



THEMIS

REVISTA DA ESMEC

v. 19, n. 2, julho-dezembro, 2021



ISSN (IMPRESSO) 1808-6470
ISSN (ELETRÔNICO) 2525-5096



THEMIS

REVISTA DA ESMEC

Publicação Oficial da Escola Superior da
Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC



Themis | Fortaleza | V. 19 | N. 2 | jul./dez. 2021

Pede-se que acusem o recebimento deste volume.

Rogamus ut acceptionem nunties.

Se ruego acusar recibo dei presente numero.

Con preghiera di accusare ricevuta dei presente numero.

On prie de vouloir accuser reception de cette revue.

Please acknowledge receipt of this exemplar.

Bitte, den Empfang dieser Zeitschrift zu bescheinigen.

Oni peats konfirmi la ricevon.

Acesse a versão eletrônica:



THEMIS : Revista da Esmec / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. – v. 1, n. 1, (1997-) –. Fortaleza : Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 2021.
v. 19, n. 1, 2021.

Semestral.

A partir do v. 15 com periodicidade semestral.

A partir de 2011 passou a ser publicada também em formato eletrônico.

Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/>.

ISSN (versão impressa): 1808-6470

ISSN (versão online): 2525-5096

1. Direito – Periódico. 2. Doutrina. 3. Jurisprudência. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

CDDir: 340.04

Permuta

Solicita-se permuta/exchange requested/on prie échange/we request exchange/on demande l'échange/wir erbiten Austausch/se solicita canje/si chiede lo scambio/se pide intercambio.

Endereço para permuta

Biblioteca Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70, Água Fria

CEP 60.811-670 - Fortaleza, Ceará, Brasil

Telefone (85) 3218.6188 / 6171

E-mail: esmec@tjce.jus.br

Site: www.tjce.jus.br/esmec

Correspondência

Diretoria da ESMEC

Editor (a) da THEMIS – Periódico Científico da

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 - Água Fria

CEP 60.811.670 - Fortaleza - Ceará - Brasil

Telefone: (85) 3218.6169 / 6157

E-mail: revista.themis@tjce.jus.br

Site: revistathemis.tjce.jus.br

Permitida a reprodução desde que citada a fonte.

THEMIS – Periódico Científico da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) possui tiragem de 50 exemplares.

Distribuída gratuitamente aos autores, avaliadores, editores.

Consulte a versão eletrônica da THEMIS – Periódico Científico da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

em: <http://revistathemis.tjce.jus.br>

Copyright © THEMIS
Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

Todos os direitos desta edição reservados à
EDITORA DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DO CEARA.
A reprodução de qualquer parte desta publicação será permitida desde
que citada a obra. Reproduções para fins comerciais são proibidas.
Disponível também em: <http://www.tjce.jus.br>

Conselho Editorial

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes - Presidente
Des. Mário Parente Teófilo Neto
Desa. Maria de Fátima de Melo Loureiro
Juiz Francisco Eduardo Fontenele Batista
Juiz Antônio Carlos Pinheiro Klein Filho

Capa, Projeto Gráfico e Diagramação

Hugo Leonardo Guedes Monteiro

Impressão e Produção

Coordenadoria de Apoio Operacional
do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Endereço

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Centro Administrativo Governador Virgílio Távora
Avenida General Afonso Albuquerque de Lima S/N

Cambeba - Fortaleza - CE - CEP: 60.822-325

Fone: (85) 3207.7000

www.tjce.jus.br

E-mail: editoratjce@tjce.jus.br / biblioteca@tjce.jus.br

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará
Edifício Desembargador Júlio Carlos de Miranda Bezerra
Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70, Água Fria
CEP 60.811-670 - Fortaleza, Ceará, Brasil
Telefone (85) 3218.6188 / 6157
E-mail: esmec@tjce.jus.br
www.tjce.jus.br/esmec

DIREÇÃO

Desembargador Francisco Luciano Lima Rodrigues

COORDENAÇÃO

Juiz Alexandre Santos Bezerra Sá

EDITOR-CHEFE

Juiz Marcelo Roseno de Oliveira

EDITORA-ADJUNTA

Mércia Cardoso de Souza

ORGANIZAÇÃO E REVISÃO

Gabriela Paiva Rocha Veras
Marina Albuquerque de Andrade
Mércia Cardoso de Souza

NORMALIZAÇÃO

Bibliotecária: Hivana Evely Serpa de Mesquita (CRB-3/1568)
Biblioteca da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Coutinho Pagliarini, Dr.
(Centro Universitário Internacional Uninter)

Alexandre Freitas Câmara, Dr.
(Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro)

Antônio Augusto Cançado Trindade, Dr.
(Corte Internacional de Justiça/
Academia de Direito Internacional da Haia, Holanda)

César Oliveira de Barros Leal, Dr.
(Instituto Brasileiro de Direitos Humanos)

Dimas Macedo, Me.
(Universidade Federal do Ceará)

Edilson Baltazar Barreira Júnior, Dr.
(Centro Universitário Fametro)

Fernando Luiz Ximenes Rocha, Me.
(Universidade Federal do Ceará)

Flávio José Moreira Gonçalves, Dr.
(Universidade Federal do Ceará)

Francisco de Assis Filgueira Mendes, Me.
(Universidade Federal do Ceará)

Francisco Luciano Lima Rodrigues, Dr.
(Universidade de Fortaleza)

Fredie Didier Júnior, Dr.
(Universidade Federal da Bahia)

Gabriela Maciel Lamounier, Dra.
(Fundação Pedro Leopoldo)

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet, Dra.
(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)

Hugo de Brito Machado, Dr.
(Universidade Federal do Ceará)

Hugo de Brito Machado Segundo, Dr.
(Universidade Federal do Ceará)

Ingo Wolfgang Sarlet, Dr.
(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)

Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab, Dra.
(Escola Superior Associada de Goiânia)

João Paulo Braga Cavalcante, Dr.
(Escola Superior da Magistratura do Ceará)

José Augusto Lindgren Alves, Emb.
(Comitê Assessor do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas)

José Filomeno de Moraes Filho, Dr.
(Universidade de Fortaleza)

José Luiz Quadros de Magalhães, Dr.
(Universidade Federal de Minas Gerais/
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Leonardo Nemer Caldeira Brant, Dr.
(Universidade Federal de Minas Gerais/
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Leonardo Pasquali, Dr.
(Facoltà di Giurisprudenza da Università di Pisa, Itália)

Lenio Luiz Streck, Dr.
(Universidade do Vale do Rio dos Sinos)

Leonel Gois Lima Oliveira, Dr.
(Escola Superior da Magistratura do Ceará)

Luiz Rodrigues Wambier, Dr.
(Instituto de Direito Público)

Marcelo Roseno de Oliveira, Dr.
(Universidade de Fortaleza)

Maria Glaucéria Mota Brasil, Dra.
(Universidade Estadual do Ceará)

Mário Lúcio Quintão Soares, Dr.
(Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Mário Parente Teófilo Neto, Me.
(Universidade de Fortaleza)

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Dr.
(Universidade de Fortaleza)

Mércia Cardoso de Souza, Dra.
(Faculdade Luciano Feijão)

Monica Teresa Costa Sousa, Dra.
(Universidade Federal do Maranhão)

Tenile Mascolo Gil, Dra.
(Université de Strasbourg, França)

Theresa Rachel Couto Correia, Dra.
(Universidade Federal do Ceará)

Waldimeiry Corrêa da Silva, Dra.
(Universidad de Sevilla, Espanha)

PARECERISTAS CONVIDADOS

Álison José Maia Melo, Doutor
(Centro Universitário Sete de Setembro)

Bruno Cunha Weyne, Doutor
(Centro Universitário Metropolitano da Amazônia)

Cláudio Tucci Júnior, Doutor
(Universidade Santa Cecília)

Cristiane Helena de Paula Lima Cabral, Doutora
(Faculdade Kennedy)

Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab, Doutora
(Escola Superior Associada de Goiânia)

João Paulo Braga Cavalcante, Doutor
(Escola Superior da Magistratura do Ceará)

Jovina d Ávila Bordoni, Doutora
(Escola Superior da Magistratura do Ceará)

Larissa Gabrielle Braga e Silva, Mestra
(Escola Superior Dom Helder Câmara)

Luciano Tonet, Doutor
(Universidade de Fortaleza)

Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto, Doutor
(Centro Universitário de Brasília)

Rocco Antônio Rangel Rosso Nelson, Mestre
(Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte)

Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima, Mestra
(Universidade de Coimbra)

Sônia Aparecida Carvalho, Doutora
(Universidade do Vale do Itajaí)

Valter Moura do Carmo, Doutor
(Universidade de Marília)

LINHA EDITORIAL

A revista publicará artigos selecionados pelo sistema duplo cego, dentro da principal linha de pesquisa “Justiça, Gestão Pública, Direitos Humanos, Educação e Políticas Públicas”, bem como artigos científicos, resenhas e/ou monografias oriundas de concursos realizados pela ESMEC ou de interesse desta Escola.

**COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ**

Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Des. Paulo Airton Albuquerque Filho
Corregedor Geral da Justiça do Estado do Ceará

TRIBUNAL PLENO

Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira - Presidente

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Desa. Maria Iracema Martins do Vale

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo

Desa. Vera Lúcia Correia Lima

Des. Emanuel Leite Albuquerque

Des. Paulo Francisco Banhos Ponte

Desa. Francisca Adelineide Viana

Des. Durval Aires Filho

Des. Francisco Gladyson Pontes

Des. Francisco Darival Beserra Primo

Des. Francisco Bezerra Cavalcante

Des. Inácio de Alencar Cortez Neto

Des. Washington Luis Bezerra de Araújo

Des. Carlos Alberto Mendes Forte

Des. Teodoro Silva Santos

Desa. Maria Iraneide Moura Silva

Des. Francisco Gomes de Moura

Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite

Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes

Desa. Lisete de Sousa Gadelha
Des. Raimundo Nonato Silva Santos
Des. Paulo Airton Albuquerque Filho
Desa. Maria Edna Martins
Des. Mário Parente Teófilo Neto
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves
Des. José Tarcílio Souza da Silva
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Desa. Lígia Andrade de Alencar Magalhães
Desa. Lira Ramos de Oliveira
Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto
Des. Francisco Carneiro Lima
Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato
Desa. Marlúcia de Araújo Bezerra
Des. Henrique Jorge Holanda Silveira
Des. Sérgio Luiz Arruda Parente
Des. Antônio Pádua Silva
Des. Francisco Luciano Lima Rodrigues
Desa. Maria do Livramento Alves Magalhães
Des. José Ricardo Vidal Patrocínio
Dra. Rosilene Ferreira Facundo - Juíza Convocada
Dr. Francisco Jaime Medeiros Neto - Juiz convocado

RELAÇÃO DOS DIRETORES E COORDENADORES DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ (ESMEC)

Diretor Atual: Desembargador Francisco Luciano Lima Rodrigues

Ex-Diretores

Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto (2016-2021)
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte (2015 - 2016)
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo (2013 - 2014)
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva (2011-2012)
Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira (2009-2010)
Des. João Byron de Figueiredo Frota (2007 - 2008)
Des. Ademar Mendes Bezerra (2005-2006)
Des. Francisco Hugo Alencar Furtado (2005)
Des. José Cláudio Nogueira Carneiro (2003-2004)
Desa. Gizela Nunes da Costa (2001-2002)
Des. Raimundo Bastos de Oliveira (1999-2000)
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha (1997-1998)
Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque (1995-1996)
Des. José Maria de Melo (1993-1994)
Des. Ernani Barreira Porto (1991-1992)
Des. Julio Carlos de Miranda Bezerra (1987-1990)

Coordenador Atual

Juiz Alexandre Santos Bezerra Sá

Ex-Coordenadores

Juiz Ângelo Bianco Vettorazzi (2017-2021)
Juiz Marcelo Roseno de Oliveira (2016 - 2017)
Juiz César Belmino Barbosa Evangelista Júnior (2016)
Juiz Aluisio Gurgel do Amaral Júnior (2015 - 2016)

Juiz Antonio Carlos Pinheiro Klein Filho (2013 – 2014)
 Juiz Emilio de Medeiros Viana (2011-2012)
 Juiz Durval Aires Filho (2009-2010)
 Juíza Sérgia Maria Mendonça Miranda (2009)
Juiz Washington Luís Bezerra de Araújo (2007-2008)
 Juiz Haroldo Correia de Oliveira Máximo (2007)
 Juiz Marcelo Roseno de Oliveira (2006-2007)
 Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho (2005)
 Juiz Mantovanni Colares Cavalcante (2003-2004)
 Juiz Francisco Luciano Lima Rodrigues (2001-2002)
 Juiz Francisco de Assis Filgueira Mendes (1988-2000)

SUMÁRIO

ARTIGOS CIENTÍFICOS

OS CONSUMIDORES COMO SUJEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
E A SUA TUTELA NO MERCOSUL 17

Alexandre Coutinho Pagliarini

Arthur Augusto Garcia

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL DA ORDEM JURÍDICA
E A DENOMINAÇÃO DE PESSOAS VIVAS A EQUIPAMENTOS PÚBLICOS
NO ESTADO DO CEARÁ 49

Álisson José Maia Melo

Dornieri Lemos Diógenes Pinto Mota

A RELEVÂNCIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE NA PÓS-MODERNIDADE:
DIAGNÓSTICO E PROGNÓSTICO À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO
DIREITO 93

Bruno de Sousa Saraiva

PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO: UMA VISÃO INTEGRADA
DE REFÚGIO, TOLERÂNCIA E HOSPITALIDADE UNIVERSAL 125

Evelyn Roberta Araujo Barreto de Souza

Marco Aurélio Moura dos Santos

ANÁLISE JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE CONFORME O MÍNIMO
EXISTENCIAL 157

Francisco Elias da Silva Coelho

Márcio José Lima Benício

O DISCURSO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O CONTROLE DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: ANÁLISE SEMIÓTICA DA ARGUMENTAÇÃO DESENVOLVIDA NO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 107 183

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio

O PODER JUDICIÁRIO E SUA RELAÇÃO COM A SOCIEDADE: A GESTÃO DA COMUNICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS 219

Ítala Colnaghi Bonassini Schmidt

RESSIGNIFICARTE: UMA EXPERIÊNCIA DE TRABALHO DO SERVIÇO SOCIAL JUNTO ÀS MULHERES ASSISTIDAS PELO 1º JUIZADO DA MULHER DE FORTALEZA 243

Jordianne Moreira Guedes

(DES)IGUALDADES DE GÊNERO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA NO BRASIL: UM ESTUDO SOBRE OS CARGOS DE JUÍZES E JUÍZAS AUXILIARES 265

Marcela Santana Lobo

Mariana Rezende Ferreira Yoshida

Adriana Ramos de Mello

FAMÍLIA MULTIESPÉCIE, GUARDA DE ANIMAIS DOMÉSTICOS E SEU STATUS JURÍDICO 293

Nayane Gonçalves Duarte

Germana Parente Neiva Belchior

O DIREITO DE CONSULTA E OS PROTOCOLOS DOS POVOS INDÍGENAS COMO INSTRUMENTOS DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA 313

Raffaela Cássia de Sousa

OS CONSUMIDORES COMO SUJEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA TUTELA NO MERCOSUL

THE CONSUMERS AS SUBJECTS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THEIR PROTECTION IN MERCOSUL

Alexandre Coutinho Pagliarini

Pós-Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Titular do Mestrado e da Graduação em Direito da UNINTER. Advogado. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-5257-2359>.
E-mail: alexandrecoutinhopagliarini@gmail.com

Arthur Augusto Garcia

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional UNINTER. Bacharel em Direito pela PUC/PR. Professor Universitário. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-4797-8682>.
E-mail: arthur.brambillaa@gmail.com

Resumo

O presente artigo dedica-se a uma análise, sob a metodologia de revisão bibliográfica, sobre a efetivação do direito a dignidade humana e a proteção ao consumidor sob a ótica dos direitos fundamentais e os mecanismos de proteção do consumidor no Mercado Comum do Sul – Mercosul. Para tanto, percorre brevemente um histórico das ações tomadas pelo bloco econômico na proteção do consumidor mercosulino desde a sua criação até o projeto de Acordo do Mercosul sobre o direito aplicável aos contratos de consumo, com o objetivo de se analisar a construção das medidas protetivas estabelecidas pelos comitês especializados na matéria do Direito do Consumidor para verificar-se que mesmo que haja uma vontade de se legislar e padronizar o tratamento dos consumidores nos países integrantes do bloco, conclui-se que ainda é necessário um maior aprofundamento da questão, que depende de vontade política, econômica e diplomática.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Direito do Consumidor. Mercosul. Tratados e Acordo internacionais.

Abstract

This article is dedicated to an analysis, under the methodology of bibliographic review, on the realization of the right to human dignity and consumer protection under the optimum of fundamental rights and consumer protection mechanisms in the Southern Common Market – Mercosur . To this end, it briefly covers a history of the actions taken by the economic bloc in protecting the Mercosur consumer from its creation to the Mercosur Agreement project on the law applicable to consumer contracts, with the objective of analyzing the construction of the established protective measures by the specialized committees in the field of Consumer Law to verify that even if there is a desire to legislate and standardize the treatment of consumers in the countries that are part of the bloc, it is still necessary to go deeper into the issue, which depends on political and economic will and diplomatic.

Keywords: Human Dignity. Consumer Law. Mercosul. International treaties and agreements.

1 INTRODUÇÃO

Frente a globalização, em que as relações de consumo entre Estados se tornam cada vez mais comum e necessária, e o consumo ultrapassa as fronteiras dos países, se tornando mais abrangente, pode-se considerar que o ato de consumir, atualmente, deve ser entendido como um garantidor da dignidade humana, pois é por meio deste que o homem tem acesso a bens e serviços que lhe garantem saúde, educação, lazer etc.

O presente artigo tem como objetivo realizar uma análise da criação e desenvolvimento da legislação consumerista pensada pelo Mercado Comum do Sul – Mercosul e se esta garante e protege a dignidade da pessoa humana, que

depende do consumo para se efetivar no mundo fático. Para tanto, utiliza-se da revisão bibliográfica, percorrendo momentos históricos, criação de leis, vontade dos países membros e as normas internacionais do bloco em questão.

Desta forma, o trabalho se inicia fazendo uma análise das relações de consumo e da tutela do consumidor a luz dos direitos fundamentais, que proporciona ao homem a efetivação de sua dignidade. Para tanto é necessário compreender o papel desempenhado nas relações de consumo na contemporaneidade, em que, após superado os ideais liberais de não intervenção estatal, figura como a parte mais fraca da relação de consumo, pois, na outra ponta, encontra-se os fornecedores de bens e serviços detentores do capital.

Então, o consumidor inserido neste contexto social deve ser discutido e problematizado no espaço acadêmico. Para Macedo Júnior (2013, p. 124) a globalização pode ser compreendida como um processo político e econômico, formado pela ampliação do comércio internacional e formação de um mercado global assentado, numa estrutura de produção pós-fordista; pela homogeneização de padrões culturais e de consumo; pelo enfraquecimento da ideia de Estado-nação em benefício dos agentes econômicos do mercado global e por fim pela formação de blocos comerciais.

Por este motivo, o consumidor inserido na sociedade capitalista cada vez mais interligada, por meio de blocos econômicos, como a União Europeia e o Mercosul, necessita, além das proteções legais nacionais, de regulamentações que o protegem também no âmbito internacional, como é o caso do Mercado Comum do Sul (Mercosul). É necessário se remontar a criação do bloco econômico sul-americano, criado pelo Tratado de Assunção de 1991.

Posteriormente é preciso compreender quais os órgãos internacionais próprios do Mercosul, como em especial o Comitê Técnico nº 7 e todo o seu aparato normativo dedicado na proteção e garantia dos direitos do consumidor que, cada vez mais se desenvolve na busca de um sistema comum de proteção entre os seus países membros.

2 AS RELAÇÕES DE CONSUMO E A TUTELA DO CONSUMIDOR A LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 O consumo como garantidor da dignidade humana

É inegável que o acesso aos bens e serviços inseridos na sociedade capitalista representa uma garantia de inclusão social, dignidade e direitos fundamentais, pois é através desse consumo que o ser humano se sente parte da sociedade e um ser social propriamente dito, isso porque o ato de consumir tornou-se parte fundamental do que é ser humano.

Baggio (2019, p. 10) entende que:

É por meio do ato de consumo, que o homem tem acesso aos meios necessários à sua sobrevivência. Por esta razão, se diz que a proteção das relações de consumo, é forma de proteger a dignidade da pessoa humana.

Então, se o ato de consumir é considerado como um direito fundamental e conseqüentemente proporcionador de dignidade, é necessário pensar: o que é dignidade? Pode-se conceituá-la como um valor intrínseco ao direito à vida. Corroborando com esse conceito Paulo Luiz Netto Lobo (2001, p. 34) aduz que “dignidade é tudo aquilo que não tem preço, segundo conhecida e sempre atual formulação de Immanuel Kant”. Desta forma, para sentir-se digno o ser humano deve sentir-se respeitado, valorizado etc.

Importante destacar que o conceito de dignidade, primeiramente pensado sociologicamente e filosoficamente, foi introduzido às normas internacionais, podendo citar como exemplo a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789); Declaração Universal dos Direitos dos Homens (1948); Lei fundamental de Bonn (1949) que trouxeram à luz do direito a dignidade humana (PAGLIARINI, 2019).

Posto isso, atualmente, a pessoa humana é sujeita de direitos humanos fundamentais, tais como saúde, educação, trabalho, moradia, alimentação etc., no Brasil por exemplo, o texto constitucional de 1988 reserva um artigo (5º) inteiro apenas para resguardar constitucionalmente os direitos fundamentais de seus cidadãos, tal qual ocorre também na Carta Magna argentina que data de 1853. Então, como menciona SARLET (2001) a proteção à dignidade humana é norma fundamental, voltada a garantir as faculdades jurídicas necessárias à existência humana.

Desta forma, na sociedade capitalista o homem deve consumir bens e serviços para que possa ter sua dignidade garantida, logo, o consumidor deve possuir proteção jurídica. Tão é que o texto constitucional brasileiro inseriu expressamente a proteção aos interesses do consumidor como direito fundamental ao inserir esta tutela no artigo 5º, em seu inciso XXXII, e no artigo 170, inciso V, quando eleva a defesa do consumidor a princípio geral da ordem econômica (BAGGIO, 2019).

Portanto é impossível não compreender a tutela e proteção do consumidor como um direito humano fundamental, por isso é reconhecido pela Organização das Nações Unidas (ONU) como tal. Contemporaneamente os dois países que possuem uma proteção ampla e legislações avançadas na promoção da proteção ao consumidor é o Brasil e a Argentina, contudo, há, mesmo que de uma forma mais restritiva, legislações em todos os países membros do Mercosul.

Incontestavelmente houve mudanças profundas nos padrões de produção de bens e serviços com o advento das evoluções tecnológicas, o que ocasionou uma intensificação da formação de blocos econômicos, como o Mercosul por exemplo, principalmente no que se refere ao aumento do comércio entre países, pois tornou-se cada vez mais rápido, prático tal consumo, pois há atualmente uma grande oferta de variedades de produtos e serviços nestes mercados.

