspectos ora debatidos, como, por exemplo, o debate entre movimentos identitários e políticas universalistas (FRASER, 1990, 2010, 2014, 2015), os intentos de repensar a igualdade de forma mais relacional que interindividual (MOREIRA, 2019; BUTLER, 2015, 2016, 2021), a relação e mediação entre igualdade e diferença, ou mesmo o lugar do consenso e do dissenso, senão dos conflitos, na própria concepção de democracia (RANCIÈRE, 1995, 2005, 2012) ou os significados da mestiçagem enquanto filosofia e política (SERRES, 1993). Há extensa e farta literatura a respeito desses impasses contemporâneos, sobre a qual não cabe estender-se neste momento.

Parece fundamental que essa discussão e problematização atinja os magistrados e equipes técnicas.

Se esse relacionamento de solidariedade passa pela elaboração de uma sensibilidade antirracista, é fundamental que os operadores do direito, notadamente os magistrados, mas também as equipes técnicas, inclusive as terceirizadas, sejam alvo de ações capacitadoras e sensibilizadoras. Moreira sugere a necessidade de abertura para pensar como um negro, vale dizer, criticando uma perspectiva interpretativa que entende o princípio da igualdade como exigência de tratamento simétrico e aplicação dos mesmos procedimentos para todas as pessoas, numa suposta homogeneidade, para então levar em consideração as desigualdades sociais efetivas entre negros e brancos e a necessidade constitucional de promoção de igualdade entre grupos étnico-raciais e de proteção de grupos sociais que padeçam de subordinação. Neste contexto, para Moreira, o direito deve ser considerado como instrumento de transformação social, levando em conta a situação social e política de grupos afetados por normas jurídicas e práticas sociais, rejeitando o individualismo e o formalismo como parâmetros interpretativos (MOREIRA, 2019).

Por isso, para Schucman (2018), é preciso abordar o tema de forma mais aberta e sistemática, ainda mais no que se refere ao trabalho do psicólogo nas diversas instâncias de sua atuação, o que ainda mais se mostra relevante em contexto sociopolítico da colocação de crianças em famílias substitutas por adoção.

Deste modo, seria fundamental dar especial ênfase no preparo de famílias para a inter-racialidade, o que envolveria, fundamentalmente, a superação da cegueira racial, não apenas com a conscientização sobre as distintas modalidades e experiências de racismo na sociedade e sobre branquitude, ministradas por pessoas negras ou vinculadas a outras minorias étnico-raciais, mas também envolvimento em ações potencialmente transformadoras (MALLOWS, 1999).

O enfoque não deve ser apenas de preparo dos profissionais e dos pretendentes, deve ser voltado também e fundamentalmente a crianças e adolescentes.

Embora se alardeie que a adoção implica a escolha de uma família para uma criança e não de uma criança para uma família, a crescente objetivação do sistema nacional, pautado fundamentalmente por critério cronológico, indica caminho contrário a esse pressuposto, dissociando-se das experiências comparativas mais modernas. Essa inversão de valores foi pautada igualmente nos EUA, no tema da adoção inter-racial, ao se contrapor um suposto “direito à adoção” por pretendentes brancos em relação àquilo que deveria prevalecer na análise do que melhor convém aos interesses da criança, inclusive eventual prevalência de colocação em família substituta de igual raça-cor-etnia (HOWE 2008).

O emparelhamento dos registros de crianças e adolescentes, de um lado, e, de outro lado, dos pretendentes tem caminhado internacionalmente por uma preocupação, sim, com objetividade, mas sem descurar de aspectos subjetivos fundamentais, que levem em consideração, primordialmente, os interesses superiores da criança, nos termos do art. 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Neste sentido caminham, por exemplo, Portugal, Guatemala, Espanha, França¹, onde os pretendentes são selecionados a partir das necessidades e interesses da criança, inclusive com avaliação comparativa entre casais.

Para tanto, a elaboração de planos de adoção, tanto pelas crianças e adolescentes, como pelos pretendentes, implica um exercício de aprofundamento de expectativas e de limites que devem ser combinados e respeitados.

Em diversos países se leva em consideração os planos da criança, com elaboração específica de projetos neste sentido (por exemplo, HENRIQUES et al., 2017).

Neste sentido, deve-se fomentar a superação de uma suposta objetividade no emparelhamento/“emparelhamento”/afiliação dos cadastros de pretendentes e crianças e adolescentes, para que sejam considerados outros critérios, dentre os quais as aspirações das crianças e adolescentes, inclusive de permanecerem em famílias de semelhante cor-raça-etnia.