Diante deste cenário verificou-se que o consumidor figurava, dentro dessa relação, como a parte mais frágil, pois as empresas ou conglomerados econômicos exerciam grande influência por meio das propagandas, promoções, publicidades, o que, por muitas vezes ocasionava um abuso desenfreado da parte mais forte da relação de consumo, pois era detentora do poder econômico.

Por estes motivos é que surgiu a necessidade da criação de mecanismos de proteção do consumidor, pois o desequilíbrio entre as partes na relação de consumo tornou-se cada vez mais grave.

2.2 A vulnerabilidade do consumidor e os direitos fundamentais

Tanto a vulnerabilidade do consumidor como a necessidade do Estado em protegê-lo advém de uma evolução histórica. Para Perín Júnior (2003, p. 6):

Um dos primeiros instrumentos de que se tem conhecimento em relação à tutela do consumidor foi o Código de Hamurabi, que, por meio das Leis 233 e 234, protegia o consumidor nos casos de serviços deficientes. Também o Código de Massú, vigente na Mesopotâmia, no Egito Antigo e na Índia do século XIII a.C., protegia os consumidores indiretamente ao tentar regular as trocas comerciais.

Percebe-se, portanto que, desde a antiguidade já havia a necessidade de tutelar o consumidor e que se tornou mais forte e evidente devido a globalização. A esse respeito, Marques destaca que os países se deram conta que, por meio de blocos econômicos, que reduziriam as barreiras tarifárias e incrementariam o comércio entre países proporcionaria uma maior competitividade comercial em um mundo cada vez mais globalizado (MARQUES, 1996). Portanto, os consumidores passaram a possuir o poder de compra sobre os mais variados produtos e serviços originários de qualquer país, de qualquer local do globo. Todavia, com isso adveio também uma série de dificuldades que evidenciaram cada vez mais a fragilidade do consumidor neste cenário.

Corroborando com isto, Arrighi (1995) destaca que foi apenas posteriormente ao surgimento dos grupos de defesa do consumidor e um longo período de mobilização da opinião pública, o que chamou a atenção dos legisladores, que surgiu medidas protetivas e que o papel do consumidor começou a ser levado em conta. Por exemplo, o *Sherman Antitrust Act* (1980) é considerado a

primeira manifestação moderna desta necessidade, Airrghi explica que a mensagem enviada pelo Presidente Kennedy ao Congresso dos Estados Unidos da América, chamada de “declaração dos direitos essenciais do consumidor”, onde havia quatro direitos básicos do consumidor, é que se consolidou a ideia de sua proteção pelo viés normativo.

De acordo com Faria, em 1985 a Assembleia Geral das Nações Unidas editou a Resolução 39/248 que tratava a respeito da proteção do consumidor, positivando então o princípio da vulnerabilidade do consumidor no plano do direito internacional. Estas diretrizes construíram um modelo bem abrangente ao descrever oito áreas de atuação dos Estados com o objetivo de promover a proteção do consumidor.

Pode-se citar, entre elas:

[...] a proteção dos consumidores diante dos riscos para a sua segurança e saúde; promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores; o acesso dos consumidores à informação adequada; educação do consumidor; possibilidade de compensação nos casos de dano e liberdade de formar grupos e outras organizações de consumidores e a oportunidade de apresentar suas visões nos processos decisórios que os afetem (FILOMENO, 2010, p. 752).

A partir disso, destaca-se o entendimento de Ferreira Filho (2016, p. 54), que dispõe que

Os direitos do homem foram confirmados no século XVII, expandindo-se no século seguinte, ao tornar-se elemento básico da reformulação das instituições políticas. Atualmente, não se denominam mais direitos do homem, mas, sim, direitos humanos, terminologia politicamente correta.

Já Canotilho (1998, p. 44), a respeito, afirma que “os direitos humanos fundamentais ou direitos fundamentais tem o mesmo significado”. Bonavides (2000)

complementa que os direitos fundamentais são os do homem que as constituições positivaram, recebendo nível mais elevado de garantias ou segurança. Por isso, cada Estado, possui seus direitos fundamentais específicos. Todavia, acrescenta o autor que os direitos fundamentais estão inteiramente ligados aos valores de liberdade e dignidade humana, tal qual o significado de universalidade destes como um ideal da pessoa humana.

Para o autor:

[...] a doutrina atualmente classifica os direitos humanos fundamentais em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões cujos conteúdos ensejariam os princípios: liberdade, igualdade e fraternidade. Sendo que os direitos de primeira dimensão ou de liberdade seriam os direitos e as garantias individuais e políticos clássicos, as chamadas liberdades públicas. Visam inibir a interferência indevida do Estado na vida do cidadão. Os direitos de segunda dimensão ou de igualdade referem-se aos direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século XX. Eram os direitos de caráter social. Neste caso, a interferência do Estado era desejada para garantir a igualdade material dos indivíduos (BONAVIDES, 2015, p. 515).

Continua ainda, que a proteção ao consumidor se encontra inserida nos direitos de terceira dimensão, que são os direitos coletivos, de titularidade coletiva ou difusa, inseridos aqui, o direito à paz, meio ambiente equilibrado e comunicação. Desta forma, tanto o direito do consumidor, como a sua tutela, é considerado como direitos fundamentais, seja no âmbito internacional quanto nacional.

3 BREVE HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

O século XIX foi marcado pelo surgimento dos ideais liberais que defendia a livre concorrência e o não intervencionismo do Estado na economia, e possui consequências jurídicas até hoje, como o positivismo e a concepção do

Direito como um sistema jurídico, o que deu origem a um direito obrigacional que tem como base principiológica a autonomia das partes e o *pacta sunt servanda*¹.

Todavia, a aplicação dos princípios fundamentais da ordem jurídica liberal, pautados na liberdade e igualdade, em relação aos consumidores, que são desiguais entre si e mais desiguais ainda das empresas, mostra-se frequentemente inadequada e geralmente desprotetora de seus interesses comuns (RICHTER, 2002, p. 22). Posto isso, considerando a evolução do liberalismo pelo mundo e o capitalismo ganhando cada vez mais força na sociedade, estas passaram a se concentrar nos meios de produção, surgindo, portanto, a sociedade pautada no consumo, ou seja, aquela que prioriza a produção em massa e anseia por um maior mercado para a sua produção.

Desta forma, o consumo emergente passa a ser grandemente influenciado pelo sistema econômico, não apenas porque sua origem é pautada na cadeira produtiva da economia de mercado, mas pelo fato de que “o lucro atua significativamente tanto no centro como na periferia do fenômeno; tanto na ordem material como na ordem simbólica de tudo aquilo que representa para os sujeitos” (RICHTER, 2002, p. 23).

Entretanto, mesmo que a figura do consumidor desempenhe um papel fundamental no processo produtivo, sua fragilidade e vulnerabilidade perante o poder econômico da classe produtora são latentes. Desta forma, tornou-se imprescindível a sua proteção jurídica, “instando a adoção de medidas preventivas e punitivas, visando conceder ao consumidor proteção à vida, à saúde, à segurança, à liberdade de escolha e à igualdade de condições nos contratos” (JACYNTHO, 2001, p. 17).

Então, a partir do início do século XX houve uma mudança no cenário mundial, em que os contratos de consumo deixaram de ser realizados entre sujeitos livres e conscientes de suas consequências (ideais liberais) e passaram

1 Tal princípio entende que o contrato consentido livremente pelas partes passa a ter o caráter da imperatividade, ou seja, ter força de lei entre os contratantes.

a ser firmados entre grupos econômicos e sujeitos isolados que eram “carentes de conhecimentos e informações adequadas em relação ao acordo” (RICHTER, 2002, p. 24) e que submetem ao que contrataram, o que gera um grande desequilíbrio nesta relação. Este desequilíbrio nas relações de consumo se faz presente pelo poder econômico dos grupos econômicos, sendo que estes se utilizam de normas legais de caráter genérico e de contratos abusivos com o intuito de se beneficiarem, pois tiram o consumidor do mercado.

Corroborando com isso, Richter (2002, p. 25) entende que

Ao mesmo tempo, o desequilíbrio econômico, em detrimento do consumidor, gerava tensões estruturais no seio do desenvolvimento das políticas econômicas estatais. Portanto, o tratamento jurídico desfavorável do fenômeno do consumo tornou-se um problema para os governos.

Desta forma, considerando a forma de atuação consciente que objetivava regular esse desequilíbrio, o Estado passa a pensar inserir, aos poucos, por meio de ações governamentais políticas voltadas ao consumo, principalmente em virtude do desenvolvimento econômico global, pós-guerra, cada vez maior e a produção e o comércio se massificando, seja no âmbito internacional ou nacional, e evidenciando a necessidade de uma tutela estatal voltada aos consumidores.

Sobre esse período, destaca-se o pensamento de Ecio Perín Junior (2003, p. 9), onde aduz que

Especialmente nesse período viu-se desenvolver de maneira bastante generalizada entre as economias capitalistas mundiais a ‘sociedade de consumo’ (mass consumption society) nos padrões pioneiramente estabelecidos nos Estados Unidos, tendo sido rapidamente acompanhada pelas demais sociedades capitalistas avançadas, e é nesse ambiente que se desenvolverá o direito do consumidor.

Percebe-se, portanto, que foi a influência do desenvolvimento das sociedades capitalistas que deu origem ao sentimento de necessidade de uma tutela protetiva e específica para a proteção do consumidor, que, se espalhou cada vez mais.

4 OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO MERCOSUL

Como mencionado, o bloco econômico em questão originou-se da aproximação entre Brasil e Argentina, seja de forma comercial ou política, o Mercosul consolidou-se em 1991 por meio do Tratado de Assunção. No que se refere a tutela jurídica do consumidor, há diferentes estágios nos Estados-parte, sendo o Brasil e a Argentina os mais avançados do ponto de vista legal, e por isso houve a implementação do Comitê Técnico nº 7, que objetivava uma maior harmonização entre os sistemas legislativos no direito do consumidor dos países membros do recém criado bloco.

Não que todos os países membros do Mercosul não disponham sobre legislações específicas para a defesa e proteção do consumidor, muito pelo contrário, pode-se citar o Código de Defesa do Consumidor no Brasil; a Lei nº 24.240/1993 na Argentina; a Lei nº 1.334/1998 no Paraguai e no Uruguai a Lei nº 17.250/2000. Todavia, mesmo que existentes legislações específicas a respeito dessa temática, era necessário, visto o livre comércio entre os países, o estabelecimento de normas comuns que visavam um certo equilíbrio e segurança jurídica nos negócios oriundos de um ou outro país.

Segundo Daniel Duarte Pereira Junior (2010, p. 13):

As legislações dos países membros do Mercosul ainda são espantosamente desarmônicas entre si, não conseguem lograr uma autêntica e efetiva proteção ao consumidor, polo mais fraco da relação de consumo sob o pano de fundo da globalização.

Houve então, por meio da Resolução nº 126/1994 do Grupo de Mercado Comum (GMC) um projeto de elaboração de um código comum, contudo, rejeitado

em 1997, pois foi considerado muito restritivo. Então, pela decisão 10/1996 o Protocolo de Santa Maria foi aprovado relativo à jurisdição internacional a respeito das relações de consumo. O Comitê técnico nº 7, todavia, ainda discute o tema sobre a defesa do consumidor.

4.1 O Comitê Técnico Nº 7

Instituído pelo Tratado de Assunção em março de 1991, é composto pela República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai, República Oriental do Uruguai e República Bolivariana da Venezuela, o Comitê Técnico nº 7, e tem como objetivo acelerar os processos de desenvolvimento econômico e social dos Estados Partes, bem como melhorar as condições de vida de seus habitantes.

A competência de analisar a aplicação dos instrumentos de política comercial comum entre os Estados-membros do Mercosul e de dar seguimento aos temas relacionados as políticas comerciais comuns, entre os membros e com terceiros, é da Comissão de Comércio do Mercosul (CCM). É por possuir esta competência que a CCM se divide em comitês técnicos especializados, criado por meio Diretrizes, que leva em consideração as necessidades do CCM. Estes comitês não possuem poder de decisão e devem reportar suas análises e recomendações, através da presidência *pro tempore*, à própria CCM.

Atualmente, os comitês técnicos do Mercosul são sete:

- I. Comitê Técnico nº 1: Tarifas, Nomenclatura e Classificação de Mercadorias;
- II. Comitê Técnico nº 2: Assuntos Aduaneiros;
- III. Comitê Técnico nº 3: Normas e Disciplinas Comerciais;
- IV. Comitê Técnico nº 4: Políticas Públicas que distorcem a Competitividade;
- V. Comitê Técnico nº 5: Defesa da Concorrência;
- VI. Comitê Técnico nº 6: Defesa Comercial e Salvaguardas;
- VII. Comitê Técnico nº 7: Defesa do Consumidor.

Posto isso, com a finalidade de harmonia entre as legislações nacionais dos Estados-Membros do Mercosul e estabelecer tratados que versem sobre os parâmetros mínimos da legislação consumerista, o Comitê Técnico nº 7 (CT-7) trabalha no sentido de uma maior proteção aos consumidores, dentro das esferas do Mercosul.

4.2 Resolução do Grupo Mercado Comum

A primeira Norma-Mercosul Geral a respeito do consumidor foi editada em 1995 pelo Grupo de Mercado Comum, a Resolução nº 126/1994, e já elenca em seu texto a harmonização legislativa entre os membros do Mercosul, já referindo-se ao consumidor como mais vulnerável nas relações de consumo. Entretanto, a efetiva aplicabilidade da dessa resolução é condicionada a aprovação de um Regulamento Comum sobre a Defesa dos Consumidores no Mercosul:

Até que seja aprovado um regulamento comum para a defesa do consumidor no Mercosul, cada Estado Parte aplicará sua legislação de defesa do consumidor e regulamentos técnicos pertinentes aos produtos e serviços comercializados em seu território. Em nenhum caso, essas legislações e regulamentos técnicos poderão resultar na imposição de exigências aos produtos e serviços oriundos dos demais Estado-parte superiores àquelas vigentes para os produtos e serviços nacionais ou oriundos de terceiros países (MERCOSUL, 1994).

Então, mesmo que condicionada a aprovação do regulamento comum, a Resolução em questão destaca o igual tratamento a produtos e serviços estrangeiros no bloco, bem como a aplicação das normas de mercado nacional e de comercialização.

Posto isso, foi prevista uma nova reunião da Comissão de Direito do Consumidor do Sub-Grupo de Trabalho no ano seguinte, que visava a elaboração de um Protocolo Internacional de Defesa do Consumidor que deu origem a um

Plano de Trabalho que especificava os princípios que regem a relação de consumo; banco de dados, proteção contratual, decadência e prescrição; publicidade enganosa, práticas abusivas; responsabilidade objetiva e a garantia e oferta de serviços.

Posteriormente, o GMC aprovou, em 1996, cinco capítulos que dariam origem ao Regulamento Comum sobre defesa do Consumidor no Mercosul (Resolução nº 123/1996). Esta Resolução conceitua temas básicos a respeito das relações de consumo, como, consumidor, fornecer, produtos e serviços:

Anexo: Conceitos: I - Consumidor: é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final em uma relação de consumo ou em função dela. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, determináveis ou não, expostas às relações de consumo. Não se considera consumidor ou usuário aquele que, sem constituir-se destinatário final, adquire, armazena, utiliza ou consome produtos ou serviços com o fim de integrá-los em processos de produção, transformação, comercialização ou prestação a terceiros. II - Fornecedor: é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, assim como os entes despersonalizados nos Estado-parte cuja existência esteja contemplada em seu ordenamento jurídico, que desenvolvam de maneira profissional atividades de produção, montagem, criação seguida de execução, construção, transformação, importação, distribuição e comercialização de produtos e/ou serviços em uma relação de consumo. III - Relação de consumo: é o vínculo que se estabelece entre o fornecedor que, a título oneroso, fornece um produto ou presta um serviço e quem o adquire ou utiliza como destinatário final. Equipara-se ao fornecimento de produtos e à prestação de serviços a título gratuito quando se realizam em função de eventual relação de consumo. IV - Produto: é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial. V - Serviços: As precisões sobre esse conceito continuarão sendo objeto de harmonização pelos Estado-parte (MERCOSUL, 1996).

Tais conceitos tiveram tanta importância do ponto de vista do bloco econômico que vieram a ser reiterados na Declaração Presidencial de Direitos Fundamentais dos Consumidores do Mercosul. Posteriormente, foi aprovada pelo

GMC a Resolução 125 de 1996, que elenca os conceitos de proteção à saúde e à segurança do consumidor. Já no quesito publicidade, o GMC também aprovou uma Resolução em 1996 (nº 126/1996) e por fim, a Resolução nº 127/1996 elenca as garantias contratuais na relação de consumo. Importante mencionar que a Resolução nº 127 de 1997 foi substituída pela Resolução nº 42/1998, mas não houve alteração substancial de seu conteúdo.²

4.3 Protocolo de Santa Maria

Datado de 22 de novembro de 1996, e dispendo acerca da jurisdição internacional em matéria de relações de consumo, o Protocolo de Santa Maria é considerado o mais avançado na proteção jurídica do consumidor no âmbito do Mercosul e seus Estados-parte, todavia, nunca entrou em vigor em nenhum dos países do bloco, pois ainda é vinculado a aprovação do Regulamento Comum. Para Cláudia Lima Marques (2005, p. 34) “A razão deste conectar entre estas duas normas do Mercosul nos escapa, mas significa na prática que o belo protocolo ficou em um limbo jurídico nunca entrando ‘em vigor’ (...)”.

O Protocolo de Santa Maria considera o compromisso pré-estabelecido no Tratado de Assunção na harmonização das legislações dos Estados-membros nas áreas pertinentes, e, frente à necessidade de um acordo referente a uniformização das soluções jurídicas comuns, o preâmbulo do Protocolo dispõe:

DESTACANDO a necessidade de proporcionar ao setor privado dos Estado-parte um marco de segurança jurídica que garanta soluções justas e a harmonia das decisões jurisdicionais vinculadas às relações de consumo;

CONVENCIDOS da necessidade de se dar proteção ao consumidor e da importância de se adotarem regras comuns sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo derivadas de contratos

2 Destaca-se o caráter minimalista dessas resoluções, pois afirmam em todos os ‘considerandos’ que se trata de harmonização parcial, ne medida em que se avançar nos processos, os conceitos podem ser revisitados com o objetivo de ampliação ou complementação.

entre fornecedores de bens ou prestadores de serviço e consumidores ou usuários;
CONSCIENTES de que, em matéria de negócios internacionais, a contratação é a expressão jurídica do comércio, sendo especialmente relevante no processo de integração.

No que se refere a abrangência material do Protocolo de Santa Maria, o seu art. 1º versa sobre as relações de consumo mediante compra e venda a prazo de bens móveis corpóreos; empréstimos a prazo ou de outra operação de crédito relacionada ao financiamento de bens; qualquer outro contrato que possua por objeto um serviço ou fornecimento de bem móvel corpóreo. Cita-se também que é excluído de suas diretrizes as relações de consumo baseadas em contratos de transporte. É a partir deste protocolo que há o afastamento da autonomia da vontade das partes, sempre que os contratos de consumo tenham domicílio fora de um dos países do bloco, ou seja, as chamadas cláusulas de eleição de foro foram estabelecidas pelo Mercosul, ou seja, pelo art. 4º do protocolo, o consumidor passa a possuir foro privilegiado.

Por fim, o Protocolo de Santa Maria, tal qual a Resolução nº 123/1997 do GMC, também traz em seu texto alguns conceitos necessários à sua interpretação:

- a) CONSUMIDOR É toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final em uma relação de consumo ou em função dela. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, determináveis ou não, expostas às relações de consumo. Não se considera consumidor ou usuário aquele que, sem constituir-se em destinatário final, adquire, armazena, utiliza ou consome produtos ou serviços com o fim de integrá-los em processos de produção, transformação, comercialização ou prestação de serviços.
- b) FORNECEDOR É toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, assim como os entes despersonalizados nos Estado-parte cuja existência esteja contemplada em seu ordenamento jurídico, que desenvolvam de maneira profissional atividades de produção, montagem, criação seguida de execução, construção, transformação, importação, distribuição e comercialização de produtos e/ou serviços em uma relação de consumo.

- c) RELAÇÃO DE CONSUMO É o vínculo que se estabelece entre o fornecedor que, a título oneroso, fornece um produto ou presta um serviço, e quem o adquire ou utiliza como destinatário final. Equipara-se a esta o fornecimento de produtos e a prestação de serviços a título gratuito, quando se realizem em função de uma eventual relação de consumo.
- d) PRODUTO É qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial.
- e) SERVIÇOS Enquanto o Comitê Técnico n° 7 (Defesa do Consumidor) não tenha acordado uma definição para serviços, será adotada, para os efeitos do Protocolo, a interpretação jurídica do foro atuante. (MERCOSUL, 1997)

Mesmo que haja, dentre a doutrina, algumas críticas a respeito da aplicação subsidiária do protocolo de Buenos Aires no que tange a Jurisdição Internacional nos contratos, o Protocolo de Santa Maria representa um grande e significativo avanço do Direito do Consumidor no Mercosul.

4.4 Regulamento Comum sobre Defesa do Consumidor no Mercosul

No âmbito do Mercosul, a defesa do consumidor a partir de 1996 passou a ser vista com certa desconfiança. A Comissão de Comércio do Mercosul preparou um corpo único de normas que regularia este tema junto aos Estados-membros. A necessidade de uma harmonização legislativa já tinha sido instituída pelo Tratado de Assunção, então, passou a ser necessário a criação de pautas mínimas que versassem sobre proteções ao consumidor da região, e para tanto seria necessário a elaboração de um Regulamento Comum sobre Defesa do Consumidor no Mercosul. Como analisado em tópico anterior, a Resolução n° 126/1994 já trazia em seu texto menção a esta tarefa, chegando a ser elaborado e editado entre as partes.

Então, o Protocolo de Defesa do Consumidor no Mercosul foi aprovado pelo Ministério da Justiça brasileiro em 1996, contudo, recusado posteriormente pela delegação brasileira na CCM, pois foi considerado um mero texto de trabalho e considerou desnecessária a apreciação pelo Presidente da República, Fernando

Henrique Cardoso (1995-2002). Esta recusa baseou-se no argumento de que, se ratificado e internalizado pelo Brasil, haveria uma significativa redução nas garantias e proteções do consumidor já existentes no Código de Defesa do Consumidor:

Além disso, o Brasil manifestou-se nos seguintes termos:

El documento no atiende a la orientación establecida en el MERCOSUR, según la cual, en el proceso de armonización, se tendrá como referencia la legislación más exigente y los standards internacionales. Por este motivo la delegación de Brasil no aprobó dicho documento en la CCM. La delegación de Brasil ya había manifestado, en el ámbito del CT N° 7, su disconformidad con la propuesta de conferir al documento el status de protocolo, habiendo subrayado que el mismo carecía de consistência. (MERCOSUL, 1997)

Posto isso, estas negociações não foram retomadas por nenhum dos países, tendo havido esforços em 1998, apenas de forma tópica e limitada a respeito.

4.5 Declaração Presidencial de Direitos Fundamentais dos Consumidores do Mercosul

Considerada apenas uma carta de boas intenções, a Declaração Presidencial de Direitos dos Consumidores do Mercosul, firmada em 15 de novembro de 2000, leva em consideração o desenvolvimento econômico equilibrado do Mercosul; a harmonização das legislações nacionais dos Estados-parte no bloco em Direito do Consumidor; a ampliação da oferta e da qualidade dos produtos e dos serviços disponíveis; o direito de acesso e escolha dos consumidores; as relações transparentes, harmônicas e leais no mercado de consumo; o desenvolvimento econômico com justiça social; “a melhor inserção dos setores produtivos do Mercosul no mercado internacional e a o equilíbrio da relação de consumo com base na boa-fé” (CARVALHO, 2005, p. 130).

Ainda, esta Declaração estabelece alguns direitos fundamentais de todo consumidor do Mercosul, como a proteção à vida, segurança, meio ambiente,

dignidade, lealdade e boa-fé, prevenção e reparação de danos, sanções aos causadores de dano, educação para consumo entre outras.

4.6 Acordo Interinstitucional de Entendimento entre os Órgãos de Defesa do Consumidor dos Estado-parte do Mercosul para a Defesa do Consumidor Visitante

Assinado pelos Estados-membros do bloco no dia 3 de junho de 2004, o Acordo Interinstitucional de Entendimento entre os Órgãos de Defesa do Consumidor dos Estado-parte do Mercosul para a Defesa do Consumidor Visitante permite que o Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai tenham seus cidadãos atendidos por um órgão de defesa do consumidor de qualquer um desses países. Este acordo pertence ao Comitê Técnico do CT-7 e objetiva a garantia e efetivação das proteções aos consumidores que se encontrem em um outro país, que não o seu, pertencente ao Mercosul o que, entre outras coisas, beneficia muito os turistas.

Destaca-se, no texto assinado, as seguintes ações:

Art. 3º. As partes acordam as seguintes ações:

- a) assessorar e informar aos consumidores a que se refere este Acordo a respeito de seus direitos, em particular, os relacionados com os produtos e serviços que adquiram ou contratem durante sua estada em Estado-Parte distinto daquele de seu domicílio.
- b) conforme o desenvolvimento alcançado em cada localidade de seus respectivos países, pôr à disposição desses consumidores mecanismos ágeis e eficazes, para possibilitar a solução dos conflitos que possam ocorrer durante sua estadia, tendentes a um rápido tratamento do problema apresentado pelo consumidor visitante e de acordo com as normas e procedimentos do país anfitrião.
- c) as partes procurarão mecanismos de informação recíproca e/ou aos consumidores visitantes acerca do curso das denúncias ou reclamações formuladas nos termos do presente Acordo.
- d) as partes analisarão em conjunto os resultados da operação implementada com o objetivo de determinar se é necessário introduzir novas normas ou modalidades operativas para assegurar a adequada proteção dos consumidores a que se refere este Acordo. (MERCOSUL, 2004)

Percebe-se, portanto, que há um real comprometimento dos Estados-membros do Mercosul na implementação das ações mencionados pelo Acordo, principalmente no que se refere a colocar à disposição mecanismos ágeis para a solução de conflitos relativos as relações de consumo. Visando assegurar então o cumprimento das ações propostas pelo Acordo, as partes firmaram um compromisso na promoção destas nos órgãos locais que possuem competência na defesa dos consumidores bem como informar os demais Estados-membros sobre estas ações.

4.7 Proposta de Acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo

Objetivando um aumento no processo de integração do Mercosul, o CMC aprovou em 2010 o Plano de Ação para a conformação progressivo do Estatuto da cidadania do Mercosul. Este Acordo estabelece, já em seu preambulo, que uma maior integração entre cidadãos do Mercosul é necessária para o seu desenvolvimento, objetivo esse presente já no espírito do Tratado de Assunção, assim, é necessário que os Estados-membros implementem estratégias regionais que representem um progressivo avanço e uma integração com foco multidimensional, comtemplando ações e medidas políticas, econômicas, comerciais, culturais, comerciais, educativas de cooperação judicial em questões de segurança.

Nota-se, ainda, que o CMC se preocupa com o avanço das dimensões sociais e cidadãs do processo de integração dos povos, e almeja o desenvolvimento sustentável com inclusão social e Justiça a todos os nacionais dos Estados-membros (MARQUES, 2001). Então, no Plano de Ação do Estatuto é considerado também que os instrumentos eleitos pelo bloco asseguram aos nacionais e suas famílias “[...] o gozo dos mesmos direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicas, de acordo com as leis que regulamentam o seu exercício” (MERCOSUL, 2010).

Outrossim, é também necessário a consolidação em conjunto dos direitos fundamentais e benefícios em favor dos cidadãos dos Estados-membros do Mercosul, bem como estabelecer um Plano de Ação para a construção progressiva

de um Estatuto da Cidadania do Mercosul, objetivando a sua implementação no trigésimo aniversário da assinatura do Tratado de Assunção (MERCOSUL, 2010).

Posto isso, além de outros direitos fundamentais garantidos aos mercosulinos, que não são objetos de análise desse artigo, objetiva-se alcançar, por meio desse projeto ambicioso, nos termos do art. 3º, item 10, a criação do chamado “Sistema MERCOSUL de Defesa do Consumidor”, que é composto por: Sistema Mercosul de Informações de Defesa do Consumidor; Ação Regional de Capacitação – Escola Mercosul de Defesa do Consumidor; Norma Mercosul que seja aplicável a contratos internacionais de consumo (MERCOSUL, 2010).

No contexto do Mercosul, a tarefa de desempenhar a defesa do consumidor é da Comissão de Comércio (Grupo de Monitoramento) e do Comitê Técnico nº 7, responsável pela matéria, conforme mencionado em tópico específico. Em uma das reuniões do CT-7, ocorrida em 16 e 17 de agosto de 2012, em Brasília, as delegações dos Estados-membros aprovaram a versão final do projeto de Resolução GMC a respeito do “Acordo do Mercosul sobre Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo”, e, (MERCOSUL, 2002) nesta ocasião ficou determinado que o projeto seria levado à apreciação pela CCM.

Posto isso, a proposta de Acordo de 2012 foi aprovada pelo Brasil, Argentina, Venezuela e Uruguai. O documento visava a proteção do consumidor e a ação de regras comuns em relação aos contratos internacionais de consumo, entre fornecedores de bens ou entre usuários do bloco. Ainda, o acordo complementa que, para se alcançar o desenvolvimento do comércio internacional entre os países do bloco, é preciso harmonizar as soluções sobre os contratos internacionais (MERCOSUL, 2002).

Por fim, a proposta deste acordo representa um grande avanço na proteção internacional do consumidor mercosulino, pois preza pela aplicação da norma mais favorável aos consumidores, característica do Brasil. Se percebe, ainda, uma grande evolução nos trabalhos desenvolvidos pelo CT-7, que é muito importante para o desenvolvimento das relações de consumo entre os países do bloco ou entre seus cidadãos.

Todavia, as deliberações a respeito desse tão importante projeto encontram-se paralisados, em decorrência de levantamentos feitos pela Venezuela que, de forma contrária aos demais membros, encontra-se tendenciosa a realizar uma revisão total da proposta (AMARAL JUNIOR, 2017), mesmo que em recente decisão de 2017, a República Bolivariana da Venezuela se encontra suspensa de todos os direitos e obrigações inerentes à sua condição de Estado Parte do Mercosul, em conformidade com o disposto no segundo parágrafo do artigo 5º do Protocolo de Ushuaia.

5 CONCLUSÕES

Conforme constatado neste artigo, o ser humano vive cada dia mais inserido na sociedade de consumo, que, após o seu constante desenvolvimento tornou-o um garantidor da dignidade humana, visto que é através dele que o homem consegue o atendimento de suas necessidades mais básicas, como alimentação, saúde, educação. De acordo com Bauman, absolutamente todos os integrantes da sociedade realizam algum tipo de consumo em suas vidas, visto que todos os seres humanos necessitam disso desde os tempos imemoriais. Entretanto, para o autor “a nossa sociedade é uma sociedade de consumo”, no sentido, similarmente profundo e fundamental, de que a sociedade dos nossos predecessores, a sociedade moderna nas duas gamas fundadoras, na sua fase industrial, era uma sociedade de produtores (BAUMAN, 1999, p. 25).

Todavia, a sociedade de consumo tem suas características cada vez mais marcadas, como a crescente quantidade de produtos e serviços que são consumidos e contratados diariamente, sendo estes os aspectos que marcaram o nascimento e o desenvolvimento do direito do consumidor, como disciplina jurídica autônoma (GRINOVER, 1996, p. 6).

Eis que, frente a uma globalização cada vez mais latente, surge a necessidade de harmonização de poderes na relação de consumo, visto que o consumidor deixou de possuir uma relação mais próxima com o fornecedor, e conseqüentemente

perdeu o poder de barganha, frente ao avanço do capitalismo na sociedade, transformando-o na parte mais fraca da relação, onde do outro lado encontra-se os grandes detentores do capital, passando então a ser considerado vulnerável, e por isso, necessitando de proteção.

E assim, os países se encontraram diante de uma necessidade cada vez maior de estabelecer, por meio de suas normas jurídicas, instrumentos que inserissem, nesta balança cada vez mais desigual, pesos para alcançar o equilíbrio necessário nas relações de consumo. Alguns o fizeram por meio de suas Constituições, como é o caso do Brasil e da Argentina, por exemplo. Mas, com o surgimento de blocos econômicos a necessidade de proteção evoluiu a outro status, surge a necessidade de uma proteção internacional.

Então, com o surgimento da necessidade de proteção internacional ocasionada pela criação dos blocos econômicos, o artigo dedicou-se na revisão dos mecanismos criados pelo Mercosul na proteção internacional de seus consumidores, e contata-se que grandes avanços foram feitos no decorrer dos anos desde a sua criação em 1991 com o Tratado de Assunção, porém, há ainda muito o que se pensar e fazer para alcançar uma efetivação dessas proteções de forma ampla e comum.

É necessário contar então com tecnicidade dos integrantes da Comissão Técnicas nº 7 e de todas as outras Comissões integrantes do Mercosul que se dedicam a aprimorá-lo, e alcançar uma proteção comum a todos os nacionais dos Estados-membros do bloco. Importante seria voltar-se aos países que possuem uma maior e mais ampla proteção aos seus consumidores, como é o caso do Brasil e da Argentina, que possuem legislações avançadas na tutela do consumidor e então, melhorar o que pode ser melhorado, aperfeiçoar o que pode ser aperfeiçoado e inibir quaisquer práticas atentatórias a dignidade do consumidor que puderem ser inibidas.

REFERÊNCIAS

ALTERINI, Atilio Aníbal. Os Contratos de Consumo e as Cláusulas Abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 15, jul./set., 1995.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do; VIEIRA, Luciane Klein. International Consumer Protection in Mercosur. *In*: LIMA MARQUES, Cláudia Lima; WEI, Dan (org.). **Consumer Law and Socioeconomic Development: National and International Dimensions**. Cham: Springer, 2017. p. 21-44.

ARAUJO, Nadia de. **Contratos internacionais e consumidores nas Américas e no Mercosul**: análise da proposta brasileira para uma Convenção Interamericana na CIDIP VII. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, n. 2, v.2, 2005. p. 66-89.

ARGENTINA. **Lei nº 24.240 de 22 de setembro de 1993**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://wwwcsjn.gov.ar/documentos/index.jsp>. Acesso em: 9 dez. 2020.

ARRIGHI, Jean Michel. La protección de los consumidores y el Mercosur. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 2, p. 124-136, 1992.

BAGGIO, Andreza Cristina. A complexidade das relações de consumo e o problema da catividade do consumidor. **Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**, n. 4. p. 1-28, [2012?]. Disponível em: <https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima4/anima4-Andreza-Cristina-Baggio.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **A Responsabilidade Civil e Acidentes de Consumo no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Mercosul e o Comitê Técnico nº 7**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/mercosul-1>. Acesso em 10 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.078%2C%20DE%2011%20DE%20SETEMBRO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20prote%C3%A7%C3%A3o%20do%20consumidor%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Art.&text=Equipara%2Dse%20a%20consumidor%20a,intervindo%20nas%20rela%C3%A7%C3%B5es%20de%20consumo. Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. **El Derecho del Consumidor**. Buenos Aires: La Rocca, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional: teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPARROZ, Roberto. **Comércio Internacional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO. Andréia Benetti. A Proteção Jurídica do Consumidor no Mercosul. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 116-137, jan./jun. 2005.

DIAS, Beatriz Catarina. **A Jurisdição na Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Código de Defesa do Consumidor no sistema socioeconômico brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, n. 91, p. 277-287, jan./dez. 1996.

JACYNTHO, Patrícia Helena de Ávila; ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **A Proteção Contratual ao Consumidor no MERCOSUL**. 1. ed. São Paulo: Lex, 2001.

LISBOA, Roberto Senise. O Vício do Produto e a Exoneração da Responsabilidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 23, jul./set. 2002. p. 44-66.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos Morais e Direitos da Personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 6, abr./jun. 2001. p. 55-76.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de Teoria do Direito**. São Paulo. Editora Saraiva. 2013 (Coleção: Teoria e História do Direito).

MARAN, Mara Suely Oliveira e Silva. **Publicidade & proteção ao consumidor no âmbito do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado: da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. *In*: CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA DE DIREITO

INTERNACIONAL PRIVADO, 7., 2001, Washington. **Anais [...]** Rio de Janeiro: CJI/OEA, 2001. Disponível em: http://oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil_port.pdf. Acesso em: 10 dez. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. Direitos do Consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 31, p. 16-44, jul./set. 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. Os Contratos de Crédito na Legislação Brasileira de Proteção ao Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 17, jan./mar. 1996. p. 55-78.

MARQUES. A Proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre contratos à distância no comércio eletrônico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 41, p. 39-80, jan./mar. 2002.

MARQUES. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MERCOSUL. **Cooperação**. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/resolucoes/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. **Decisão sobre a suspensão da República Bolivariana da Venezuela no MERCOSUL**. Disponível em https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/decisao-sobre-a-suspensao-da-republica-bolivariana-da-venezuela-do-mercosul-em-aplicacao-do-protocolo-de-ushuaia-sobre-compromisso-democratico#:~:text=DECIDEM%3A,5%C2%BA%20do%20Protocolo%20de%20Ushuaia. Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. **Países do Mercosul**. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/resolucoes/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. **Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL (Protocolo de Ouro Preto)**. 1994.

<https://www.mercosur.int/documento/protocolo-de-ouro-preto-adicional-ao-tratado-de-assuncao-sobre-a-estrutura-institucional-do-mercosul/>. Acesso em: 12 dez. 2020

MERCOSUL. **Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991**. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documento/tratado-de-assuncao-para-a-constituicao-de-um-mercado-comum/> . Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. MERCOSUL/GMC/RES. Nº 126/94. **Defesa do Consumidor**. 1994. Disponível em: https://www.cartillaciudadania.mercosur.int/oldAssets/uploads/RES_126-1994_PT_DefConsumidor.pdf/. Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. MERCOSUL/CCM/DIR. Nº 1/95. **Criação Comitês Técnicos**. 1995. Disponível em: https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/7523_DIR_011-1995_PT_Pr%C3%B3rroga%20Prazos%20CT%20N%206_Ata%205_95.pdf. Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. MERCOSUL/GMC/RES. Nº 124/96. **Defesa do Consumidor - Direitos Básicos**. 1996b. Disponível em: <https://www.yumpu.com/es/document/read/14292928/mercosul-gmc-res-n-124-96-defesa-do-mercosur>. Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. MERCOSUL/GMC/RES. Nº 126/96. **Defesa do Consumidor - Publicidade**. 1996d. Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/read/49678492/mercosul-gmc-res-n-126-96-defesa-do-mercosur>. Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. MERCOSUL/GMC/RES. N° 12721/96. **Defesa do Consumidor - Garantia Contratual**. 1996e. Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/read/41594106/mercosul-gmc-res-n-127-96-defesa-do-mercosur>
Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. MERCOSUL/CMC/DEC N°10/96. **Protocolo de Santa Maria Sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo**. 1996. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec1096p.asp>.
Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. MERCOSUR/CCM/CT N° 7/REC N°1/97. **Projecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del Mercosur**. 1997. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/seus-direitos-2/consumidor/Anexos/mercosul-1/comite-tecnico-no-7/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. MERCOSUL/GMC/RES. N° 42/98. **Defensa del Consumidor Garantía Contractual**. 1998. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/resolutions/Res4298p.asp>. Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. MERCOSUL/CMC/DEC. N° 59/00. **Reestruturação dos Órgãos Dependentes do Grupo Mercado Comum e da Comissão de Comercio do Mercosul**. 2000. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec5900.asp/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. MERCOSUR/CT N° 7/ ACTA N° 01/02. **XXXVI Reunión del Comité Técnico N° 7 de Defensa del Consumidor**. 2002a. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/seus-direitos-2/consumidor/Anexos/mercosul-1/comite-tecnico-no-7>. Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. MERCOSUR/CT N° 7/ ACTA N° 01/02. **Anexo IV: Proyecto de Resolucion “Proteccion de la Salud y Seguridad” - Aspectos Operativos**. 2002b. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/327459089_PROPOSTA_

DE_ACORDO_DO_MERCOSUL_SOBRE_DIREITO_APLICAVEL_EM_MATERIA_DE_CONTRATOS_INTERNACIONAIS_DE_CONSUMO_UM_CONSENSO_NECESSARIO/. Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. MERCOSUR/CT N° 7/ ACTA N° 02/04. Anexo IV: **Acuerdo Interintistucional de Entendimiento entre los Organismos de Defensa del consumidor de los Estados Partes del MERCOSUR para la defensa del Consumidor Visitante**. 2004. Disponível em <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/mercosul-1/mercosul>. Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. MERCOSUL/CMC/DEC. N° 64/10. **Estatuto da Cidadania do Mercosul Plano de Ação**. 2010. Disponível em: http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC6410_p.pdf/. Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. MERCOSUL/CT N° 7/ ATA N° 03/10. **Anexo V: Projeto de Resolução GMC sobre “Direito Aplicável a Contratos Internacionais de Consumo”**. 2010. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327459089_PROPOSTA_DE_ACORDO_DO_MERCOSUL_SOBRE_DIREITO_APLICAVEL_EM_MATERIA_DE_CONTRATOS_INTERNACIONAIS_DE_CONSUMO_UM_CONSENSO_NECESSARIO/. Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. MERCOSUR/CT N° 7/ ACTA N° 04/11. **Anexo VI: Campaña de Recalls - Brasil**. 2011b. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/resoluciones/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. MERCOSUL/GMC/ RES. N° 34/11. **Defesa do Consumidor - Conceitos Básicos**. 2011. Disponível em: http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/resolutions/RES_034-2011_PT.pdf. Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. MERCOSUL/CT N° 7/ ATA N° 03/12. **LXXI Reunião do Comitê Técnico N° 7 de Defesa do Consumidor**. 2012a. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/seus-direitos-2/consumidor/Anexos/mercosul-1/comite-tecnico-no-7/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. MERCOSUL/CT N° 7/ ATA N° 03/12. **Anexo IV: Proposta do Curso MERCOSUL de Defesa do Consumidor**. 2012b. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/seus-direitos-2/consumidor/Anexos/mercosul-1/comite-tecnico-no-7/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

MERCOSUL. MERCOSUL/LXXXIX GMC/P. DEC. N° 15/12. **Acordo do Mercosul sobre Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo**. 2012c. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/327459089_PROPOSTA_DE_ACORDO_DO_MERCOSUL_SOBRE_DIREITO_APLICAVEL_EM_MATERIA_DE_CONTRATOS_INTERNACIONAIS_DE_CONSUMO_UM_CONSENSO_NECESSARIO/. Acesso em: 12 dez. 2020.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. A efetividade dos Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, Londrina, v. 4, n. 13, p. 10-31, 2019.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SANTOS, F. A. R. B. ; FONSECA, J. K. M. R. O fundamental reconhecimento da vulnerabilidade nas relações de consumo internacionais com marcas mundialmente conhecidas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 28, p. 329-347, 2020.

PERIN JUNIOR, Ecio. **A Globalização e o Direito do Consumidor**: aspectos relevantes sobre a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais. Barueri: Manole, 2003.

RICHTER, Karina. **Consumidor & Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: Direito Material (arts. 1° a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PEREIRA JUNIOR, Daniel Duarte. **Direito Internacional do Consumidor: Análise e perspectivas perante o Mercosul**. Monografia apresentada ao curso de bacharelado em Direito. Universidade Estadual da Paraíba. 2010. Disponível em: <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/3416/1/PDF%20-%20Daniel%20Duarte%20Pereira%20Junior.pdf>. Acesso em 12 dez. 2020.

STIGLITZ, Gabriel A.; STIGLITZ, Rubén S. **Derechos y Defensa del Consumidor**. Buenos Aires: La Rocca, 1994.

STIGLITZ. Las Acciones Colectivas em Proteccion del Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 15, jul./set, p. 12-34, 1995.

AUTORES CONVIDADOS

**O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO
FISCAL DA ORDEM JURÍDICA E A DENOMINAÇÃO
DE PESSOAS VIVAS A EQUIPAMENTOS PÚBLICOS
NO ESTADO DO CEARÁ**

***THE ROLE OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE
AS SUPERVISOR OF THE LEGAL ORDER AND THE
DESIGNATION OF PEOPLE ALIVE TO PUBLIC
EQUIPMENT IN THE STATE OF CEARÁ***

Álison José Maia Melo

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7).

Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-8453-8884>

E-mail: alisson@uni7.edu.br

Dornieri Lemos Diógenes Pinto Mota

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), pós-graduando em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Escola Superior do Ministério Público, servidor do Ministério Público do Estado do Ceará.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-3695-7616>

E-mail: dornieri@gmail.com

Resumo

Recepcionada no ordenamento brasileiro pós-1988, a Lei Federal nº 6.454/1977 trouxe, em seu bojo, a proteção ao princípio da impessoalidade na gestão da *res publica*, proibindo os gestores públicos de atribuir nome de pessoa viva a bem público, de qualquer natureza, pertencente à União ou às pessoas jurídicas da administração indireta. Essa conduta, que ainda persiste atualmente, visa combater favoritismos e privilégios e implica no uso da máquina pública por administradores mal-intencionados, cujas práticas vedadas apenas satisfazem

interesses privados, desvirtuando-se do interesse e das finalidades públicas. Dentro desta perspectiva, cabe ao Ministério Público, como instituição fiscalizadora da ordem jurídica nacional, promover, judicial e extrajudicialmente, o controle de atos ilegais da Administração Pública, quando da inauguração de obras com nomes de pessoas vivas, conduta vedada pela Constituição da República Federativa do Brasil. Pesquisa-se, em especial, a atuação do Ministério Público do Estado do Ceará no combate às práticas de denominação de equipamentos públicos com nome de pessoa viva. A partir de uma abordagem dedutiva e pesquisa bibliográfica e documental, conclui-se pela existência de uma normatividade que veda referida prática e pela atuação positiva do *Parquet* estadual em coibir referidas práticas.

Palavras-chave: Lei nº 6.454/1977. Princípio da impessoalidade. Denominação de pessoa viva a equipamentos públicos. Estado patrimonial. Estado do Ceará.