Parece fundamental em relação àquelas que aceitem a inclusão em famílias inter-raciais a articulação e fomento de grupos especialmente voltados a crianças adotadas inter-racialmente, a exemplo do que ocorre em outros países (MALLOWS, 1999; DUCK, 2003) e que já se mostra presente no país, embora voltado a adultos (ADOTIVA). Se a adoção implica o reconhecimento de alguma perda, as crianças adotadas inter-racialmente podem vivenciar outras perdas como de herança, entendimento, comunidade (MALLOWS, 1999).

Parcerias com grupos de apoio à adoção que promovam discussões sobre racismo envolvendo pessoas negras e grupos negros parece ser outra estratégia importante, não apenas para que sejam levantados aspectos da cultura negra, visando a valorização de aspectos identitários, mas sobretudo de valorização étnico-racial e de adoção de práticas antirracistas.

Neste sentido, é importante previsão de plano de adoção antirracista por parte de pretendentes que queiram adotar crianças pretas e pardas (como conjunto da população negra, conforme a lei), contemplando a inclusão em seu projeto de vida de recursos favorecedores de valorização da cultura negra, de identificação pela criança com a cultura negra e de (re)conhecimento do processo de branquitude e de estratégias políticas e culturais de sua superação como parte da luta contra o racismo.

Particularmente, parece igualmente fundamental que haja fomento a pesquisas com crianças e pessoas adotadas em famílias inter-raciais.

Outro aspecto que deve ser mencionado, na esteira do debate em torno do direito à preservação da identidade é o crescente movimento de reformas legislativas em distintos países (a exemplo da Espanha, Argentina, Irlanda, Alemanha, Suíça, além da vasta tradição dos países anglo-saxões) em torno da adoção com contato (MELO, 2021).

O debate em torno do direito à preservação da identidade tem gerado ampla discussão sobre vinculação aos territórios, a exemplo da Austrália, mas que deve implicar especial atenção quando envolva separação de ir-

1 Veja-se, por exemplo, a experiência guatemalteca (http://www.cna.gob.gt/Documentos/InformacionPublica/Manual_de_Procedimientos_Administrativos_de_Adopci%C3%B3n.pdf), ou espanhola (<https://inclusio.gva.es/es/web/menor/listas-de-asignacion-y-tramitacion132>; <https://www.comunidad.madrid/servicios/asuntos-sociales/adopcion>) ou francesa (<https://www.adoptionefo.org/ladoption/adopter-en-france/adopter-en-france/#efa-5>)

mãos. Trata-se de tema também debatido, por exemplo, na Inglaterra, onde se assinala que a distância geográfica e afastamento de suas comunidades tem sido considerado como grande fator de perda para crianças e adolescentes pretos na colocação em família substituta (DUCK, 2003), o que se acentua quando há afastamento entre irmãos (GOLDSTEIN, 1999).

Retomando o pensamento de Hamad (2002), de que a adoção deve ser abertura à alteridade, e aquele desenvolvido por Melo (2021), de que a adoção não deve implicar uma disputa de soma zero, com perdedores e ganhadores, mas de mútuo ganho, de ampliação de concepções de família e de rede, o debate sobre adoção inter-racial pode ser um importante ponto de partida para revisão do Sistema Nacional de Adoção e de Acolhimento, do modelo de adoção do país e das pautas para melhores formas de garantia do direito à convivência familiar e comunitária.

É o parecer que submeto à Vossa apreciação.