Abstract

Received in the post-1988 Brazilian law, Federal Law N. 6.454/1977 brought, in its wake, the protection of the principle of impersonality in the management of the res publica, prohibiting public managers from assigning the name of a living person to a public good, of any nature, belonging to the Federal Government or legal entities of indirect administration. This conduct, which persists today, aims to combat favoritism, and privileges and implies the use of the public machine by malicious administrators whose prohibited practices only satisfy private interests, distorting public interests and purposes. Within this perspective, it is the responsibility of the Public Ministry, as a supervisory institution of the national legal order, to promote, judicially and extrajudicially, the control of illegal acts of the Public Administration, when opening works with the names of living people, a conduct prohibited by the Constitution of the Federative Republic from Brazil. It researches the role of the Public Ministry of the State of Ceará in combating the practices of naming public equipment with the name of a living person. From a

deductive approach and bibliographical and documentary research, it concludes that there is a normativity that prohibits this practice and the positive performance of the state Parquet in curbing such practices.

Keywords: *Law N. 6.454/1977. Principle of impersonality. Denomination of living person to public facilities. Patrimonial status. State of Ceará.*

1 INTRODUÇÃO

Prática reflexa do patrimonialismo no Brasil, que deita suas origens no período colonial, ainda é recorrente a atribuição de nomes de parentes das elites locais em equipamentos públicos. A situação é mais grave quando essa nomeação é dada em se tratando de pessoas vivas, pois há clara intenção de estabelecimento e fortalecimento de relações políticas, com o intuito de aproveitar o poder de influência de autoridades ainda em vida. A questão agrava-se à medida que se vai da esfera federal para a municipal, mas a situação não é menos preocupante no âmbito da União.

Essa medida, normalmente feita através de atos normativos de caráter concreto, não encontra respaldo na atual conjuntura jurídica constitucional, mormente diante de uma Administração Pública que se requer impessoal e proba. A sociedade e as instituições devem ser vigilantes em relação a esse tipo de situação, evitando-se a perpetuação de esquemas políticos, que engessam o exercício da democracia brasileira.

Quando gestores e administradores públicos inauguram obras com nomes de pessoas vivas, estão a ferir frontalmente o princípio da impessoalidade e reflexamente o princípio da moralidade, constituindo, portanto, conduta vedada disposta no *caput* do art. 37 da Constituição Federativa do Brasil de 1988 e na legislação infraconstitucional.

O presente estudo pretende examinar o papel do Ministério Público à luz dessas práticas personalistas e politiquerias, em especial analisar a atuação do

Ministério Público do Estado do Ceará em situações concretas nos municípios alencarinós. São objetivos desta pesquisa sistematizar as regras jurídicas em relação ao tema no âmbito territorial do Estado do Ceará e orientar gestores, membros do *Parquet* e do Poder Judiciário para o arcabouço normativo aplicável à realidade cearense.

Metodologicamente, adota-se uma abordagem dedutiva, recorrendo-se aos procedimentos de análise hermenêutica de diplomas normativos e da discussão de estudos de casos em precedentes judiciais, em ambos os casos no Brasil e, mais especificamente, no Estado do Ceará. A literatura de qualidade sobre o tema específico é escassa.

O desenvolvimento da pesquisa está organizado em quatro seções: na primeira, discorre-se sobre o instituto da vedação de denominação de pessoas vivas a equipamentos públicos no contexto do princípio da impessoalidade; na segunda parte, considera-se o caso ocorrido no âmbito do Poder Judiciário em razão das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a jurisprudência dos tribunais superiores acerca do tema; na terceira etapa, considera-se a normatividade em torno do papel do Ministério Público no combate a essa prática espúria; na última parte, procede-se a um exame da realidade no Estado do Ceará e de como o *Parquet* estadual vem atuando nesse sentido.

2 O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E A PROMOÇÃO DE PESSOAS VIVAS POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O pano de fundo da discussão está no patrocínio pelo poder público de homenagens a pessoas vivas como exemplo de civismo ao país, reconhecendo o valor de cidadãos que notoriamente contribuíram com seu trabalho para os ideais e grandeza da localidade na qual estiveram inseridas, com trabalhos artísticos, históricos, econômicos, sociais, políticos ou sociais. A homenagem a pessoas vivas nas situações indicadas implica indevida promoção pessoal que não atende ao interesse público, nem é compatível com a Constituição da República Brasileira,

constituindo vetor de práticas fisiológicas por gestores mal-intencionados que, no uso indevido da *res publica*, priorizam pessoas ou grupos de interesse de forma indiscriminada.

Por um lado, tais condutas violam a Constituição de 1988, uma vez que vão de encontro ao princípio de impessoalidade na Administração Pública, preceito positivado no texto constitucional que impede privilégios e favoritismos a pessoas próximas do poder político ou que visem carreira na vida política. Apesar da previsão expressa do referido princípio, de aplicação obrigatória a todas as administrações públicas do Brasil, tal disposição, muitas vezes, não é observada tanto pelo Chefe do Poder Executivo quanto pelo Poder Legislativo, que aprovam requerimentos e propostas dando nomes de pessoas vivas a praças, logradouros, equipamentos e monumentos públicos, de modo a realizar promoção pessoal de ocupantes de cargos públicos ou familiares próximos.

O art. 1º da Lei nº 6.454/1977, sancionada por Ernesto Geisel durante o regime ditatorial que perdurou entre 1964 e 1985, sob forte repressão aos movimentos sociais na condução da nação brasileira, enaltece o princípio da impessoalidade, destacando que:

É proibido em todo o território nacional, atribuir nome de pessoa viva [ou que tenha se notabilizado pela defesa ou exploração de mão de obra escrava, em qualquer modalidade,] a bem público, de qualquer natureza, pertencente à União ou às pessoas jurídicas da administração indireta. (BRASIL, 1977)

Referido dispositivo foi objeto de acréscimo pela Lei nº 12.781/2013, para proibir também que escravagistas sejam homenageados. Ainda na dicção da lei, estende-se a vedação ainda à “inscrição dos nomes de autoridades ou administradores em placas indicadores de obras ou em veículo de propriedade ou a serviço da Administração Pública direta ou indireta”, podendo alcançar as entidades que, a qualquer título, recebam subvenção ou auxílio dos cofres públicos federais, conforme disposto nos seus arts. 2º e 3º.

A conduta descrita poderá acarretar aos responsáveis a perda do cargo ou função pública que exercerem e a suspensão da subvenção ou auxílio, caracterizando ato de improbidade administrativa, à luz do art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/1992, pois envolve a prática de ato que vise fim proibido em lei ou regulamento, que viola deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade, entre outros valores relevantes à administração pública.

Ocorre que a Lei nº 6.454/1977 é uma lei federal, não sendo de obediência obrigatória às demais pessoas jurídicas de direito público, órgãos e entidades da administração direta e indireta, em atendimento ao princípio federativo e autonomia dos entes, porém traça um comando que, alinhado ao art. 37, *caput*, da Carta Magna, orienta os estados e municípios a seguirem a mesma lógica, uma vez que o § 1º do referido dispõe que a publicidade da Administração Pública não poderá estabelecer nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Nada obstante, por estar positivada a nível infraconstitucional, referida lei não está infensa a mudanças legislativas de maiorias eventuais. Tampouco deixa a União isenta de possíveis práticas inconstitucionais. Com efeito, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.782/2016, de autoria do deputado Hildo Rocha (PMDB-MA), que permite atribuir nome de pessoa viva a ruas, praças e monumentos públicos pertencentes à União. A iniciativa visaria modificar a própria Lei nº 6.454/77. Dentro desse contexto, o projeto de lei supramencionado justifica-se pela melhor das intenções, o mérito, de modo que, conforme as palavras do próprio deputado:

[...] visa possibilitar com que pessoa viva, que tenha prestado relevantes serviços à Nação, possa ser reconhecida ainda durante seus anos de vida. O Brasil precisa homenagear seus grandes cidadãos e cidadãs. Não há exemplo maior de civismo do que a possibilidade de se prestar o devido reconhecimento em vida a uma pessoa que tenha demonstrado com seu trabalho e seus ideais a grandeza desta Nação. (ROCHA, 2014)

O parlamentar propõe que o art. 1º da Lei nº 6.454, de 24 de outubro de 1977, passe a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º É proibido, em todo o território nacional, atribuir nome de pessoa viva ou que tenha se notabilizado pela defesa ou exploração de mão de obra escrava, em qualquer modalidade a bem público, de qualquer natureza, pertencente à União ou às pessoas jurídicas da Administração indireta, salvo, no caso de pessoa viva, em circunstâncias extraordinárias nas quais se reconheça que, por motivos excepcionais, esse tipo de homenagem deva ser prestado durante a vida da pessoa e seja aceita pelo homenageado. (ROCHA, 2014)

Em que pese a intenção primária do parlamentar, o projeto de lei carece de maiores requisitos e exigências para aplicação prática, uma vez que não especifica critérios, limites, exceções, prazos, idade mínima e máxima para a concessão da homenagem, além de incluir homenagem a pessoa viva, o que fere preceitos constitucionais. Haveria a possibilidade de uma construção ou interpretação constitucional adequada à nova hermenêutica constitucional e que poderia enfrentar poucas resistências tanto na análise constitucional nas Casas Legislativas, quanto no âmbito do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, pois estaria em conformidade com as regras e os princípios determinados pela Carta Constitucional de 1988. Mas, não como está colocado no projeto.

A Lei nº 12.458/2011 estabelece critérios mínimos para a outorga do título de patrono ou patrona à pessoa escolhida como figura tutelar de força armada, de ramo do conhecimento, das artes, das letras ou da ciência, de movimento social ou evento cultural, científico ou de interesse nacional. Referida lei sofreu alteração pela Lei nº 13.933/2019, com destaque para a restrição segundo a qual a honraria será concedida para brasileiros mortos há pelo menos 10 (dez) anos, que tenham demonstrado especial dedicação ou se distinguido por excepcional contribuição ao segmento para o qual sua atuação servirá de paradigma. (BRASIL, 2019)

Na redação primitiva da Lei nº 12.458/2011 constava a possibilidade de concessão da homenagem a pessoas ainda vivas, em descompasso com o princípio constitucional da impessoalidade e igualdade, adequando-se, portanto, a lei ao espírito do Constituinte de 1988 que tratou expressamente do princípio da impessoalidade no art. 37 da Carta Constitucional como preceito orientador da administração pública (BRASIL, 2011).

O fundamento maior deste dispositivo é limitar a publicidade governamental e proibir a divulgação de nomes, símbolos ou imagens que possam caracterizar promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos na publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, de modo a utilizar indevidamente a máquina estatal para promover aliados ou pessoas afeitas ao governo.

A ideia de Administração Pública não mais está limitada à simples legalidade, segundo o conceito clássico, de vedação ao administrador de assumir atitudes ou decisões que estejam em desacordo com ele. O conceito de juridicidade da administração é mais amplo, trazendo ao agente público o dever de cumprir, além das regras, os princípios relevantes, que estão indicados na Constituição Federal e que defluem do próprio sistema jurídico.

Nesse sentido, a denominação de equipamentos públicos com nome de pessoas vivas não deve suportar eventual modulação de efeitos, haja vista que o prejuízo é mínimo, ainda que se trate de prédio com nome já consagrado. Surge aqui uma exceção dura ao princípio da segurança jurídica insculpido no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição de 1988.

Com efeito, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0802474-89.2014.8.02.0000, impetrada pela Prefeitura Municipal de Passo de Camaragibe perante o Tribunal de Justiça de Alagoas, a Corte, respaldada no voto do Relator Desembargador Paulo Barros da Silva Lima, decidiu que a atribuição do nome de pessoa viva a bens públicos, traz evidente afronta aos princípios da impessoalidade e moralidade, além do art. 42 da Constituição do Estado do Alagoas, com o efeito *ex tunc*, não sendo possível a modulação dos efeitos da decisão.

3 A DISCUSSÃO DAS INAUGURAÇÕES DE FÓRUNS, AUDITÓRIOS E MONUMENTOS A PESSOAS VIVAS NO PODER JUDICIÁRIO

No Poder Judiciário, a discussão acerca do tema foi devidamente enfrentada no Pedido de Providências nº 00006464-21.2010 e no Procedimento de Controle Administrativo nº 344, procedimentos conduzidos por membros do CNJ após debate sobre se o auditório do Tribunal de Justiça do Distrito Federal poderia, ou não, receber o nome do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence.

Para o relator do processo à época, Conselheiro Jorge Hélio Chaves de Oliveira, a Resolução nº 52/2008 do Conselho Nacional de Justiça é ilegal e ofende o princípio da impessoalidade, enquanto para Ives Gandra Martins Filho, ministro do Tribunal Superior do Trabalho, “o poder do CNJ não pode dar ampliação ao previsto em lei” (MARTINS FILHO, 2011).

Dessa forma, a malsinada e já revogada Resolução nº 52/2008 da lavra do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Mendes, autorizava a homenagem à pessoa viva se fosse ex-integrante do Poder Público e que se encontrasse na inatividade, em face da aposentadoria decorrente de tempo de serviço ou por força da idade, conforme art. 1º do referido diploma. (CNJ, 2008). Justificava-se a homenagem às pessoas que não mais exerciam cargo ou função no âmbito do Poder Público, de modo irreversível, vale dizer, decorrente da aposentadoria por tempo de serviço ou em virtude da idade limite, não sendo, portanto, objeto de promoção pessoal, no sentido que a norma constitucional delineou, o não exercício da atividade a que estava anteriormente vinculada.

Não prosperou o entendimento da Resolução nº 52/2008, porque finalmente veio a ser revogada pela Resolução nº 140/2011, que proibiu, em todo o território nacional, atribuir nome de pessoa viva a bem público sob a administração de órgãos do Poder Judiciário, encerrando os debates no âmbito deste Poder (CNJ, 2011). Silva e Araújo (2021, p. 190) apontam a dificuldade de aplicação

dessa premissa principiológica, se até mesmo a instituição responsável pela tomada de decisão se sujeita ao mesmo tipo de prática.

Alguns anos depois, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1091879/CE, em decisão monocrática da lavra do Ministro Edson Fachin, houve a indicação de que o entendimento do próprio Tribunal Regional Federal da 5ª Região estava em dissonância com a jurisprudência do STF, segundo a qual a afixação de nomes de membros de poder ou de servidores em prédios públicos ofende o princípio da impessoalidade, com referência ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 307-1 (STF, 2018).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não admite a improbidade administrativa em ações civis públicas quando administradores atribuem nomes de pessoas vivas a prédios públicos, por não haver comprovação da lesão ao patrimônio público ou por caracterizar desproporcional a suspensão de direitos políticos, conforme precedente no Recurso Especial nº 758.639/PB (STJ, 2006).

Não se pode deixar de observar que as sanções previstas na Lei nº 8.429/92 devem alcançar casos que o administrador, além de enriquecer ilícitamente e causar dano ao erário, pratica conduta ilegal em detrimento do previsto no ordenamento jurídico brasileiro e dos princípios que regem a Administração Pública, atingindo o gestor inábil e irresponsável, uma vez que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza para descaracterizar a ilegalidade praticada.

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

O constituinte originário brasileiro dotou o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme art. 129 da Constituição Federal de 1988, de

forma que zelasse, além de outras atribuições, pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados.

Diante deste contexto, cabe ao Ministério Público, com fundamento na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº 8.625/1993, na Lei sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, Lei Complementar nº 75/1993, e na Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/1985, proteger o patrimônio público de atos administrativos que ocasionem promoção indevida, sejam ocupantes ou não de cargos público. Macêdo (2017, p. 472) ressaltam que a proteção ao patrimônio público (de que faz parte a probidade administrativa) e à moralidade administrativa são direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, uma vez que constam expressamente do art. 5º da Constituição da República, o qual integra o seu Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”).

Em 2014, Rodrigo Janot, quando chefiava a Procuradoria-Geral da República, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.181/MA com pedido de medida cautelar para tornar inconstitucional parte do texto do art. 19, § 9º, da Constituição do Estado do Maranhão, na redação da Emenda Constitucional nº 37, de 24 de janeiro de 2003, que dispunha:

§ 9º É proibida a denominação de obras e logradouros públicos com o nome de pessoas vivas, **excetuando-se da aplicação deste dispositivo as pessoas vivas consagradas notória e internacionalmente como ilustres ou que tenham prestado relevantes serviços à comunidade na qual está localizada a obra ou logradouro** (MARANHÃO, 2003).

Argumentou que a exceção trazida pelo dispositivo da Constituição Maranhense encontrava resistências no princípio constitucional da impessoalidade, constante no art. 37, *caput* da Constituição da República de 1988 e na Lei nº 6.454/1977, embora não seja vinculado para estados e municípios atendendo, portanto, o pacto federativo, além de constituir norma em diversas Constituições dos Estados de Ceará, Bahia, Paraná e Pernambuco, por exemplo.

A Assembleia Legislativa do Maranhão, por sua vez, informou, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.181/MA, que “os trâmites legais e constitucionais de elaboração e aprovação da Emenda Constitucional nº 37/2003 foram devidamente respeitados”, enquanto o Governador do Estado do Maranhão posicionou-se pela inconstitucionalidade da norma e a Advocacia-Geral da União manifestou-se pela procedência do pedido, com o argumento de que “a autorização veiculada pela norma atacada quanto à denominação de obras e logradouros públicos com o nome de pessoas vivas, ainda que notoriamente reconhecidas ou que tenham prestado relevantes serviços à comunidade, constitui tratamento privilegiado que não se compatibiliza com o interesse público” (STF, 2020).

O Ministério Público estadual também pode manejar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) perante o Tribunal de Justiça em face de lei estadual ou municipal que cometa idêntica prática. Em razão de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo em sede de ADI contra lei do Município de Presidente Prudente, os Poderes Executivo e Legislativo municipais ingressaram com o Recurso Extraordinário nº 978.514/SP, tendo sido distribuído para relatoria ao Ministro Marco Aurélio, para solicitar a modulação dos efeitos. Quando do julgamento, em 27 de abril de 2018, o Supremo Tribunal Federal entendeu que é impróprio o pedido de modulação dos efeitos da decisão, dando-se o dito por não dito. A aplicação do princípio da supremacia constitucional, a inconstitucionalidade é vício congênito. Nesse caso específico, não haveria valores a serem resguardados por força do princípio da segurança jurídica; a lei inconstitucional é natimorta. Há contradição em termos. Se for inconstitucional, não pode ter eficácia, porque não é válida, descabendo chamá-la de lei.

Desse modo, a designação de nome de pessoa a prédio público constitui promoção ilegal e deve ser atacada tanto por ação popular, prevista na Lei nº 4.717/1965, quanto por ação civil pública ou ação de improbidade administrativa

a cargo do Ministério Público, conforme as Leis nº 7.347/1985 e 8.429/1992, respectivamente, implicando, à custa do patrimônio público, incompatibilidade com a ordem constitucional e o interesse público. A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) foi sancionada para dar concreção ao comando contido no art. 37, § 4º, da Constituição da República, com relação à punição e ao processamento de agentes públicos e seus partícipes e/ou beneficiários pela prática de atos de improbidade administrativa (MACÊDO, 2017, p. 471).

De outra sorte, o inciso LXXIII do art. 5º do texto constitucional declara que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e dos ônus da sucumbência.

A ação popular consiste em um instrumento processual decorrente do Estado Democrático de Direito, que confere um poder a qualquer cidadão, desde que no gozo dos seus direitos políticos, para desconstituir atos administrativos que lesam o patrimônio público, como forma de controle democrático e expressão da soberania popular. Ocorre que esse instrumento processual não é frequentemente utilizado pelos cidadãos em virtude de inúmeros motivos: desconhecimento da lei, perseguição política ou até mesmo por não desejar arcar com os custos de patrocinar um advogado, de modo que é o Ministério Público é condutor da defesa do controle dos atos administrativos irregulares e ilegais, seja *ex officio*, seja por meio de notícias trazidas pela sociedade através de canais como a Ouvidoria Geral.

Seja pela via do controle concentrado, seja pela via do controle difuso, o Ministério Público Federal e os estaduais possuem diferentes instrumentos à sua disposição para reprimir referidas práticas, em todos os níveis federativos. Convém examinar como essa atuação vem ocorrendo no âmbito do Estado do Ceará.

5 A DENOMINAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NO CEARÁ E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Mesmo diante da inaplicabilidade da Lei nº 6.454/1977 para os demais níveis federativos, a *ratio legis* proposta pelo Congresso Nacional, ao conferir um nível de densidade para o princípio da impessoalidade e da moralidade para a Administração Pública *lato sensu*, deve servir de parâmetro interpretativo constitucionalmente adequado à principiologia da Constituição de 1988 – razão porque de sua recepção na atual ordem jurídico-constitucional –, à qual devem todos os demais diplomas normativos respeito, mormente por força do princípio da simetria.

O art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição de 1988 prevê que as Assembleias Legislativas estaduais deveriam elaborar suas respectivas cartas constitucionais em um ano. Com efeito, a Constituição do Estado do Ceará, editada em 1989, já reproduzia desde sua redação original a mesma interpretação, na dicção do art. 20, inciso V:

Art. 20. É vedado ao Estado [e aos Municípios, na redação original, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional nº 65/2009]:

[...]

V – atribuir nome de pessoa viva à avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório de água, viaduto, praça de esporte, biblioteca, hospital, maternidade, edifício público, auditórios, cidades e salas de aula. (CEARÁ, 1989)

Referido dispositivo constitucional foi objeto de arguição de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, pela ADI nº 307-1. A ação foi impetrada em 1990 pela Procuradoria-Geral da República (PGR), mas o foco à época foi justamente a violação ao pacto federativo pela menção aos municípios, questão posteriormente resolvida inclusive pelo exercício do poder de emenda.

Em 2002, nova manifestação da PGR no referido processo veio já com outro tom, no sentido da prejudicialidade de parte da ação em virtude de emendas e da revisão do posicionamento em relação ao art. 20, inciso V, por entender que a medida seria na verdade compatível com o princípio da impessoalidade e, nessa lógica, a mácula federativa não seria de todo relevante nesse ponto (BRASIL, 2009).

O relator, Ministro Eros Grau foi peremptório ao não vislumbrar inconstitucionalidade no dispositivo; a questão não foi arguida por nenhum outro ministro. Quando da redação original, parecia inquestionável a possibilidade de o Procurador-Geral de Justiça (PGJ) ingressar com representação de inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça em face de lei municipal que contrariasse referida regra. Com a supressão da menção aos municípios, haveria espaço para dúvidas, a nosso ver não razoáveis, quanto à possibilidade de utilização do art. 20, inciso V, como parâmetro de controle de constitucionalidade em face de leis municipais. Decerto que a versão original do texto e a ausência de inconstitucionalidades mencionada pelo STF servem de parâmetro hermenêutico importante, a despeito de posterior supressão da menção aos municípios, que nunca poderia significar a possibilidade de denominação de equipamentos municipais com nome de pessoa viva.

Coerentemente, em pesquisa no portal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará com o uso dos critérios “logradouro”, “denominação” e “pessoa viva”, separadamente, e definida a Classe “Direta de Inconstitucionalidade”, não foram identificados julgados em sede de controle concentrado envolvendo leis estaduais ou municipais que atribuam denominação a logradouros e outros equipamentos públicos com nome de pessoa viva.

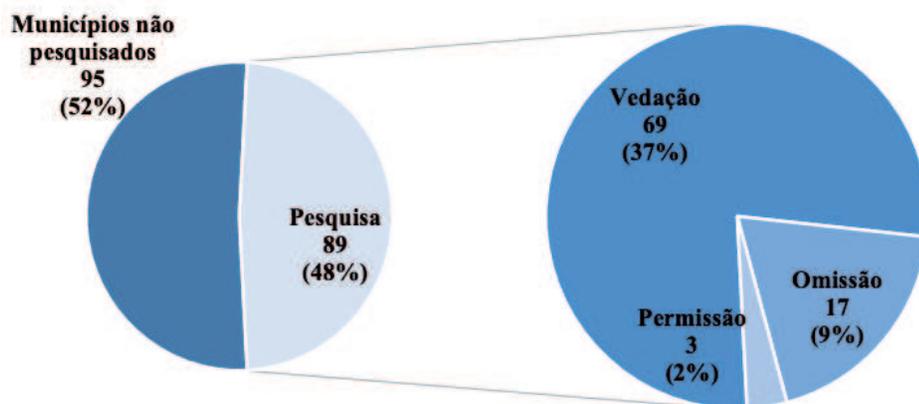
Caberia também argumentar que referidas leis na verdade não poderiam ser objeto de controle concentrado porque seriam leis de efeito concreto, por atribuírem nomes a prédios. A matéria de fato era objeto de controvérsia

doutrinária, e o entendimento do STF era no sentido de não ser cabível a ação, até os idos de 2008, quando veio o precedente na ADI 4048 em medida cautelar, especificamente para o caso de normas orçamentárias. Em virtude dessa situação ambivalente, espera-se que o Ministério Público Estadual ingresse com ações de improbidade administrativa, e os cidadãos manejem a ação popular, para o exame dessas leis de efeitos concretos.

Como consequência do Poder Constituinte Derivado Decorrente, as leis orgânicas municipais, que deveriam ser elaboradas seis meses após a promulgação da respectiva Constituição estadual, na dicção do art. 11, parágrafo único, do ADCT, precisavam ser editadas com obediência aos princípios da Constituição de 1988 e, mais especificamente, da Constituição estadual, por expressa referência do art. 29, *caput*, da Constituição de 1988, entre os quais se encontrava o art. 20, V, da Constituição estadual, que estabelecia um princípio estabelecido aos Municípios, posteriormente convertido em princípio extensível em virtude de emenda supressiva.

Nesse sentido, procedeu-se a um exame das leis orgânicas municipais. Considerando que o Estado do Ceará possui 184 municípios, o exame de cada uma das leis orgânicas seria um trabalho inglório e ineficiente, especialmente em virtude da dificuldade de acesso a referidos documentos na rede mundial de computadores, seja pela acessibilidade, seja pela qualidade e legibilidade dos documentos eventualmente encontrados. Nesse sentido, o levantamento foi feito no buscador *Google* com o uso dos termos “lei orgânica”, “Ceará”, manejando alternativa e complementarmente os termos “pessoas vivas” e “pessoa viva”. Em especial, buscou-se as leis orgânicas dos 20 municípios com maior PIB em 2018, conforme dados do IBGE. Foram encontradas 89 (oitenta e nove) leis orgânicas, um universo que representa quase metade do total, cujos dados foram organizados no Apêndice A, classificados na ordem decrescente do PIB (IBGE, 2018) e consolidados na Figura 1.

Figura 1 - Parâmetros das leis orgânicas dos municípios cearenses referentes a denominação de pessoa viva em equipamentos públicos



Fonte: elaborado pelos próprios autores.

Os dados apresentados no Apêndice revelam alguns aspectos interessantes. Em primeiro lugar, há uma ampla maioria de municípios com regras que vedam a denominação de equipamentos públicos com nome de pessoa viva, em torno de 78%, o equivalente a 37% do total de municípios cearenses. Em alguns casos, a lei orgânica prevê uma quarentena de 1 (um) ano contados do falecimento da pessoa para que possa ser feita a denominação de ruas e logradouros. Em situações excepcionais, há um regramento mais detalhado, com dois ou até três dispositivos legais orgânicos estabelecendo referida proibição. Pode-se concluir de modo satisfatório, a partir dos dados coletados, que há um *ethos* institucional no âmbito dos municípios cearenses em sentido contrário à denominação de equipamentos públicos com o nome de pessoas vivas.

Por outro lado, é considerável o número de municípios que se omitem na previsão dessa regra (que em 1989 tinha assento na Constituição estadual). Dos 89 municípios, 17 foram omissos quanto a essa questão em suas leis orgânicas

(19%), e a perspectiva é que a outra parte das leis orgânicas não analisadas contenham menos menções à vedação de denominação para pessoa viva, a partir da própria lógica dos critérios de pesquisa adotados. Mais do que simbolizar uma autonomia municipal, o fato de essas leis orgânicas fazerem tábula rasa da regra constitucional estadual é um forte traço da cultura patrimonialista que ainda vigora em muitos municípios, inclusive em municípios de grande porte econômico. Dos 20 (vinte) maiores municípios, 7 (sete) não preveem a vedação, equivalendo a 35%.

Mais acintosas ainda são as leis orgânicas que preveem a possibilidade de os equipamentos públicos terem nome de pessoa viva, com destaque para o Município de Itapipoca, que, além de ser um município de grande porte, dá autorização irrestrita para essa prática inconstitucional (ITAPIPOCA, 2008). Outras situações encontradas foram a tolerância de equipamentos que já possuíam nome de pessoa viva antes da lei orgânica, a possibilidade de denominação quando se tratar de iniciativa popular e no caso de detentor do título de cidadão municipal, desde que não residente.

A Lei Orgânica do Município Juazeiro do Norte prevê que seria possível atribuir nomes de pessoas jurídicas, o que já poderia ser remetida a uma discussão atual sobre exploração econômica de equipamentos municipais pela cessão onerosa de *naming rights* (FERNANDES; NASCIMENTO, 2020). Alerta-se, contudo, que não se afigura razoável permitir o uso de firma ou razão social da empresa com alusão direta ao nome do sócio fundador ainda vivo.

No Município de Fortaleza, a Lei Complementar nº 109 de 12 de junho de 2012 regulamenta a denominação dos bairros, praças, vias e demais logradouros públicos, estabelecendo critérios objetivos para homenagens e inaugurações, como:

- 1 - obrigatoriedade de decreto legislativo cuja iniciativa é privativa da Câmara Municipal de Fortaleza;
- 2 - croqui de localização emitido pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano e Infraestrutura (SEINF) protocolado no Departamento Legislativo da Câmara Municipal;

3 - manifestação popular de no mínimo 5% (cinco por cento) dos eleitores inscritos ali domiciliados, quando se tratar de interesse específico no âmbito do bairro ou distrito; e

4 - nomes de pessoas, datas ou fatos históricos que representem efetivamente passagens de notória e indiscutível relevância, de obras literárias, musicais, pictóricas, esculturais e arquitetônicas consagradas, acontecimentos cívicos, culturais e desportivos, personagens de folclore, acidentes geográficos ou que se relacionem com a fauna e a flora locais (FORTALEZA, 2012).

Em consonância com a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 6.454/77, a referida Lei Complementar veda aos gestores públicos dar nomes de pessoas vivas aos monumentos públicos municipais de Fortaleza: “§ 1º Sob nenhum pretexto, dar-se-ão aos bairros, praças, vias, edifícios públicos municipais e suas dependências, bem como a todo e qualquer logradouro público municipal, nomes de pessoas vivas.” (FORTALEZA, 2012)

Em seguida, o legislador municipal alencarino parece desdizer o que determinara anteriormente quando dispõe no § 5º do art. 3º que:

§ 5º As denominações de bairros, praças, vias, edifícios públicos municipais e suas dependências deverão ser atribuídas, preferencialmente, as personalidades brasileiras, já falecidas, em especial os fortalezenses e os demais cearenses que tenham contribuído para o desenvolvimento do Brasil, do Ceará, e principalmente de Fortaleza, respeitando-se a ordem de prioridade com relação aos demais agraciados que não sejam nascidos no território nacional. (FORTALEZA, 2012)

A expressão “preferencialmente” presente no § 5º do art. 3º da Lei Complementar municipal, se relacionado às pessoas “já falecidas”, desnaturaria o caráter impessoal da norma e mutilaria a intenção do Constituinte originário da República brasileira e do Constituinte cearense, ferindo diretamente o princípio constitucional da impessoalidade e igualdade, além de padecer de nítida inconstitucionalidade que pode ser atacada por eventual Ação Direta de

Inconstitucionalidade. A interpretação constitucionalmente adequada para o termo “preferencialmente” deve restringi-la para o elemento voltado para as “personalidades brasileiras”. Devem ser pessoas já falecidas, preferencialmente brasileiras.

Contudo, o Município de Fortaleza não é isento do cometimento de práticas inconstitucionais. Em 2014, um cidadão ingressou com Ação Popular nº 0835540-46.2014.8.06.0001 em razão da denominação de um centro de saúde municipal com nome de pessoa viva, lastreando sua ação nos princípios da impessoalidade e da moralidade, com menção ao dispositivo constitucional cearense. A prefeitura, em sua defesa, fez sua própria interpretação do princípio da moralidade, mas a sentença confirmou o pedido autoral. Em determinado momento processual, em virtude da desistência do autor, o Ministério Público assumiu o feito como legitimado superveniente, por força do art. 9º da Lei da Ação Popular. (CEARÁ, 2016)

Por força de remessa necessária, o feito foi encaminhado para o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. O relator, Desembargador Paulo Airton Albuquerque Filho, em 06 de fevereiro de 2017, decidiu que a matéria já se encontra resolvida, com base na Constituição do Estado do Ceará, mencionando precedente da 1ª Câmara Cível do Tribunal, exarada em 2011, referente ao Município de Pindoretama (CEARÁ, 2017). Dessa forma, a regra disposta na Constituição estadual gera efeitos normativos que se espraiam para os demais municípios.

Antes do caso acima mencionado, em 2012, o Ministério Público do Estado do Ceará ajuizou Ação Civil Pública contra a Prefeitura de Sobral, em face de obras homenageadas com nomes de membros vivos da família Ferreira Gomes, que possui forte poder político no referido município e no Estado do Ceará. Curiosamente, embora inicialmente o Ministério Público tenha obtido decisão liminar favorável ao pleito, determinando a imediata substituição do nome dos equipamentos públicos, referida liminar foi suspensa em sede de agravo de instrumento no Tribunal de Justiça. Fundamentou sua decisão o Desembargador Francisco José Martins Câmara (2012), em decisão monocrática, ao argumento

de que inexistiria perigo da demora, pois a liminar geraria duplo prejuízo para os cofres municipais caso o Ministério Público viesse a ser derrotado, olvidando por completo o alto grau de plausibilidade da demanda.

Esse caso é curioso pois demonstra a íntima relação da prática inconstitucional com a manutenção das estruturas patrimonialistas no Brasil, ressaltando-se a força política capaz de obter a reversão, no Tribunal de Justiça, da liminar concedida em primeira instância, mesmo diante de precedente firmado em 2011. Contudo, alguns meses depois, sobreveio a sentença, confirmando a liminar, para a retirada do nome de pessoas vivas dos equipamentos do município (CEARÁ, 2013). Na apelação interposta, a prefeitura foi definitivamente derrotada, tendo o voto do relator sido exarado com os seguintes dizeres:

O ato de atribuir o nome de pessoas vivas a bens e obras públicas representa um nítido favorecimento pessoal, sejam elas poeta, religioso, escritor, político etc., levando-se em consideração, ainda, que muitas dessas pessoas são políticos que concorreram para o cargo público o qual ocupam, o que demonstra ainda mais a manifestação da personalidade com a promoção de pessoa viva (CEARÁ, 2013)

Outra situação inusitada ocorreu no caso do Município de Iguatu, contra quem o Ministério Público estadual ingressou com Ação Civil Pública em 2014 no intuito de retirar o nome de três equipamentos, duas escolas e uma vila, mas na referida ação a iniciativa do *Parquet* não foi acolhida. Isso porque, em uma das escolas, a pessoa homenageada havia falecido em 2013; em relação à outra escola, tratava-se de equipamento estadual; já quanto à vila, embora seu nome seja de pessoa viva, além da inexistência de lei municipal procedendo à denominação, tratava-se de terreno privado onde foi construída a vila sem recursos públicos. O juiz levou em consideração que a pessoa homenageada não possuía vida pública e que referido nome foi atribuído pela própria comunidade há mais de 30 (trinta) anos, o que causaria inconvenientes em caso de decisão favorável à mudança de nome. (CEARÁ, 2020)

Em 2018, o Ministério Público ingressou com Ação Civil Pública em face do Município de Acopiara, para determinar a retirada do nome de pessoa do hospital municipal. No referido caso, a própria Prefeitura demonstrou deferência à boa interpretação do ordenamento jurídico pátrio, reconhecendo a procedência do pedido e já informando que iria tomar as providências para a alteração, ainda no curso do processo. (CEARÁ, 2019)

Mais recentemente, a Justiça Estadual determinou, nos autos de Ação Civil Pública ingressada pelo Ministério Público Estadual em face do Município de Juazeiro do Norte, a retirada do nome de pessoas vivas de uma série significativa equipamentos públicos municipais, entre elas grandes nomes políticos do Estado ainda em atividade. Em sua defesa, o município alegou a intempestividade da demanda, por serem as denominações já antigas, de leis anteriores à Constituição de 1988 – afirmação essa que foi comprovadamente refutada pelo órgão ministerial em sua réplica –, e a ausência de intuito de promoção pessoal. A sentença, respaldando-se nos dispositivos já mencionados anteriormente, e em precedentes dos tribunais, julgou procedente a demanda para decretar a inconstitucionalidade das leis de denominação e determinar a retirada dos nomes nos referidos equipamentos públicos. (CEARÁ, 2021)

6 CONCLUSÃO

Desse modo, o artigo buscou discorrer acerca da problemática da inauguração de obras públicas com nomes de pessoas vivas, conduta vedada pela Constituição da República Federativa do Brasil, fato que afronta o princípio constitucional da impessoalidade, disposto no art. 37, *caput*, do texto constitucional, além da Lei nº 6.454/77 que veda expressamente a conduta de homenagear pessoas vivas a bem público, de qualquer natureza, pertencente à União ou às pessoas jurídicas da administração indireta.

O dever de obedecer a Constituição e as leis é obrigatório a quaisquer gestores que administrem a *res publica* e devem fazer de modo probo e transparente, sem violar princípios positivados no ordenamento jurídico brasileiro.

Cabe ao Ministério Público, portanto, guardar a legalidade dos atos administrativos eivados de nulidade por meio de instrumentos processuais de tutela coletiva, como a Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa, assim como a sociedade pode desconstituir abusos do Estado por meio da Ação Popular.

Restou claro que homenagear personalidades através de inaugurações de monumentos públicos com nomes de pessoas vivas constitui ato ilegal e contrário ao sentido que a Constituição Federal de 1988 lançou no seio da República após as discussões da Assembleia Constituinte de 1987-1988.

No Estado do Ceará, a prática de nomeação de equipamentos públicos com nome de pessoas vivas ainda persiste, como fruto da estrutura patrimonial nos âmbitos municipal e estadual. A Constituição estadual estabelece vedação expressa, e as leis orgânicas em parte buscam reproduzir a proibição. Não há o manejo de controle concentrado de constitucionalidade, mas o Ministério Público do Estado do Ceará tem estado atento, seja com o ingresso de ações civis públicas, seja ingressando em ações populares como legitimado superveniente.

REFERÊNCIAS

ABAIARA. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <https://camaraabaiara.ce.gov.br/wp-content/uploads/1990/01/LEI-ORGANICA-MUNICIPAL.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

ACARAÚ. **Lei Orgânica do Município**, 2008. Disponível em: http://cmacarau.ce.gov.br/arquivos/70/Lei%20Organica__.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

ALTO SANTO. **Lei Orgânica do Município**, 1998. Disponível em: <https://camaraaltosanto.ce.gov.br/doc/LeiOrganica.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

APUIARÉS. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: https://camaraapuiares.ce.gov.br/arquivos/79/LEI%20ORGANICA%20MUNICIPAL__1990_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

ARACOIABA. **Lei Orgânica do Município**, 2007. Disponível em: https://www.aracoiaba.ce.gov.br/arquivos/486/___2007.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

AURORA. **Lei Orgânica do Município**, 2008. Disponível em: https://aurora.ce.gov.br/arquivos/54/Lei%20Organica__2008.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

BARRO. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <https://www.barro.ce.gov.br/wp-content/uploads/2017/07/Lei-Org%C3%A2nica-Municipal.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

BARROQUINHA. **Lei Orgânica do Município**, 2010. Disponível em: https://barroquinha.ce.gov.br/wp-content/uploads/2021/01/LEI-ORGANICA-MUNICIPAL__BARROQUINHA.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

BELA CRUZ. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: https://www.cmbelacruz.ce.gov.br/arquivos/5/LEI%20ORGANICA%20MUNICIPAL__1979_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

BOA VIAGEM. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <https://camaraboaviagem.ce.gov.br/portal/lei-organica/>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.782/2016, de 24 de outubro de 1977**. Dispõe sobre a denominação de logradouros, obras, serviços e monumentos públicos e dá outras providências, para prever a possibilidade de atribuir nome de pessoa viva a bem público, de qualquer natureza, pertencente à União ou às pessoas jurídicas da administração indireta. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2079869>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 140 de 26 de setembro de 2011**. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=115>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 52 de 8 de abril de 2008**. Brasília: CNJ, 2008. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/150>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.458 de 26 de julho de 2011**. Estabelece critérios mínimos para a outorga do título de patrono ou patrona. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12458.htm. Acesso em: 21 de set. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.933 de 11 de dezembro de 2019**. Altera a Lei nº 12.458, de 26 de julho de 2011, para vedar a outorga do título de patrono ou patrona a pessoas vivas.

BRASIL. **Lei nº 6.454 de 24 de outubro de 1977**. Dispõe sobre a denominação de logradouros, obras serviços e monumentos públicos, e dá outras providências.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 758.639/PB**. Administrativo. Recurso Especial. Improbidade administrativa. Art. 11, I, da Lei 8.429/92. Ausência de dano erário público. Improcedência da ação. Relator: Ministro José Delgado, 28 mar. 2006. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=200500973949>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.181/MA**. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão. Relator: Min. Celso de Mello, 12 ago. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678385>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.091.879/CE**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrida: União. Relator: Min. Edson Fachin, 3 ago. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5307763>. Acesso em: 21 set. 2021.

Brasília: Presidência da República, 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/LEIS/L6454.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13933.htm. Acesso em: 21 de set. de 2021.

BREJO SANTO. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <https://www.brejosanto.ce.gov.br/wp-content/uploads/2019/09/LEI-N.%C2%BA-080.1990-05.04.1990-ORGA%CC%82NICA-DE-BREJO-SANTO.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

CAMOCIM. **Lei Orgânica do Município**, 2008. Disponível em: <https://camocim.ce.gov.br/wp-content/uploads/2021/06/lei-organica-de-camocim-ceara.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

CAPISTRANO. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: https://www.capistrano.ce.gov.br/arquivos/385/LEI%20ORGANICA_001_2008_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

CARIRÉ. **Lei Orgânica do Município**, 2012. Disponível em: https://www.carire.ce.gov.br/arquivos/559/LEI%20ORGANICA__2012_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

CARNAUBAL. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <https://www.carnaubal.ce.leg.br/leis/lei-organica-municipal>. Acesso em: 21 set. 2021.

CASCADEL. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: https://www.cascavel.ce.gov.br/arquivos/198/LEIS%20MUNICIPAIS__1990_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

CAUCAIA. **Lei Orgânica do Município**, 2010. Disponível em: http://www.caucaia.ce.gov.br/index.php?tabela=pagina&acao=lei_organica. Acesso em: 21 set. 2021.

CEARÁ. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Ceará**. Fortaleza: INESP, 2016. Disponível em: <https://www.ceara.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/Const-2015-260-200-Atualizada-emenda-86-4.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. **Ação Civil Pública nº 0003025-62.2018.8.06.0029**. 1ª Vara da Comarca de Acopiara. Requerente: Ministério Público do Estado do Ceará. Requerido: Município de Acopiara. Relatora: Juíza Karla Cristina de Oliveira, 19 jul. 2019. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/>. Acesso em: 21 set. 2021.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. **Ação Civil Pública nº 0045556-45.2017.8.06.0112**. 3ª Vara Cível da Comarca de Juazeiro do Norte. Requerente: Ministério Público do Estado do Ceará. Requerido: Município de Juazeiro do Norte. Relator: Juiz Renato Esmeraldo Paes, 22 abr. 2021. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/>. Acesso em: 21 set. 2021.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. **Ação Civil Pública nº 0045986-02.2012.8.06.0167**. 3ª Vara Cível da Comarca de Sobral. Requerente: Ministério Público do Estado do Ceará. Requerido: Município de Sobral. Relator: Juiz Willer Sóstenes de Sousa e Silva, 26 mar. 2013. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/>. Acesso em: 21 set. 2021.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. **Ação Civil Pública nº 0050309-16.2014.8.06.0091**. 1ª Vara da Comarca de Iguatu. Requerente: Ministério Público do Estado do Ceará. Requerido: Município de Iguatu e outro. Relator: Juiz Eduardo Andre Dantas Silva, 9 set. 2020. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/>. Acesso em: 21 set. 2021.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. **Ação Popular nº 0835540-46.2014.8.06.0001**. 12ª Vara da Fazenda Pública (SEJUD 1º Grau). Requerente: Rodrigo Siqueira de Andrade. Requerido: Município de Fortaleza e outro. Relatora: Juíza Nádia

Maria Frota Pereira, 08 set. 2016. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/>. Acesso em: 21 set. 2021.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. **Ação Popular nº 0835540-46.2014.8.06.0001 – Remessa Necessária**. 1ª Câmara Direito Público. Relator: Des. Paulo Airton Albuquerque Filho, 06 fev. 2017. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/>. Acesso em: 21 set. 2021.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 0081446-66.2012.8.06.0000**. Agravante: Município de Sobral. Agravado: Ministério Público do Estado do Ceará. Relator: Francisco José Martins Câmara, 19 dez. 2012. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/>. Acesso em: 21 set. 2021.

CEDRO. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: https://www.cedro.ce.gov.br/arquivos/435/LEI%20ORGANICA%20_001_1990_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

CHORÓ. **Lei Orgânica do Município**, 1994. Disponível em: https://www.choro.ce.gov.br/arquivos/201/Lei%20Organica%20Municipal_01_1994_0000002.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

CONSULTOR JURÍDICO. Norma sobre nome de vivo em espaço público é revogada. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 mar. 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mar-31/cnj-revoga-resolucao-nome-pessoas-vivas-reparticoes-publicas>. Acesso em: 15 set. 2021.

COREAÚ. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <http://www.cmcoreau.ce.gov.br/down/lomatualizado.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

CRATO. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: https://intellgest-sigl-media.s3.amazonaws.com/media/sigg/public/normajuridica/1990/2/lei_organica_municipal__1990_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

CROATÁ. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: https://www.camaracroata.ce.gov.br/arquivos/495/Lei%20Organica_032_2019_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

CRUZ. **Lei Orgânica do Município**, 2010. Disponível em: <https://www.cmcruz.ce.gov.br/doc/LeiOrganica.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

FARIAS BRITO. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <https://www.fariasbrito.ce.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/LEI-ORG%C3%82NICA-2010.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

FERNANDES, André Dias; NASCIMENTO, Letícia Queiroz. A exploração econômica de bens públicos por meio da cessão onerosa de *namings rights*. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 17, n. 2, p. 125-141, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1229>. Acesso em: 21 set. 2021.