Brasília, julho de 2022.
Eduardo Rezende Melo

REFERÊNCIAS

- ADOTIVA. Associação Brasileira de Pessoas Adotadas. Disponível em: <https://www.instagram.com/adotivabrasil/>. Acesso em: 16 jun. 2023.
- ALMEIDA, Silvio. Prefácio. In: SCHUCMAN, Lia Vainer. **Famílias inter-raciais: tensões entre cor e amor**. Salvador: EDUFBA, 2018.
- ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.
- ANDUJO, Estela. Ethnic identity of transracially adopted hispanic adolescents. **Social Work**, v. 33, p. 531-535, 1988.
- BADEN, Amand L. The psychological adjustment of transracial adoptees: an application of the cultural-racial identity model. **Journal of Social Distress and the Homeless**, 11, p. 167-192, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1023/A:1014316018637>. Acesso em: 16 jun. 2023.
- BENTO, C. **O pacto da branquitude**. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.
- BORGES, Camila Aparecida Peres; SCORSOLINI-COMIN, Fabio. As adoções necessárias no contexto brasileiro: características, desafios e visibilidade. **Psico-USF**, Bragança Paulista, v. 25, n. 2, p. 307-320, abr./jun. 2020.
- BOSWELL, John. **Kindness of strangers: abandonment of children in western europe from late antiquity to the renaissance**. London: The Penguin Press, 1988.
- BRASIL. **Decreto n. 8.750, de 9 maio de 2016**. Institui o Conselho Nacional dos Povos Tradicionais. Brasília: Portal de Legislação, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8750.htm. Acesso em: 16 jun. 2023.
- BUTLER, Judith. **Notes toward a performative theory of assembly**. Massachusetts: Harvard University Press, 2015.
- BUTLER, Judith (org.). **Vulnerability in resistance**. Durham & London: Duke University Press, 2016. *E-book*.
- BUTLER, Judith. **A força da não-violência**. Lisboa: Edições 70, 2021.
- CANTWELL, Nigel; HOLZSCHEITER, Anna. A commentary on the United Nations Convention on the rights of the child. **Article 20. Children deprived of their family environment**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- CARRERA, F. Raça e privilégios anunciados: ensaio sobre as sete manifestações da branquitude na publicidade brasileira. **Revista Eptic**, 22(1), p. 6-28, 2020.
- CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1978.
- CEDERBLAD, M.; HOOK, B.; IRHAMMAR, M.; MERCKE, A. Mental health in international adoptees as teenagers and young adults: an epidemiological study. **Journal of Child Psychology & Psychiatry & Allied Disciplines**, 40, p. 1239-1248, 1999.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico sobre o Sistema Nacional De Adoção e Acolhimento**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/cnj/relatorio_diagnostico_sna_cnj_2020.pdf. Acesso em: 16 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Estatísticas.** Pretendentes. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sna/principal.jsp>. Acesso em: 16 jun. 2023.

DALMAGE, Heather. Interracial couples, multiracial people, and the color line in adoption. In: WEGAR, Katarina. **Adoptive families in a diverse society.** New Brunswick: Rutgers University Press, 2006.

DUCK, Monica. Working with black adopted children and their families: the post-adoption centre's experience. In: ARGENT, Hedi. **Models of adoption support.** What works and what doesn't. London: BAAF, 2004.

ENGEL, Madeline H.; PHILLIPS, Norma K.; DELLACAVA, Frances A. Cultural difference and adoption policy in the United States: the quest for social justice for children. **International Journal of Children's Rights**, Leiden, Martinus Nijhoff, 18, p. 291-308, 2010.

ERIKSON, Erik. **Identity and the life cycle.** New York: W.W. Norton and Company, 1979.

EUA. OFFICE OF HUMAN SERVICES POLICY. **The Multiethnic Placement Act and Transracial Adoption 25 Years Later.** Washington: ASPE, 2020. Disponível em: <https://aspe.hhs.gov/reports/multiethnic-placement-act-transracial-adoption-25-years-later>. Acesso em: 16 jun. 2023.

EVAN B. DONALDSON ADOPTION INSTITUTE. **Finding families for african american children:** the role of race and law in adoption from Foster Care: Policy & Practice Perspective. Nova Iorque: Evan B. Donaldson Adoption Institute, 2008. Disponível em: <https://sociologyinfocus.com/files/old/publications/mepapaper20080527.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2023.

FANON, Frantz. **Peau noire, masques blancs.** Paris: A verba futurum, 1952.

FEFFERMANN, Marisa; et al. Introdução: o genocídio no Brasil: uma questão complexa. In: FEFFERMANN, Marisa; et al. **Interfaces do Genocídio no Brasil:** raça, gênero e classe. São Paulo: Instituto de Saúde, 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Interfaces-do-Genocidio-no-Brasil.pdf. Acesso em: 12 jul. 2022.

FEIGELMAN, W. Adjustments of transracially and inracially adopted Young adults. **Child and Adolescent Social Work Journal**, 17, 165-183, 2000.

FONSECA, Claudia. **Caminhos da adoção.** São Paulo: Cortez, 1995.

FONSECA, Claudia. Da circulação de crianças à adoção internacional: questões de pertencimento e posse. **Cadernos pagu**, v. 26, jan./jun. 2006.

FONSECA, Claudia & CARDARELLO, Andrea. Direitos dos mais e menos humanos. In: FONSECA, Claudia & SCHUCH, Patrice (org). **Políticas de proteção à infância.** um olhar antropológico. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2009.

FRASER, Nancy. **Qu'est-ce la justice sociale?** Reconnaissance et redistribution. Paris: La découverte, 2015.

FRASER, Nancy. **Scales of Justice.** Reimagining Political Space in a Globalizing World. New York: Columbia University Press, 2010.

FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere. **Social text**, Duke University Press, n. 25/26, p. 56-80, 1990.

FRASER, Nancy; BOLTANSKI, Luc. **Domination et émancipation.** Pour un renouveau de la critique sociale. Lyon: Presses universitaires de Lyon, 2014

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala.** 25ª edição. Rio de Janeiro, José Olympio, 1987.

GUIMARÃES, A. S. A. Como trabalhar com "raça" em sociologia. **Educação e Pesquisa**, v. 29, p. 93-107, 2003.

GOLDSTEIN, Beverley Pratt. **Black siblings.** A relation for life. In: MULLENDER, Audrey. We are family. Siblings relationships in placement and beyond. London: BAAF, 1999.

HAMAD, Nazir. **A criança adotiva e suas famílias.** Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.

HENRIQUES, Margarida; SILVA, Sara; TEIXEIRA, Diana Neves; DOMINGUES, Margarida. **Vou ter uma Nova Família:** Programa de Preparação da Criança para a Adoção. Caderno da Criança. Lisboa: Coisas de Ler, 2017.

HERMAN, Ellen. **Kinship by design.** A history of adoption in modern United States. Chicago & London. The University of Chicago Press, 2008

HEYWOOD, Colin. **A history of childhood.** Cambridge: Polity press, 2006

HOWE, Ruth-Arlene W. Race Matters in Adoption. **Family Law Quarterly**, v. 42, n. 3, p. 465-79, 2008. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/25740669>. Acesso em: 5 ago. 2022.

IACUB, Marcela. Homoparentalidade et ordre procréatif. In: Borrillo, Daniel & Fassin, Eric. **Au-delà du Pacs. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité**. Paris : PUF, 2001.

JABLONKA, Ivan. **Ni père ni mère**. Histoire des enfants de l'assistance publique (1874-1939). Paris: Éditions du Seuil, 2006.

JORGE, Dilce Rizzo. Histórico e aspectos legais da adoção no Brasil. **Rev. Bras. Enferm**, Brasília, v. 28, n. 2, abr./jun 1975.

JUFFER, F. Children's awareness of adoption and their problem behavior in families with 7-year-old internationally adopted children. **Adoption Quarterly**, 9 (2/3), p. 1-22, 2006.

KENNEDY, Randall. Orphans of separatism: the painful politics of transracial adoption. Liberal's misguided efforts to respect race may harm children – and deepen racial intolerance. In: **The American Prospect**. December 2001. Disponível em: <https://prospect.org/civil-rights/orphans-separatism-painful-politics-transracial-adoption/>. Acesso em: 9 jul. 2002.

KILOMBA, Grada. **Memórias da plantação**. Episódios de racismo cotidiano. São Paulo: Pólen, Cobogó, 2021.

KIM, W. International adoption: A case review of Korean children. **Child Psychiatry and Human Development**, 25 (3), 141-154, 1995.

LANSDOWN, Gerison. The welfare of the child in contested proceedings. In: RYBURN, Murray. **Contested adoptions**. Research, law, policy and practice. Aldershot, Arena – Ashgate Publishing, 1994

LIND, Judith; JOHANSSON, Shruti. **Preservation of child's background in In- and Intercountry adoption**. International Journal of Children's Rights. Leiden, Martinus Nijhoff, 17, p. 235-260, 2009.

MALLOWS, Michael. Meeting the needs of transracially adopted young people. In: BARN, Ravinder (ed). **Working with black children and adolescents in need**. London: BAAF, 1999.

MCROY, R.; ZURCHER, L.A.; LAUDERDALE, M.L.; ANDERSON, R.M. Self-esteem and racial identity in transracial adoption. **Social Work**, 27, p. 522-526, 1982.