FORTALEZA. Câmara Municipal. **Lei Complementar Municipal nº 109, de 15 de junho de 2012**. Regulamenta a denominação dos bairros, praças, vias e demais logradouros públicos do município de Fortaleza, na forma que indica, e dá outras providências. Diário Oficial do Município: Poder Legislativo, Fortaleza, n. 14.822, p. 32, 28 jun. 2012. Disponível em <https://sapl.fortaleza.ce.leg.br/norma/325>. Acesso em: 21 set. 2021.

FORTIM. **Lei Orgânica do Município**, 1993. Disponível em: <http://www.cmfortim.ce.gov.br/web2/index.php/downloads/category/2-lei-organica?download=5:lei-organica-municipal>. Acesso em: 21 set. 2021.

FRECHEIRINHA. **Lei Orgânica do Município**, 2008. Disponível em: https://www.frecheirinha.ce.gov.br/arquivos/156/LEI%20ORGANICA%20MUNICIPAL__2008_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

GRANJA. **Lei Orgânica do Município**, 2006. Disponível em: <https://www.camaragranja.ce.gov.br/doc/LeiOrganica.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

GUAIÚBA. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <http://camaraguiuba.ce.gov.br/doc/LeiOrganica.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

GUARACIABA DO NORTE. **Lei Orgânica do Município**, 2008. Disponível em: <https://cmguaraciabadonorte.ce.gov.br/portal/lei-organica/>. Acesso em: 21 set. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Produto Interno Bruto dos Municípios. *In*: IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). **Cidades@**. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/>. Acesso em: 21 set. 2021.

IBIAPINA. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <http://www.cmibiapina.ce.gov.br/down/lom.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

ICÓ. **Lei Orgânica do Município**, 2001. Disponível em: https://www.ico.ce.gov.br/arquivos/252/LEIS%20MUNICIPAIS_001_2001_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

IGUATU. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <https://camaraiguatu.ce.gov.br/portal/lei-organica/>. Acesso em: 21 set. 2021.

IPAUMIRIM. **Lei Orgânica do Município**, 2005. Disponível em: <http://www.camaraipaumirim.ce.gov.br/doc/LeiOrganica.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

IPU. **Lei Orgânica do Município**, 2011. Disponível em: https://www.cmipu.ce.gov.br/arquivos/15/LEI%20ORGANICA%20MUNICIPAL__2011_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

IPUEIRAS. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <https://www.camaraipueiras.ce.gov.br/doc/LeiOrganica.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

IRAUCUBA. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: https://iraucuba.ce.gov.br/arquivos/508/Lei%20Organica%20Municipal__1990_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

ITAIÇABA. **Lei Orgânica do Município**, 2008. Disponível em: https://www.cmitaicaba.ce.gov.br/arquivos/536/LEI%20ORGANICA%20MUNICIPAL_02_2008_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

ITAPAJÉ. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <http://www.cmitapaje.ce.gov.br/doc/LeiOrganica.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

ITAPIPOCA. **Lei Orgânica do Município**, 2008. Disponível em: <https://camaraitapipoca.ce.gov.br/doc/LeiOrganica.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

ITATIRA. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: https://www.itatira.ce.gov.br/arquivos/69/Lei%20Organica%20Municipal__1990_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

JUAZEIRO DO NORTE. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: https://intellgest-sigl-media.s3.amazonaws.com/media/sigg/public/normajuridica/1990/1/lei_organica_atualizada_-_2010-21-01-2015.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. As três ações coletivas previstas na lei n. 8.429/92: algumas breves anotações. *In*: MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz; MARTELETO FILHO, Wagner. (organizadores) **Temas Avançados do Ministério Público**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 471-506.

MARACANAÚ. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <https://www.maracanau.ce.gov.br/download/lei-organica-do-municipio-de-maracanau-de-10-de-abril-de-1990/>. Acesso em: 21 set. 2021.

MARANGUAPE. **Lei Orgânica do Município**, 2006. Disponível em: <http://camaramaranguape.ce.gov.br/2017/documento/lei-organica-municipal/>. Acesso em: 21 set. 2021.

MARANHÃO. **Emenda Constitucional nº 37, de 24 de janeiro de 2003**. São Luís: Assembleia Legislativa, 2003. Disponível em: <https://stc.ma.gov.br/legisla-documento/?id=2150>. Acesso em: 21 set. 2021.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Voto no Pedido de Providências nº 00006464-21.2010**. Relator: Jorge Hélio Chaves de Oliveira. Brasília: CNJ, 2011.

MASSAPÊ. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/lei-organica-massape-ce>. Acesso em: 21 set. 2021.

MAURITI. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <http://www.camarademauriti.ce.gov.br/images/downloads/leiorgmunicipio/leiorgmunicipio.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

MILAGRES. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: https://www.camaramilagres.ce.gov.br/arquivos/5/LEI%20ORGANICA%20MUNICIPAL__1990_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

MONSENHOR TABOSA. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: https://www.cmmonsenshortabosa.ce.gov.br/arquivos/31/LEIS%20MUNICIPAIS_01_1990_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

MORADA NOVA. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <http://www.ipremn.ce.gov.br/images/pdf/legislacao/LEI%20N%20879-1990.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

MUCAMBO. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <https://camaramucambo.ce.gov.br/portal/lei-organica/>. Acesso em: 21 set. 2021.

NOVO ORIENTE. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <http://camaranovooriente.ce.gov.br/doc/LeiOrganica.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

OCARA. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: https://www.cmocara.ce.gov.br/arquivos/7/Lei%20Organica_726_2010_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

PACAJUS. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <http://www.camarapacajus.ce.gov.br/doc/LeiOrganica.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

PACATUBA. **Lei Orgânica do Município**, 2018. Disponível em: http://www.cmpacatuba.ce.gov.br/requerimentos/1501/Req_0011_2018_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

PALHANO. **Lei Orgânica do Município**, 2012. Disponível em: https://palhano.ce.gov.br/arquivos/2/Lei%20Organica%20Municipal___0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

PARAIPABA. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: https://www.paraipaba.ce.gov.br/arquivos/179/LEIS_LEI%200190_2017_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

PENAFORTE. **Lei Orgânica do Município**, 1991. Disponível em: <https://camarapenaforte.ce.gov.br/wp-content/uploads/2016/07/Lei-Org%C3%A2nica-do-Munic%C3%ADpio-de-Penaforte.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

QUITERIANÓPOLIS. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <http://camaraquiterianopolis.ce.gov.br/wp-content/uploads/2016/08/Lei-Org%C3%A2nica-do-munic%C3%ADpio-de-Quiterian%C3%B3polis.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

QUIXADÁ. **Lei Orgânica do Município**, 2010. Disponível em: https://www.camaraquixada.ce.gov.br/wp-content/uploads/2013/05/LEI_ORGANICA_QUIXADA.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

QUIXERAMOBIM. **Lei Orgânica do Município**, 2011. Disponível em: <https://www.cmquixeramobim.ce.gov.br/wp-content/uploads/2019/12/LEI-ORG%C3%82NICA-atualizada-com-emendas-2019.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

REDENÇÃO. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <http://camararedencao.ce.gov.br/portal/lei-organica/>. Acesso em: 21 set. 2021.

SANTA QUITÉRIA. **Lei Orgânica do Município**, 2010. Disponível em: https://santaquiteria.ce.gov.br/arquivos/39/Leis__2016.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

SÃO BENEDITO. **Lei Orgânica do Município**, 2020. Disponível em: https://cmsaobenedito.ce.gov.br/arquivos/318/Lei%20Organica_001_2020_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

SÃO GONÇALO DO AMARANTE. **Lei Orgânica do Município**, 2005. Disponível em: http://saogoncalodoamarante.ce.gov.br/portal/images/Leis/Lei_Organica_de_Sao_Goncalo_do_Amarante.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

SENADOR POMPEU. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: https://www.senadorpompeu.ce.gov.br/arquivos/39/Lei%20Organica__.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

SENADOR SÁ. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <http://cmsenadorsa.ce.gov.br/down/lom.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

SILVA, Thyerri José Cruz; ARAÚJO, Luís Felipe de Jesus Barreto. Denominação de bens públicos com nomes de pessoas vivas em Itabaiana-SE: possíveis violações aos princípios da impessoalidade e da moralidade. **Cadernos de Graduação: Ciências Humanas e Sociais**, Aracaju, v. 6, n. 3, p. 185-198, mar. 2021. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/cadernohumanas/article/view/9977>. Acesso em: 21 set. 2021.

OLONÓPOLE. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <https://www.camarasolonopole.ce.gov.br/doc/LeiOrganica.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

TABULEIRO DO NORTE. **Lei Orgânica do Município**, 2007. Disponível em: http://www.cmtabuleiro.ce.gov.br/site2/pag/lei_organica. Acesso em: 21 set. 2021.

TAUÁ. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: https://www.camarataua.ce.gov.br/arquivos/1991/LEI%20ORGANICA%20MUNICIPAL__2020_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

TIANGUÁ. **Lei Orgânica do Município**, 2014. Disponível em: <https://camaratiangua.ce.gov.br/portal/lei-organica/>. Acesso em: 21 set. 2021.

VARJOTA. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: <http://www.camaravarjota.ce.gov.br/2021/media/attachments/2021/03/09/lei-orgnica-do-municipio-de-varjota---atualizada-em-01-12-2016-ate-a-emenda-020-2013.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

VÁRZEA ALEGRE. **Lei Orgânica do Município**, 1990. Disponível em: https://varzeaalegre.ce.gov.br/arquivos/748/LEI%20ORGANICA_001_1990_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

VIÇOSA DO CEARÁ. **Lei Orgânica do Município**, 2002. Disponível em: https://www.camaravicosadoceara.ce.gov.br/arquivos/297/LEI%20ORGANICA%20MUNICIPAL_001_2002_0000001.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

APÊNDICE A – DISPOSITIVOS DAS LEIS ORGÂNICAS MUNICIPAIS DO ESTADO DO CEARÁ QUE REMETEM À DENOMINAÇÃO DE PESSOA VIVA A EQUIPAMENTOS PÚBLICOS, POR ORDEM DECRESCENTE DO PIB

Município	Dispositivo da lei orgânica
Fortaleza	Omisso
Maracanaú	Art. 285 - É vedado ao Município: I - atribuir nome de pessoa viva a avenidas, praças, ruas, logradouros, pontes, reservatórios de água, viaduto, praças de esporte, bibliotecas, hospitais, maternidades, edifícios públicos, auditórios, vilas, núcleos urbanos e quaisquer outras áreas públicas; (MARACANAÚ, 1990)
Caucaia	Art. 8º É vedado ao Município: [...] II - atribuir nome de pessoas vivas a avenidas, praças, ruas, logradouros públicos, pontes, reservatórios de água, viaduto, praça de esporte, biblioteca, hospitais e maternidade públicas, auditórios, distritos, salas de aulas e bairros. (CAUCAIA, 2010)
Juazeiro do Norte	Art. 190 - O Município não poderá dar nome de pessoas vivas a bens e serviços públicos de qualquer natureza, exceto de pessoa jurídica. (JUAZEIRO DO NORTE, 1990)

Sobral	Omisso
São Gonçalo do Amarante	Art. 7º - É vedado ao Município: [...] V – Atribuir nomes de pessoas vivas a bens públicos ou bens de uso comum da população; (SÃO GONÇALO DO AMARANTE, 2005)
Eusébio	Omisso
Aquiraz	Omisso
Horizonte	Omisso
Itaipoca	Art. 60. Poderá ser atribuído nome de pessoa viva a avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório de água, viaduto, praça de esporte, biblioteca, hospital, maternidade, edifício público, auditório cidades e salas de aulas. (ITAPIPOCA, 2008)
Iguatu	Art. 9º - O Município não poderá colocar nomes de pessoas vivas em prédios, logradouros e demais obras públicas. (IGUATU, 1990)
Maranguape	Art. 11. [...] § 2º - Não poderão ser atribuídos nomes de pessoas vivas às ruas, logradouros, obras, prédios municipais e serviços públicos. (MARANGUAPE, 2006)
Crato	Art. 47. É vedado atribuir nome de pessoa viva a logradouros públicos tais como: rodovia, avenida, rua, travessa, praça, ponte, reservatório d'água, viaduto, praça de esportes, prédio público, salas e jardins. (CRATO, 1990)
Tianguá	Art. 57. Compete à Câmara Municipal, com sanção do Prefeito, dispor sobre todas as matérias de competência do Município, especificamente: [...] IX - Denominação de logradouros públicos, vedada atribuição de nome de pessoa viva a bem público; (TIANGUÁ, 2014)
Pacatuba	Art. 9º - [...]. § 1º O Município não poderá dar nome de pessoas vivas a bens e serviços públicos de qualquer natureza. (PACATUBA, 2018)
Pacajus	Art. 18. Os logradouros, obras e serviços públicos só poderão receber nomes de pessoas falecidas. (PACAJUS, 1990)
Aracati	Omisso
Russas	Omisso
Quixeramobim	Art. 170. O Município não poderá dar nome de pessoas vivas a bens e serviços públicos de qualquer natureza. (QUIXERAMOBIM, 2011)

O Papel do Ministério Público como Fiscal da Ordem Jurídica e a Denominação de Pessoas Vivas a Equipamentos Públicos no Estado do Ceará

Quixadá	Art. 194. [...]. Parágrafo Único – A ação do Município deverá orientar-se para: [...] V – manter as praças, prédios e logradouros públicos com sua estética original, não permitindo qualquer tipo de comércio que venha descaracterizar a natureza do patrimônio, inclusive vedando a existência de nome de pessoas vivas na denominação dos mesmos. (QUIXADÁ, 2010)
Morada Nova	Art. 17 – É vedado ao Município de Morada Nova: [...] V – atribuir nome de pessoa viva à avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório d'água, viaduto, praça de esporte, biblioteca, hospital, maternidade, edifício público, auditórios, escola e sala de aula. (MORADA NOVA, 1990)
Cascavel	Art. 14º – É vedado ao Município atribuir nomes de pessoas vivas em logradouros, prédios públicos, chafarizes públicos, avenidas, obras e serviços públicos. (CASCAVEL, 1990)
Tauá	Art. 21 - O Município não poderá dar nome de pessoas vivas a bens e serviços públicos de qualquer natureza. (TAUÁ, 1990)
Camocim	Art. 3º O Município não poderá dar nome de pessoas vivas a bens e serviços públicos de qualquer natureza. (CAMOCIM, 2008)
Acaraú	Art. 9º. É vedado ao Município; I. atribuir nome de pessoa viva à avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório de água, viaduto, praça de esportes, biblioteca, hospital, maternidade, edifício público, auditórios, escolas e salas de aula, bem como a quaisquer entidades de utilidade pública; (ACARAÚ, 2008)
Itapajé	Art. 13º - Ao Município é vedado: [...] IX – Atribuir nome de pessoa viva a avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório de água, viaduto, praça de esporte, biblioteca, hospital, maternidade, edifício público, auditórios, distritos e salas de aula. DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS Art. 4º - O município não poderá dar nomes de pessoas vivas a bem de serviços públicos de qualquer natureza. (ITAPAJÉ, 1990)
Icó	Art. 16º - Nenhuma rua, praça ou logradouro público do Município a partir da promulgação da Lei Orgânica terá nome de pessoa viva, exceto os já existentes . E qualquer nome a ser colocado em locais públicos, será antes apreciado pelo Poder Legislativo, que por maioria de dois terços o decidirá. (ICÓ, 2001)

São Benedito	Art. 11º. É vedado ao Município de São Benedito: [...] V- Atribuir nomes de pessoas vivas a avenidas, praças, ruas, logradouros públicos, pontes, reservatórios d'água, biblioteca, edifícios públicos, auditórios, Distritos e povoados. (SÃO BENEDITO, 2020)
Brejo Santo	Art. - 7º - E vedado ao Município: [...] IV - atribuir nome de pessoa viva a logradouros e obras públicas. (BREJO SANTO, 1990)
Guaraciaba do Norte	Art. 15. Ao Município é vedado: [...] VII - atribuir nome de pessoa viva a avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório de água, viaduto, praça de esporte, biblioteca, hospital, maternidade, edifício público, auditórios, cidades e salas de aula. (GUARACIABA DO NORTE, 2008)
Redenção	Art. 14. É vedado ao Município: [...] VIII. atribuir nomes de pessoas vivas a ruas, praças, logradouros públicos, pontes, viadutos, reservatório de água, praças de esporte, estabelecimentos de ensino, hospitais, maternidades, auditórios, salas, distritos e povoados. (REDENÇÃO, 1990)
Santa Quitéria	Art. 14. É vedado ao Município: [...] VIII – atribuir nome de pessoa viva a ruas, praças, logradouros, equipamentos ou prédios públicos. (SANTA QUITÉRIA, 2010)
Viçosa do Ceará	Art. 4º - O Município não poderá dar nomes de pessoas vivas e bens e serviços públicos de qualquer natureza. (VIÇOSA DO CEARÁ, 2002)
Mauriti	Art. 6º - É vedado ao Município: [...] IV – denominar obras com nome de pessoas vivas; (MAURITI, 1990)
Ipu	Art. 14. É vedado ao Município: [...] VI – atribuir nome de pessoa viva a ruas, praças, logradouros públicos, pontes, viadutos, reservatórios d'água, praças de esporte, estabelecimentos de ensino, hospitais, maternidades, auditórios, salas, distritos e povoados. (IPU, 2011)
Paraipaba	Art. 7º - É vedado ao Município: [...] V – atribuir nomes de pessoas vivas a avenidas, praças, ruas, logradouros públicos, pontes, reservatórios de águas, bibliotecas, edifícios públicos, auditórios, distritos e povoados. (PARAIPABA, 1990)
Boa Viagem	Art. 14 - É vedado ao Município: [...] VIII - atribuir nome de pessoa viva a ruas, praças, logradouros públicos, pontes, viadutos, reservatórios d'água, praças de esportes, estabelecimentos de ensino, hospitais, maternidades, auditórios, salas, distritos e povoados. (BOA VIAGEM, 1990)

O Papel do Ministério Público como Fiscal da Ordem Jurídica e a Denominação de Pessoas Vivas a Equipamentos Públicos no Estado do Ceará

Granja	Artigo 202 - O Município não poderá dar nome de pessoas vivas a bens e serviços públicos de qualquer natureza. (GRANJA, 2006)
Várzea Alegre	Art. 152 - Fica proibido na esfera municipal atribuir nome de pessoa viva a avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório de água, viaduto, praça de esporte, biblioteca, hospital, maternidade, edifício público, auditório, sede de distrito, sala de aula e escola. (VÁRZEA ALEGRE, 1990)
Mombaça	Omisso
Tabuleiro do Norte	Art. 44. Compete privativamente à Câmara Municipal exercer as seguintes atribuições, dentre outras: [...] XX – denominar prédios, praças, vias e logradouros públicos, bem como sua modificação, sendo proibido o uso do nome de pessoas vivas na referida denominação. Art. 120. [...] Parágrafo único. É vedado ao Município atribuir nome de pessoa viva a avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório de água, viaduto, praça de esporte, biblioteca, hospital, maternidade, edifício público, auditórios, vilas, sedes de distritos, localidades e salas de aula. Art. 236. O Poder Executivo e Legislativo quando da indicação de nomes a prédios escolares, em homenagem ao mérito, não poderão fazê-los a pessoas vivas e as comunidades beneficiadas deverão ser consultadas antes da indicação. (TABULEIRO DO NORTE, 2007)
Senador Pompeu	Art. 7º - É vedado ao Município: [...] VI – atribuir nomes de pessoas vivas a avenidas, praças, ruas, logradouros públicos, auditórios, distritos e povoados; (SENADOR POMPEU, 1990)
Ibiapina	Art. 14 - É vedado ao Município: [...] VIII – atribuir nome de pessoa viva a ruas, praças, logradouros públicos, pontes, viadutos, reservatórios d'água, praças de esporte, estabelecimento de ensino, hospitais, maternidades, auditórios, salas, distritos e povoados. (IBIAPINA, 1990)
Massapê	Art. 12. É vedado ao Município: [...] VI - atribuir nome de pessoa viva à Avenida, Praça, Rua, logradouros. Reservatórios D'água, Viaduto, Praça de Esporte, Biblioteca, Hospital Auditórios, Salas de Aula e quaisquer prédios públicos; DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS Art. 5º Todas as obras públicas que até a publicação desta Lei Orgânica tiver sido denominada com nomes de pessoas vivas, terão o prazo de sessenta dias para sua regularização, através de Projeto de Lei, apresentado por um Vereador e aprovado por dois terços da Câmara Municipal. (MASSAPÊ, 1990)

Varjota	Art.14º. – É vedado ao Município: [...] VIII – atribuir nome de pessoa viva a ruas, praças, logradouros, públicos, pontes, viadutos, reservatórios d'água, praças de esporte, estabelecimento de ensino, hospitais, maternidade, auditórios, salas, distritos e povoados. (VARJOTA, 1990)
Frecheirinha	Art. 117 - O Município não poderá dar nome de pessoas vivas a bens e serviços públicos de qualquer natureza. (FRECHEIRINHA, 2008)
Ipueiras	Art. 14. É vedado ao Município: [...] VIII – atribuir nome de pessoa viva a ruas, praças, logradouros públicos, pontes, viadutos, reservatórios d'água, praça de esporte, estabelecimentos de ensino, hospitais, maternidades, auditórios, salas, distritos e povoados. (IPUEIRAS, 1990)
Bela Cruz	Art .7º. É vedado ao Município: [...] V – atribuir nomes de pessoas vivas a avenidas, praças, ruas, logradouros públicos, pontes, reservatórios de água, bibliotecas, edifícios públicos, auditórios, distritos e povoados; (BELA CRUZ, 1990)
Milagres	Art. 17º - É vedado ao Município atribuir nome de pessoa viva a avenida, rua logradouro, ponte, praça de esporte, biblioteca, hospital, maternidade, edifício público, sala de aula conforme dispõe no inciso V do art. 20º da Constituição Estadual. (MILAGRES, 1990)
Cruz	Art. 15. [...] § 2º. Só serão permitidos topônimos novos, mediante a aprovação de maioria simples dos membros da Câmara Municipal, proibindo-se a utilização de nomes de pessoas vivas (CRUZ, 2010)
Penaforte	Art. 8º. Cabe à Câmara, com a sanção do Poder Executivo Municipal, dispor sobre as matérias de competência do Município e especialmente: [...] XVI - dar denominação de avenidas, ruas, praças, prédios e demais logradouros públicos, vedando-se a duplicidade de nomes homenageados, a atribuição de nome de pessoa viva. (PENAFORTE,1991)
Jardim	Omisso
Guaiúba	Art. 59 — É vedado atribuir nomes de pessoas vivas à avenidas, praças, ruas, logradouros, pontes, reservatórios de água, praças de esportes, bibliotecas, hospitais, maternidades, edifícios públicos, auditórios, cidades e salas de aulas. (GUAIÚBA, 1990)

<p>Novo Oriente</p>	<p>205-H. - É vedada a nomeação de um mesmo homenageado para mais de um distrito, vila, povoado, logradouro, prédio, sala ou quaisquer ambientes sobre o domínio e manutenção dos poderes públicos municipais.</p> <p>I - Preferencialmente, a nomeação de que trata o caput deste artigo será em homenagem ao cidadão novorientense falecido que tenha prestado relevantes serviços ao Município;</p> <p>II - A nomeação somente poderá homenagear pessoa viva quando não residir no Município e que detenha título de cidadão novorientense, podendo ser substituída a qualquer tempo quando cassado o referido título por maioria de dois terços da Câmara Municipal ou após seu falecimento. (NOVO ORIENTE, 1990)</p>
<p>Aracoiaba</p>	<p>Art. 44. É vedado ao Município atribuir nome de pessoa viva a avenida, praça, rua, logradouros, ponte, reservatório d'água, viaduto, praça de esportes, biblioteca, hospital, maternidade, auditório, edifício e salas de aula. (ARACOIABA, 2007)</p>
<p>Solonópole</p>	<p>Art. 191 - É vedado ao Município atribuir nome de pessoa viva a avenida, rua, bairro, praça, logradouro público, conjunto habitacional, monumento, bibliotecas, hospital, maternidade, edifício público, auditórios e salas de aula, condicionada a homenagem à aprovação da Câmara de Vereadores. (SOLONÓPOLE, 1990)</p>
<p>Campos Sales</p>	<p>Omisso</p>
<p>Aurora</p>	<p>Art. 20. - Os logradouros, obras e serviços públicos só poderão receber nomes de pessoas falecidas há, pelo menos, um ano; (AURORA, 2008)</p>
<p>Cedro</p>	<p>Art. 12. Fica proibido atribuir nome de pessoa viva a avenida, logradouro, praça, rua, ponte, reservatório de água, viaduto, praça de esporte, biblioteca, hospital, maternidade, edifício público, auditório e salas de aula, após a promulgação da Lei Orgânica. (CEDRO, 1990)</p>
<p>Ocara</p>	<p>Art. 14. É vedado ao Municípios: [...] VIII – atribuir nomes de pessoas vivas a ruas, praças, logradouros públicos, pontes, viadutos, reservatórios d'água, praças de esporte, estabelecimentos de ensino, hospitais, maternidades, auditórios, salas, Distritos e Povoados. (OCARA,1990)</p>

Capistrano	Art. 119. O Município não poderá atribuir nome de pessoas vivas a bens e serviços públicos, tais como escolas, avenidas, praças, ruas, logradouros públicos, pontes, reservatórios de água, viaduto, praça de esportes, biblioteca, hospitais e maternidades públicas, auditórios, distritos, salas de aula e bairros. (CAPISTRANO, 1990)
Barro	Art. 20 - É vedado ao Município, atribuir nome de pessoa viva a Avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório d'água, viaduto, praça de esportes, biblioteca, hospital, maternidade, edifício público, auditórios, cidades, salas de aulas e outros. (BARRO, 1990)
Orós	Omisso
Fortim	Art. 70 - É vedado ao Município: [...] V - Atribuir nome de pessoas vivas à avenidas, praças, ruas e logradouros públicos, pontes, reservatórios de água, bibliotecas, edifícios públicos, auditórios, distritos e povoados; (FORTIM, 1993)
Irauçuba	Art. 14 - É vedado ao Município: [...] VIII - atribuir nome de pessoa viva a ruas, praças, logradouros públicos, pontes, viadutos, reservatórios d'água, praças de esportes, estabelecimento de ensino, hospitais, maternidades, auditórios, salas, distritos e povoados. (IRAUÇUBA, 1990)
Farias Brito	Art. 152. Fica proibido na esfera municipal atribuir nome de pessoa viva a avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório de água, viaduto, praça de esporte, biblioteca, hospital, maternidade, edifício público, auditório, sede de distrito, sala de aula e escola. (FARIAS BRITO, 1990)
Alto Santo	Art. 7.º É vedado ao Município: [...] V - atribuir nome de pessoa viva a ruas, praças, logradouros públicos, pontes, viadutos, reservatórios d'água, praças de esporte, estabelecimentos de ensino, hospitais, maternidades, auditórios, salas, distritos e povoados. (ALTO SANTO, 1998)
Cariré	Art. 14º - É vedado ao Município: [...] VIII - Atribuir nome de pessoa viva a ruas, praças, logradouros públicos, pontes, viadutos, reservatórios d'água, praças de esporte, estabelecimento de ensino, hospitais, maternidades, auditórios, salas, distritos e povoados. (CARIRÉ, 2012)

O Papel do Ministério Público como Fiscal da Ordem Jurídica e a Denominação de Pessoas Vivas a Equipamentos Públicos no Estado do Ceará

Coreaú	Art. 59 – É vedado atribuir nome de pessoa viva a avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório de água, viaduto, praça de esporte, biblioteca, hospital, maternidade, edifício público, auditórios, cidades e salas de aulas. (COREAÚ, 1990)
Quiterianópolis	Art. 28 - E vedada a homenagem a pessoas vivas mediante inclusão de seu nome em quaisquer obras ou serviços municipais. (QUITERIANÓPOLIS, 1990)
Araripe	Omisso
Morrinhos	Omisso
Croatá	Art. 12. É vedado ao Município: V - atribuir nome de pessoa viva a avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório de água, praça de esporte, biblioteca, hospital maternidade, edifício público, auditório e sala de aula. (CROATÁ, 1990)
Jaguaribara	Omisso
Monsenhor Tabosa	Art. 14 – É vedado ao Município: [...] VIII - atribuir nome de pessoa viva a ruas, praças, logradouros públicos, pontes, viadutos, reservatórios d'água, praças de esportes, estabelecimento de ensino, hospitais, maternidades, auditórios, salas, distritos e povoados. (MONSENHOR TABOSA, 1990)
Itatira	Art. 14 – É vedado ao Município: [...] VIII - atribuir nome de pessoa viva a ruas, praças, logradouros públicos, pontes, viadutos, reservatórios d'água, praças de esporte, estabelecimento de ensino, hospitais, maternidades, auditórios, salas, distritos e povoados. (ITATIRA, 1990)
Catarina	Omisso
Carnaubal	Art. 161. [...] Parágrafo único. Fica vedado ao Município dar nomes de pessoas vivas a estas obras. (CARNAUBAL, 1990)
Ipaumirim	Art. 150 – O Município não poderá dar nomes de pessoas vivas a bens e serviços públicos de qualquer natureza. (IPAUMIRIM, 2005).
Graça	Omisso
Apuiarés	Art. 236º - O Município não poderá dar nome de pessoas vivas e nem de pessoas falecidas a menos de um ano a ruas, logradouros e obras públicas, ressalvada a iniciativa popular . (APUIARÉS, 1990)

Barroquinha	Art. 173 – O Município não poderá dar nome de pessoas vivas a bens e serviços públicos de qualquer natureza. (BARROQUINHA, 2010)
Mucambo	Art. 14 - É vedado ao Município: [...] VIII - atribuir nome de pessoa viva a ruas, praças, logradouros públicos, pontes, viadutos, reservatórios d'água, praças de esporte, estabelecimento de ensino, hospitais, maternidades, auditórios, salas, distritos e povoados. (MUCAMBO, 1990)
Ibicuitinga	Omisso
Abaiara	Art. 14 - É vedado ao Município atribuir nomes de pessoas vivas a avenidas, praças, reservatórios de água, praças de esporte, biblioteca, hospital, maternidade, edifícios públicos, auditórios, distritos, escolas, etc. (ABAIARA, 1990)
Choró	Art. 126 – É vedado ao município atribuir nome de pessoa viva a avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório d'água, viaduto, praça de esporte, escola, biblioteca, hospital, posto de saúde, maternidade, prédio público, auditório, vilas e salas de aula. (CHORÓ, 1994)
Palhano	Art. 205. É vedada: [...] III - a atribuição de nome de pessoa viva a bem público de qualquer natureza, pertencente ao Município. (PALHANO, 2012)
Itaiçaba	Art. 12 - É vedado ao Município: [...] V. atribuir nome de pessoa viva a avenida, praça, rua, logradouro, ponte, reservatório de água, viaduto, praça de esporte, biblioteca, hospital, maternidade, edifícios públicos, auditório, cidades e salas de aulas. (ITAIÇABA, 2008)
Senador Sá	Art. 8º -Ao Município é proibido: [...] V - atribuir nome de pessoa viva a avenida, praça, rua, logradouro, reservatório d'água, hospital, biblioteca, edifício público, salas de aula, auditório e praça de esporte. (SENADOR SÁ, 1990)

Fonte: elaborado pelos autores.

SUBMETIDO: 21/09/2021

APROVADO: 10/11/2021

**A RELEVÂNCIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE NA
PÓS-MODERNIDADE: DIAGNÓSTICO E PROGNÓSTICO
À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

***THE RELEVANCE OF THE OWNERSHIP IN POST-MODERNITY:
DIAGNOSIS AND PROGNOSIS IN VIEW OF AND LAW ECONOMICS***

Bruno de Sousa Saraiva

Mestrando em Direito Civil pela PUC/SP. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduado em Direito Imobiliário pela ESA/OAB-CE/FAMETRO. Procurador da Fazenda Nacional.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-9953-2589>

E-mail: bsousasaraiva@gmail.com

Resumo

A pós-modernidade desafia o jurista, em virtude de sua notória instabilidade que avassaladoramente transforma as relações sociais. Diante desse contexto, o presente artigo procura analisar os efeitos da pós-modernidade sobre o direito de propriedade, notadamente sua relação com a economia do compartilhamento, descrevendo o estado atual de coisas (diagnóstico) e traçando suas perspectivas (prognóstico). Para tanto, utiliza-se o método da análise econômica do direito. Ao final, conclui-se que, atualmente, ocorre um processo de emulação (imitação) do direito de propriedade, pois os indivíduos pagam não para serem donos do bem, mas sim pela experiência de acessá-los temporariamente (diagnóstico), e que a tendência disso é perdurar, por ser racionalmente mais vantajoso (prognóstico), de forma a popularizar construções jurídicas tradicionais, como o contrato de locação, e pós-modernas, como os fundos de investimentos imobiliários e a multipropriedade.

Palavras-chaves: Pós-Modernidade. Análise econômica do direito. Economia do compartilhamento. Propriedade. Emulação.

Abstract

Postmodernity challenges the jurist, due to its notorious instability that overwhelmingly transforms social relations. In this context, this article seeks to analyze the effects of postmodernity on the ownership, notably its relationship with the sharing economy, describing the current state of affairs (diagnosis) and outlining its perspectives (prognosis). For this purpose, the and Law Economics is used. In the end, it is concluded that, currently, there is a process of emulation (imitation) of the ownership, since individuals pay not to be the owners of the thing, but rather for the experience of accessing it temporarily (diagnosis), and that this tendency is to endure because it is more advantageous (prognosis), in order to popularize traditional, such as the rental contract, and postmodern, such as real state fund and timeshare, legal constructions.

Keywords: *Post-Modernity. Law and Economics. Sharing economy. Ownership. Emulation.*

1 INTRODUÇÃO

A pós-modernidade chegou, e para ela o Direito indubitavelmente não estava preparado. A velocidade da evolução científica e tecnológica não foi acompanhada pela ciência jurídica, conquanto o esforço inegável de a ela se parrear.

Ocorre que não se pode dizer, propriamente, tratar-se de um vacilo dos juristas (e legisladores), já que é da natureza das coisas o Direito sempre estar em descompasso com a evolução social, embora o legislador possa antecipar-se aos fatos sociais, com a precipitação de processos ainda em evolução, e norteie, assim, os acontecimentos (REALE, 2001, p. 176). A bem da verdade, vacilo seria fechar os olhos para essa nova realidade e fazer-se indiferente ou contra ela, até mesmo porque “o Direito não deve ser freio às iniciativas econômicas, mas seu fator de desenvolvimento e de segurança (JOURDAIN; LECLERC; MILLERAND, 2016, p. 12).

Nesse difícil contexto, este trabalho procura analisar os efeitos da pós-modernidade sobre um instituto bastante caro ao Direito: a propriedade. Por meio dele, procura-se apresentar como a propriedade vem sendo encarada na pós-modernidade, para, ao final, prever, em um exercício de futurologia, o porvir do instituto e suas implicações. Nas palavras de Ulrich Beck (2011, p. 11), busca-se “a despeito de um passado *ainda* vigente, tornar visível o *futuro que já se anuncia* no presente” (destaques no original).

Para tanto, como metodologia adotada, o artigo vale-se da análise econômica do direito (AED), por cuidar-se aqui da escolha de alternativas jurídicas. De fato, considerando que a AED tem por fim obter a escolha mais racional, é ela completamente compatível com os objetivos desse estudo.

À luz dessas considerações, o trabalho segue estruturado em 4 partes. Na primeira, apresenta-se a concepção de pós-modernidade, a fim de contextualizar o tema, e em seguida, na segunda, apresenta-se a AED. Na terceira, analisa-se a propriedade na pós-modernidade, notadamente frente à chamada economia do compartilhamento, com o objetivo de obter um diagnóstico do estado atual de coisas. No último tópico, procurou-se antever o futuro do direito de propriedade, além de outros prognósticos.

Por fim, cumpre destacar que não se proporrá aqui uma nova concepção do direito de propriedade, mas apenas reapreciar sua relevância, diante do contexto pós-moderno.

2 CONCEPÇÃO DE PÓS-MODERNIDADE

O termo “pós-modernidade” foi inicialmente empregado na seara das artes e se espalhou para todos os outros tipos de campos (HOBSBAWN, 2008, p. 498- 500)¹. Em interessante reflexão, Erik Hobsbawn (2008, p. 282) consigna

1 Francisco Amaral (2001, p. 45), por outro lado, informa que o termo “pós-modernidade” “surgiu no final dos anos 50, na literatura norte-americana, donde passa durante a década de 60 para as artes, a sociologia, a política, e a ciência, de modo geral”.

que a utilização do prefixo “pós” se dá quando as pessoas se deparam, em seu presente, com problemas que seu passado não lhes preparou para encará-los, fazendo-as tatear “em busca de palavras para dar nome ao desconhecido, mesmo quando não podem defini-lo ou entendê-lo”. É precisamente o caso da pós-modernidade, que designa o período humano após o final da Segunda Guerra Mundial (RIFKIN, 2004, p. 154).

A procura por um conceito fechado de pós-modernidade é tarefa impossível, precisamente porque esse período da humanidade se caracteriza por sua extrema volatilidade, incerteza e relativismo. Não por outro motivo, Eric Hobsbawn (2008, p. 499) observa que “todos os pós-modernismos tinham em comum um ceticismo essencial sobre a existência de uma realidade objetiva, e/ou a possibilidade de chegar a uma compreensão aceita dessa realidade por meios racionais. Todos tendiam a um radical relativismo”.

Diante desse contexto, Baumann (2001, p. 8) prefere referir-se à “modernidade líquida”, para retratar essa realidade mutável e fluida que constantemente se recria. Com efeito, segundo aquele autor, “os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la”, tal como a sociedade se nos apresenta atualmente.

Essa fluidez, pode-se dizer, decorre da hipercomplexidade da sociedade, consubstanciada na multiplicidade de grupos sociais, e resulta da descrença na racionalidade, no sentido de ser impossível obter noções definitivas, “atingir a natureza das coisas”, tudo isso catalisado pela intensa interação social. Daí por que Antônio Junqueira de Azevedo (1999, p. 98) apontar as seguintes características da pós-modernidade: crise da razão, hipercomplexidade e interação. Próximo a esse entendimento é o de Erik Jayme (2003, p. 106-107), que assim elenca os seguintes valores pós-modernos: pluralismo, comunicação, narração e retorno dos sentimentos.

Mas é nas lições de Francisco Amaral (2001, p. 46) que fixaremos a concepção de pós-modernidade:

A sociedade contemporânea, pós-moderna ou pós-industrial, é uma sociedade 'pluralista, complexa, marcada pela revolução da técnica, pela mundialização da economia, pela massificação dos meios de comunicação.' Dado o notável desenvolvimento científico e tecnológico das últimas décadas é reconhecidamente a sociedade do conhecimento e da informação.

Será, portanto, essa a concepção de pós-modernidade a balizar os entendimentos trazidos neste trabalho.

3 NOTAS SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Nesse contexto de multiplicidade de escolhas, abundância de informações e facilidades tecnológicas, todas características da pós-modernidade, a AED aparece como método mais compatível com os objetivos desse trabalho, notadamente quanto à pretensão de se explicar e compreender uma dada situação, bem como prever uma tendência.

Com efeito, a AED objetiva encontrar a razão de ser - o fundamento - das instituições jurídicas, procurando identificar a lógica de quem escolhe/decide, ainda que muitas vezes essa lógica não esteja explicitada nos motivos das decisões ou, ainda, que quem decide/escolhe não tenha consciência dela (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 8-9). No mesmo sentido, Ivo Gico Junior (2014, p. 14) ensina:

Análise econômica do direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito.

A AED utiliza-se do método da Economia - a ciência das escolhas humanas (COASE, 2017, p. 2) -, o qual se assenta em três princípios. O primeiro é o de que

os agentes econômicos (as pessoas), em suas escolhas, atuam de forma racional (princípio da escolha racional). O segundo, por sua vez, é o de que, por meio da ideia de equilíbrio, as escolhas individuais permitem deduzir os comportamentos coletivos (princípio do equilíbrio). Por fim, o terceiro é o de que a eficiência é o critério essencial para avaliar a ação humana (RODRIGUES, 2016, p. 10).

Assim, “havendo escolhas para analisar, existe a possibilidade de aplicar a Economia: a Análise Econômica do Direito não é mais do que a análise do direito à luz dos princípios antes enunciados” (RODRIGUES, 2016, p. 32), ou seja, a AED procura chegar à escolha mais eficiente, partindo da ideia básica segundo a qual “o homem procura de forma racional aumentar ao máximo seus objetivos na vida, suas satisfações” (POSNER, 2007, p. 25), podendo-se deduzir desse comportamento individual, o comportamento coletivo.

Em relação à escolha racional, consiste ela, de forma geral, naquela que maximiza as utilidades e mais reduz os custos (RODRIGUES, 2016, p. 12), pautada no acervo de informações detidas pelo indivíduo². Utilidade, aqui, significa a capacidade que qualquer bem venha a ter de suprir ou atender a uma necessidade, de forma a satisfazê-la total ou parcialmente (NUSDEO, 2016, p. 31-32), ao passo que o custo representa o sacrifício que se faz para se poder obter aquela utilidade, representando, pois, o decréscimo da utilidade global (RODRIGUES, 2016, p. 12), ou mais especificamente, como custo de oportunidade, “a satisfação de que se abdica ao escolher uma determinada alternativa” (RODRIGUES, 2016, p. 12).

Dentre os vários tipos de custos, o que mais interessa para a AED são os custos de transação, definidos por Ronald Coase (2017, p. 6) como “o custo de

2 “[...] o agente, quando escolhe de forma racional, faz isso de acordo com o padrão das suas informações ou da forma como as analisa, o que justifica que por diversas vezes quem tenha mais informações ou saiba as analisar de forma mais apropriada considere que agentes praticam condutas irracionais. Portanto, um determinado indivíduo pode entender mais adequado gastar seu dinheiro com um vício ao invés de comprar medicamentos de que necessita, mas nem assim não estará agindo de forma não racional, porque dada a condição pessoal do agente, o indivíduo pode entender que a conduta lesiva lhe traz mais utilidade do que os medicamentos”. (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 96)

realizar uma transação por meio de uma troca no mercado aberto”, na medida em que “desempenham um papel crucial na determinação de como direitos serão usados e exercidos” (COASE, 2017, p. 14). Em termos jurídicos, os custos de transação são “os custos de realizar um negócio jurídico” (TOMASEVICIUS FILHO, 2007, p. 43), razão pela qual Williamson (1985, p. 20) destaca que “a economia dos custos de transação coloca o problema da organização econômica como um problema de contratação”.

Com base em Cooter e Ulen, Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior (2015, p. 123) consignam que referidos custos:

Se dividem em três espécies: custos de busca [encontrar alguém que deseje negociar]; custos de arranjo ou acordo [contratação de advogados para confecção e redação do acordo, ou obtenção de produtos que se pretende adquirir]; e custos de execução [custos de monitoramento do cumprimento da obrigação e, em caso de descumprimento, custos para mobilizar o Judiciário e impor as respectivas sanções]³.

Nada obstante, também se mostra importante para o presente trabalho a ideia de custos fixos, que se caracterizam por não variarem conforme a quantidade de utilidades produzidas (MANKIW, 2017, p. 249), tais como impostos sobre a propriedade e manutenção dos equipamentos.

Quanto à ideia de necessidade, cumpre destacar que a economia não faz juízo de valor sobre o seu conteúdo. Ou seja, o economista não a julga, “mas apenas a constata e explica a atividade desenvolvida para o seu atendimento” (NUSDEO, 2016, p. 32). Por uma questão de objetividade, utilizar-se-á nesse estudo a necessidade de moradia, transporte, lazer etc., a ser satisfeita mediante o aproveitamento econômico de bens corpóreos (utilidade), por parte do *homo*

3 No mesmo sentido, Ronald Coase (2017, p. 114): “A fim de efetuar uma transação no mercado, é necessário descobrir com quem se deseja fazer a transação, informar às pessoas que se quer fazer a transação e em que termos, conduzir negociações que levem a um acordo, redigir o contrato, realizar o monitoramento necessário para assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante”.

economicus, abstraindo-se de elementos subjetivos como, por exemplo, o “sonho da casa própria”⁴.

Por fim, especificamente em relação à escolha eficiente, adota-se como parâmetro o critério de Pareto. Por esse critério, tem-se uma melhoria no sentido de Pareto, quando se altera uma dada situação beneficiando ao menos uma pessoa, sem prejudicar qualquer outra (Melhoria de Pareto) (POSNER, 2007, p. 39); atinge-se um estado ótimo, também no sentido de Pareto, quando uma dada situação não pode ser alterada para melhorar a situação de uma pessoa sem que pelo menos outra seja prejudicada (Ótimo de Pareto), ou seja, “o Ótimo de Pareto caracteriza-se quando se chega a uma situação em que nenhuma outra melhoria de Pareto é possível” (TIMM; GUARISSE, 2014, p. 164). Acolhe-se esse critério, porquanto:

O negócio jurídico contratual é a típica representação pela busca do ótimo de Pareto, uma vez que as partes contratantes buscam a melhor solução entre si quanto a circulação de riquezas representadas *v.g.* por uma compra e venda [aquisição de propriedade] ou por uma prestação de serviços [economia do compartilhamento]. (REBOUÇAS, 2017, p. 113)

Como afirmado acima, o critério de Pareto se mostra mais coerente com o negócio jurídico contratual⁵. Nesse contexto, para maior controle dos cenários e

4 Melhor explicando: não será feita distinção entre o indivíduo que mora de aluguel e não sonha com a casa própria, e o indivíduo que mora de aluguel e tem esse sonho, uma vez que, objetivamente, ambos são iguais, pois eles têm uma mesma necessidade: habitação; o que muda entre eles, apenas, é o aspecto subjetivo, o qual, como visto, é indiferente para a análise econômica.