MELO, Eduardo Rezende. Adoção com contato e direitos da criança e do adolescente: uma problematização de paradigmas. In: VIEIRA, Marcelo de Mello e BARCELOS, Paulo (org). **Direitos da criança e do adolescente: direito à convivência familiar e comunitária em foco**. Belo Horizonte, DE Plácido. Disponível em: https://www.academia.edu/49048069/Ado%C3%A7%C3%A3o_com_contato_e_direitos_da_crian%C3%A7a_e_do_adolescente_uma_problematiza%C3%A7%C3%A3o_de_paradigmas.

MEIRELES, J.; FELDMANN, M.; DA SILVA CANTARES, T.; NOGUEIRA, S. G.; GUZZO, R. S. L. Psicólogas brancas e relações étnico-raciais: em busca de formação crítica sobre a branquitude. **Revista Pesquisas e Práticas Psicossociais**, 14(3), p. 1-15, 2019.

MOREIRA, Adilson José. **Pensando como um negro**. Ensaio de hermenêutica jurídica. São Paulo: Contracorrente, 2019.

MÜLLER, T. M.; CARDOSO, L. **Branquitude**: estudos sobre a identidade branca no Brasil. Appris Editora e Livraria Eireli-ME, 2018.

NIXON, Ron. De-emphasis on Race in Adoption Is Criticized. **The New York Times**, publicado em 27/05/2008. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2008/05/27/us/27adopt.html>.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários ao Código de Menores**. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1987.

PILOTTI, Francisco. **Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño**: el contexto del texto. Santiago: CEPAL, 2001

QVORTTRUP, Jens. A voice for children in statistical and social accounting: a plea for children's rights to be heard. In: JAMES, Allison & PROUT, Alan. **Constructing and reconstructing childhood**. Contemporary issues in the sociological study of childhood. 2ª ed. London: Routledge, 1997.

RANCIÈRE, Jacques. **Au bords du politique**. Paris: Gallimard, 2012.

RANCIÈRE, Jacques. **La haine de la démocratie**. Paris: La fabrique, 2005.

RANCIÈRE, Jacques. **La mésentente**. Politique et philosophie. Paris: Galilée, 1995.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno manual antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RIZZINI, Irma. **Assistência à infância no Brasil**. uma análise de sua construção. Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 1993

RYBURN, Murray. Openness and adoptive parents. In: MULLENDER, Audrey. **Open adoption**. The philosophy and the practice. London: BAAF, 1991

RYBURN, Murray. The use of an adversarial process in contested adoptions. In: RYBURN, Murray. **Contested adoptions**. Research, law policy and practice. Aldershot, Arena – Ashgate Publishing, 1994

SALES, Sally. **Adoption, family and the paradox of origins**. A Foucauldian History. New York: Palgrave Macmillan, 2012

SANSONE, L. Raça. In: SANSONE, L.; FURTADO, C. A. (orgs). **Dicionário crítico das ciências sociais dos países de fala oficial portuguesa**. Salvador: Edufba, p. 393-412, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2014.

SCHUCMAN, Lia Vainer. **Famílias inter-raciais**. Tensões entre cor e amor. Salvador: EDUFBA, 2018.

SERRES, Michel. **Filosofia mestiça** = Le Tiers-instruit. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

TELLES, Edward. **Racismo à brasileira**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

UNITED NATIONS. **Legislative history of the Convention on the Rights of the Child**. New York & Geneva. 2007, 2 volumes.

VENANCIO, Renato Pinto (org.). **Uma história social do abandono de crianças**. De Portugal ao Brasil: séculos XVIII-XX. São Paulo: Alameda/Ed. PUC Minas, 2010.

VILLALTA, Carla. Entregas, adopciones y dilemas en el campo de organismos destinados a la infancia. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, 19 (1):312, jan./abr. 2011.

YGNVESSON, Barbara. Un niño de cualquier color: race and nation in intercountry adoption. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Globalizing institutions**: case studies of regulation and innovation. Aldershot: Ashgate, p. 169-204, 2000.

Eduardo Rezende Melo

Juiz de direito no Estado de São Paulo. Coordenador pedagógico da área temática da infância e da juventude na Escola Paulista da Magistratura, editor-chefe da revista Chronicle da Associação Internacional de Juízes e Magistrados da Juventude e Família (AIMJF). Pesquisador colaborador do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos, Democracia e Memória”, do Instituto de Estudos Avançados (IEA), da USP. Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestrado em estudos avançados em direito da infância pela Universidade de Friburgo, Suíça. Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo, e graduação em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