5 Não se desconhecem algumas imperfeições do critério de Pareto. Posner, por exemplo, defende a ideia de que o critério de Pareto pode ser complementado pelo critério de Kaldor-Hicks (2007, p. 39-40). “O conceito sugerido por KALDOR-HICKS difere do critério de PARETO ao admitir a existência de uma mudança social eficiente mesmo quando o aumento do bem-estar de uma parte resulta na redução do bem-estar de outra, desde que a parte cujo bem-estar sofreu redução possa ser compensada para manter o seu nível de satisfação” (NIED, 2012, p. 4303-4304). No entanto, o que se percebe é que o critério de

para fins de eficiência, nesse estudo, somente importarão as alterações diretas nas situações dos participantes da relação jurídico-econômica, não se considerando as modificações reflexas na órbita de interesses de terceiros (externalidades)⁶.

4 O DIREITO DE PROPRIEDADE NA PÓS-MODERNIDADE: DIAGNÓSTICO

O direito de propriedade constitui a mais perfeita relação jurídica real (RUGGIERO, 2005, p. 454), porquanto cuidar-se do direito que confere ao seu titular a mais ampla faculdade de desfrute sobre a coisa (BARASSI, 1955, p. 9).

O Direito Brasileiro, por óbvio, reconhece essa supremacia ao dispor, no art. 1.226 do Código Civil, que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”, bem como ao erigi-lo a Direito Fundamental nos termos do art. 5º, XXII, CF/1988.

Diante desse poderoso direito, “o mais amplo dos direitos reais” (MALUF, 2011, p. 21), que “contem, em germe, a soma total de todas as utilidades que o homem pode esperar retirar de um bem” (FRENETTE, 1979, p. 445), seria plausível aventar a hipótese da perda de sua importância na pós-modernidade? É o que se procura responder a seguir.

4.1 Evolução histórica da relevância do direito de propriedade

A análise sob perspectiva histórica da relevância do direito de propriedade nos mostra que ela já havia perdido campo, muito antes, por causa do reconhecimento da importância do contrato.

Pareto é imperfeito apenas quando se analisa a repercussão social das decisões econômicas, no contexto de políticas públicas (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 96), o que não é o foco desse trabalho.

6 “Uma externalidade é mais comumente definida como os efeitos da decisão de um indivíduo sobre alguém que não é uma parte daquela decisão” (COASE, 2017, p. 25). Se esses efeitos impõem um benefício ao terceiro, tem-se uma externalidade positiva; se, ao revés, impõem um custo, configura-se uma externalidade negativa.

Com efeito, “nas sociedades do capitalismo nascente, a única e verdadeira riqueza económica era representada pela propriedade; o contrato não criava riqueza, antes se limitava a transferi-la” (ROPPO, 2009, p. 63). Assim se dava porque a economia da época se caracterizava pela importância dada à atividade agrícola, em que a terra é o bem principal - o que já vinha desde o feudalismo (MALUF, 2011, p. 39; ARONNE, 2014, p. 97; TOMASEVICIUS FILHO, 2014, p. 50) -, sinónimo de poder político (PEREIRA, 2008, p. 87-88; LEMOS, 2008, p. 175) e de carácter sagrado, “porque servia de garantia contra o arbítrio do estado, manifesto pelo domínio eminente do soberano” (TOMASEVICIUS FILHO, 2017, p. 86).

Todavia, no ápice do desenvolvimento capitalista, houve uma “desmaterialização da riqueza”, uma vez que os bens imateriais (crédito) passaram a ter reconhecida uma relevância económica que antes não lhes fora dispensada. (ROPPO, 2009, p. 64). Assim, “dentro de um sistema capitalista avançado parece ser o contrato, e já não a propriedade, o instrumento fundamental de gestão dos recursos e de propulsão da economia” (ROPPO, 2009, p. 66), de forma que, como observara Georges Ripert (2002, p. 153) ainda em 1946, “o regime capitalista transformou os proprietários em credores”.

Na pós-modernidade, como se verá abaixo, o contrato ganha ainda mais espaço, agora por ser a opção mais racional (utilidades > custos) e eficiente (maior proximidade ao Ótimo de Pareto), conforme se demonstra a seguir.

4.2 A economia do compartilhamento e o direito de propriedade

Com a pós-modernidade, diante da análise atual da conjuntura em que se vive, percebe-se, nitidamente, um decréscimo na atratividade do direito de propriedade. Não por causa do direito de propriedade em si mesmo considerado, em virtude de uma pretensa obsolescência de seu contorno diante dos novos tempos, mas sim pelo desenvolvimento de alternativas que, reconhecidamente, maximizam a utilidade da coisa ao mesmo tempo em que reduzem os custos desta, o que, à luz da AED, se mostram como alternativas ótimas. Nessa ordem de ideias, a questão

central não é a possível “desatualização” desse direito que teria sido provocada pela pós-modernidade, mas sim o fato de a pós-modernidade ter aberto portas para facilitar a elaboração e popularização de alternativas mais racionais (utilidades > custos) e mais eficientes (mais próximas ao Ótimo de Pareto).

A abertura dessas portas se deu com o desenvolvimento das tecnologias⁷, notadamente a popularização das mídias sociais (GANSKY, 2011, p. 3), o que proporcionou redução dos custos de transação, principalmente com a facilitação do ato de contratar. Paralelo a isso, os consumidores em geral perceberam que, muitas vezes, são proprietários de bens subutilizados, ao mesmo tempo em que seus valores foram mudados: “o consumidor está cada vez mais consciente de que o crescimento finito e o consumo baseado em recursos infinitos não são uma combinação viável” (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. 37)⁸. Paradoxalmente, esses mesmos consumidores também viram suas necessidades aumentarem, diante do desenvolvimento tecnológico, de maneira que “a necessidade econômica tornou as pessoas mais abertas a novas formas de ter acesso às coisas de que elas precisam e de como consegui-las” (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. XVII).

Nesse contexto, surge a chamada “economia do compartilhamento”, também conhecida por “consumo colaborativo”, que pode ser definida como “o valor em tomar bens subutilizados e fazê-los acessíveis online a uma comunidade, conduzindo a uma redução da necessidade de propriedade sobre esses bens”

7 Destaquem-se os seguintes fatos tecnológicos decorrentes desse desenvolvimento: “a massificação dos smartphones, a ampla disponibilidade de banda larga e os sistemas de confiança que incluem redes sociais do mundo real digitalizadas” (SUNDARARAJAN, 2018, p. 83).

8 No mesmo sentido, Loïc Jourdain, Michel Leclerc e Arthur Millerand (2016, p. 25) destacam: “A tomada de consciência, estruturada ou não, daquilo que se chama ‘tragédia dos comuns’, a partir dos anos 2000, desempenhou um papel central no desenvolvimento da economia colaborativa e impregna fortemente os discursos do ecossistema das *startups*, que se inserem nesse modelo. Mais do que uma série de eventos pontuais, trata-se, em verdade, da ideia segundo a qual nossos recursos não são inesgotáveis e são desperdiçados diariamente, o que tem levado atores dinâmicos a encontrar soluções a esse grande problema.

(STEPHANY, 2015, p. 9). Nela ocorrem “transações que podem ser mediadas pelo mercado, sem que se dê transferência de propriedade” (BARDHI; ECKHARDT, 2012, p. 881).

Em virtude da economia do compartilhamento, “um número crescente de consumidores não mais compra e possui objetos físicos, mas preferem pagar pela entrega de um serviço subjacente que será acessado através de uma plataforma digital” (SCHWAB, 2016, p. 63), ou seja, “os bens se tornam serviços” (SUNDARARAJAN, 2018, p. 83), fenômeno que Jeremy Rifkin (2004, p. 4) descreve como uma mudança da Era da Propriedade para a Era do Acesso.

Em termos jurídicos, isso importa dizer que os consumidores estão começando a mudar da propriedade para o simples acesso *just-in-time* ao seu conteúdo (usar, gozar, fruir), por meio da relação contratual. Tal fenômeno é uma comprovação socioeconômica, para além de uma simples abstração jurídica, de algo que Pietro Perlingieri (1997, p. 206) já ensinava: “o mesmo interesse pode ser satisfeito com situações diversas, creditórias ou reais”. Ou seja, por que comprar um automóvel, se é mais fácil pedir (contratar) um motorista particular pelo aplicativo Uber? Por que comprar uma casa de praia ou uma residência de campo - e deixá-la subutilizada -, se, por meio do aplicativo AirBnb, é possível alugar em poucos cliques uma residência, ou até mesmo um cômodo ou uma cama, por determinada temporada?

Note-se como a tecnologia - sempre aliada do capitalismo⁹ -, por meio das plataformas digitais, reduziu os custos de transação, oferecendo segurança e simplicidade às transações¹⁰, e repartiu o ônus dos custos fixos (impostos sobre a propriedade, manutenção do bem, etc.), ao mesmo tempo em que proporcionou maior utilidade aos bens (escolha racional) e popularizou o compartilhamento.

9 É a constatação de Fábio Konder Comparato (2014, p. 80), que é categórico: “o sistema capitalista sempre procurou seguir de perto os avanços científicos e tecnológicos”.

10 Mercados eficientes exigem segurança e fluidez nas transações, como informa Bruno de Sousa Saraiva (2019).

Como exemplo disso, uma casa de praia, que ficava desocupada a maior parte do ano, passa a ser disponibilizada, por meio da *internet*, a qualquer pessoa do mundo, a qual, por meio do pagamento eletrônico de um aluguel, facilmente poderá dela usufruir (redução dos custos de transação), de forma que, muito provavelmente, o imóvel passará por maior período do ano ocupado (maior utilidade). Tem-se, com isso, uma utilização racional do bem.

Destacando a relevância da tecnologia como redutora dos custos de transação, Lorena Giuberti Coutinho (2017, p. 19-20) apresenta o seguinte quadro comparativo:

Quadro 1: Custos de transação: antes e depois das plataformas digitais

Custos de transação	Compartilhamento Tradicional	Compartilhamento por meio de plataformas digitais
Custos de informação e de busca	Busca de indivíduos próximos e dispostos a compartilhar ativos subutilizados	Busca de uma plataforma digital que ofereça acesso a ativos subutilizados
Custos de barganha e de decisão	Negociações individuais de preços e de condições de prestação de serviço	Plataforma estipula preços e uniformiza condições de prestação de serviço
Custos de policiamento e <i>enforcement</i>	Negociações individuais de condições de pagamento e de segurança na prestação de serviços	Plataforma estipula condições de pagamentos eletrônicos e de policiamento

Atualmente, a economia do compartilhamento, notadamente com a popularização do Uber, revolucionou setores tradicionais da indústria, como o automobilístico, no qual as grandes montadoras passaram a apostar no mercado compartilhado (EXAME, 2016). Nesse contexto, algumas montadoras passaram a oferecer um serviço de carro por assinatura: “pagando apenas uma mensalidade, o usuário fica livre de custos de manutenção, IPVA, documentação e seguro, com o bônus de sempre dirigir um carro novo, por um período que

pode durar desde horas até anos” (OLIVEIRA, 2021). Ou seja, pelo menos no mercado de automóveis, já é fato certo que a propriedade deixou de ser o foco dos consumidores e do próprio empresariado tradicional.

Mas outros produtos também vêm sendo objeto do mercado de compartilhamento. Em São Paulo, foi criada uma empresa focada no compartilhamento de vestuários (RIBEIRO JUNIOR, 2016). Em Fortaleza, o programa de bicicletas compartilhadas encontrou sucesso entre o público cearense (BICICLETAR..., 2016), tendo a ideia se expandido também para os carros compartilhados (G1, 2016), obtendo também crescente popularização (PAULINO, 2018). Por fim, cada vez mais vem se popularizando os chamados *coworkings*, sendo uma alternativa bastante eficiente à aquisição de salas comerciais e até mesmo à locação tradicional destas (SEBRAE, 2018).

Atrelada à redução dos custos de transação, tem-se a economia do compartilhamento como arranjo que proporciona maior proximidade ao Ótimo de Pareto. Com efeito, por meio dela, aumenta-se a utilidade do bem, com benefício reflexo na sociedade como um todo (externalidade positiva)¹¹ - pois não tem ela interesse na subutilização dos bens econômicos, sendo, aliás, meio de concretização da função social da propriedade -, beneficiando-se diretamente os usuários (que utilizam para si a coisa, a fim de satisfazer suas necessidades) e os respectivos proprietários (que são remunerados pelos usuários). Assim, comparando-se a situação estabelecida quando se adquire a integral propriedade de um bem com aquela situação trazida pelo acesso *just-in-time*, tem-se uma evidente melhoria no sentido de Pareto.

Diante de todo o exposto, constata-se que a economia do compartilhamento, ao reduzir os custos de transação e ser uma construção mais eficiente no sentido de Pareto, nos faz refletir sobre a real utilidade de se adquirir a propriedade de determinados bens assim como sobre a possibilidade de dar-lhes novos

11 Relembre-se que, no modelo de eficiência adotado nesse estudo, não importam as externalidades. Mas falou-se dessa externalidade positiva apenas para robustecer o argumento em torno da decisão mais eficiente.

usos, na linha do afirmado por Ronald Coase (2017, p. 14), segundo o qual “os custos de transação [...] desempenham um papel crucial na determinação de como direitos serão usados e exercidos”.

Em resumo: “ter propriedades, na era do acesso, torna-se então muito oneroso e trabalhoso, portanto, adquire-se o direito de usar e fruir um bem ou uma experiência por tempo determinado” (ROSENVALD; CHAVES DE FARIAS, 2012, p. 266).

4.3 Os primórdios da economia compartilhada: a multipropriedade imobiliária (*timeshare*)

Embora a economia do compartilhamento tenha se popularizado com a *internet*, a ideia de compartilhar para evitar a subutilização de bens lhe antecede, e começa com a criação da multipropriedade imobiliária em 1965 na França (SARAIVA, 2017, p. 18-19)¹² e constitui:

Um sistema de aproveitamento da coisa pelo qual se reparte a sua utilização em turnos, de maneira que cada indivíduo (denominado multiproprietário) possa dela se aproveitar exclusivamente durante um determinado lapso temporal previamente fixado, perpetuamente ou por tempo determinado. (SARAIVA, 2017, p. 16)

Somente em 2018, entrou em vigor a Lei nº 13.777, que acrescentou novos artigos ao Código Civil a fim de regulamentar a multipropriedade imobiliária. Pela lei, esse instituto foi conceituado como “o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada” (art. 1.358-C)

12 Para histórico completo da multipropriedade imobiliária, inclusive com indicações de possíveis origens na Roma Antiga, civilização suméria e Império Inca, veja-se Bruno de Sousa Saraiva (2017).

Trata-se de solução concebida para redução de custos e maximização da efetiva utilidade do bem, na mesma concepção trazida pelo Airbnb atualmente. Sua inovação é tal que Erik Jayme (2003, p. 111) a reputou como o “o contrato pós-moderno por excelência”. De fato, como destaca María José Herrero Garcia (1989, p. 67, *apud* SILVA, 1996, p. 142), na linha do chamado acesso *just-in-time* propalado por Jeremy Rifkin, “o verdadeiro atrativo da aquisição de *timeshare* reside no serviço, e não na propriedade, visto que, na realidade, o apartamento não é o autêntico suporte, pois o cliente que compra um bem dividido temporalmente adquire um serviço mais do que o bem em si”.

Essa concepção, inclusive, transparece no art. 21 do DL nº 275/1993, que regulamenta a multipropriedade imobiliária em Portugal¹³: a faculdade ali prevista estabelece exceção ao princípio da inerência, princípio esse basilar dos direitos reais. Com ela, o legislador português preferiu garantir a prestação do serviço hoteleiro, e não propriamente a fruição da coisa individualizada no período convencionado. (SARAIVA, 2017, p. 40)

Portanto, vê-se que, muito antes do surgimento da pós-moderna economia do compartilhamento, a multipropriedade já vinha dando mais realce à utilização do bem, do que à titularidade de seu domínio, sempre com o intento de se proporcionar alternativas mais racionais e eficientes, consistentes na máxima fruição do bem e redução dos custos de sua manutenção e transação, bem como o benefício do maior número de pessoas possível.

Com a promulgação da Lei nº 13.777/2018, há uma tendência de aquecimento do mercado imobiliário, que recebeu com boas-vindas a nova lei. É

13 “Art. 21. 1 - O titular do direito real de habitação periódica tem as seguintes faculdades: [...]c) Exigir, em caso de impossibilidade de utilização da unidade de alojamento objecto do contrato devido a situações de força maior ou caso fortuito motivado por circunstâncias anormais e imprevisíveis alheias àquele que as invoca, cujas consequências não poderiam ter sido evitadas apesar de todas as diligências feitas, que o proprietário ou o cessionário lhe faculte alojamento alternativo num empreendimento sujeito ao regime de direitos reais de habitação periódica, de categoria idêntica ou superior, num local próximo do empreendimento objecto do contrato; [...]”.

o que apontam os seus primeiros números: 18% de crescimento em 2020, em comparação a 2019; 429 mil frações espaço-temporais existentes; com um mercado potencial que pode chegar a R\$ 24 bilhões (CALFAT, 2020).

4.4 Diagnóstico: o processo de emulação do direito de propriedade

As considerações acima expostas, notadamente em relação à economia do compartilhamento, nos mostram que o consumidor, que presumivelmente atua de forma racional, não mais procura obter o título de proprietário, mas apenas o espírito do direito de propriedade. Testemunha-se, assim, a quebra de mais um paradigma - relevância do título dominial -, característica da pós-modernidade.

Com efeito, o “desejo de consumo” caminha não mais para a aquisição de bens, mas para a simples faculdade de aproveitá-los sem necessariamente tornar-se seu proprietário, atingindo-se o ponto mais próximo ao Ótimo de Pareto. Ou seja, os consumidores hoje em dia não procuram adquirir propriedade, mas sim o seu espírito, em uma espécie de simulacro (emulação): “em vez de comprar e possuir coisas, os consumidores querem ter acesso aos bens e preferem pagar pela experiência de acessá-los temporariamente” (BARDHI; ECKHARDT, 2012, p. 881). Podemos chamar isso, portanto, de processo de emulação do direito de propriedade¹⁴.

Emulação, aqui, é utilizada no sentido acolhido pela informática: comportar-se (dispositivo ou sistema) da mesma forma que outro, por meio dos chamados emuladores. Os emuladores são programas que simulam o ambiente de determinado sistema vinculado a certa plataforma, na plataforma de um

14 Há que se ter o cuidado de não confundir esse “processo de emulação do direito de propriedade” com a “teoria dos atos de emulação”, “aparentada” (GOMES, 2010, p. 101) da teoria do abuso de direito. Segundo o Dicionário Michaelis, “emulação”, no vernáculo, significa o ato ou o efeito de emular, o qual, por sua vez, pode significar tanto “competir” como “comportar-se (dispositivo ou sistema) da mesma forma que outro”, sentido esse trazido da informática. Portanto, o termo aqui empregado encampa o segundo sentido, e não o de “competir”, sentido utilizado para se referir aos atos de emulação no abuso de direito.

outro. A analogia retrata bem o fenômeno sócio-jurídico-econômico que ora se estuda. Com efeito, por meio de relação contratual (plataforma/ambiente X), o consumidor procura obter/emular o mesmo aproveitamento proporcionado pelo direito de propriedade (plataforma/ambiente Y), obviamente de intensidade menor do que aquela conferida pelo *ius in re*¹⁵, embora de relevância economicamente equiparável.

Isso, contudo, não implica concluir estar-se caminhando para o fim da propriedade, muito menos negar-lhe relevância econômica, tal como será explanado abaixo.

5 O FUTURO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E OUTROS PROGNÓSTICOS

A pós-modernidade influencia categoricamente os destinos do direito de propriedade. O maior fluxo de informações e as facilidades proporcionadas pela tecnologia (características da pós-modernidade) permitem aos agentes econômicos assentar suas escolhas racionais em bases cada vez mais sólidas.

Nessa ordem de ideias, é possível prever que a vontade de acumular patrimônio perderá espaço para a realização do ser, já que os consumidores est(ar)ão “menos interessados em acumular coisas e mais interessados em ter experiências emocionantes e divertidas” (RIFKIN, 2014, p. 153), em autêntico retorno dos sentimentos, como caracteriza Erik Jayme (2003).

E isso se dará, essencialmente, por meio da economia de compartilhamento, por ser ela o arranjo mais racional (mais barato e proporcionadora de maiores benefícios) e eficiente de aproveitamento de bens (maior número de pessoas beneficiadas, sem que saia alguém prejudicado, alcançando-se o Ótimo

15 Como toda simulação, nunca há reprodução perfeita da realidade. Assim como no ambiente virtual (“travamentos”, qualidade gráfica reduzida, desempenho menor, etc), deficiências da emulação aparecem no contexto fático-jurídico acima apresentado. No caso, embora o consumidor obtenha o aproveitamento do bem por uma relação contratual, não será ela exatamente da mesma dimensão daquela oferecida pelo direito de propriedade.

de Pareto). Com efeito, a fim de realizar maximamente seus desejos com o menor custo possível, o consumidor dará preferência à aquisição do simples direito de uso do bem, escanteando a aquisição do direito de propriedade em si, tornando, em consequência, o aproveitamento do bem mais eficiente.

Ainda quanto ao futuro do direito de propriedade, duas observações devem ser feitas. A primeira importa destacar que não se pode confundir a consideração acima com a chamada “despatrimonialização do Direito Civil”¹⁶. Com efeito, a perspectiva aqui tratada se dá dentro da escolha de opções oferecidas pelo ordenamento jurídico aos agentes econômicos, ao passo que a “despatrimonialização do Direito Civil” se encara sob a ótica do jurista, na “escolha” (ato de interpretar) em aplicar a norma valorizando o “ser” em detrimento do “ter”, bem como sob a visão do legislador, de elaborar normas com aquele mesmo viés.

A segunda observação é que, de forma alguma, se pode aceitar a previsão de que a economia do compartilhamento tenderá a extinguir a propriedade. Ao revés, a economia de compartilhamento pressupõe o direito de propriedade, que manterá sua relevância econômica, pois, aplicando-se a linha de pensamento encampada por Perlingieri (1997, p. 210) à espécie, tem-se que a economia de compartilhamento não significa necessariamente deslocamento da centralidade da propriedade ao crédito, mas, tão somente, nova forma e modalidade de titularidade e de circulação de riquezas¹⁷.

16 “Com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)” (PERLINGIERI, 1997, p. 33).

17 Destaque-se que na passagem referida, em momento algum, Perlingieri cuida da chamada economia do compartilhamento. Para contextualizar o entendimento do autor, cita-se na íntegra o seu ensinamento, até mesmo para que se verifique como, de fato, conquanto não se refira a ela expressamente, é compatível o pensamento do autor com a economia de compartilhamento: “Mais que sublinhar a transferência de uma privilegiada atenção da propriedade ao primado do crédito, que também acaba por se exprimir em formas de pertinência (*appartenenza*), é importante evidenciar que o ponto incontrovertível é o adquirido deslocamento da centralidade da direta propriedade imobiliária e rústica

Isso, contudo, não importa afastar a constatação de que o direito de propriedade vem, sim, perdendo espaço na preferência do consumidor, notadamente em virtude dos argumentos econômicos acima expostos. O direito de propriedade, portanto, embora mantenha a sua relevância econômica (como bem de produção¹⁸ a ser articulado com outros fatores de produção, no exercício da atividade empresária), está fadado a se despopularizar. No mesmo sentido, Jeremy Rifkin (2004, p. 4) destaca:

[...] a noção de propriedade está sendo substituída rapidamente pelo acesso. [...] Isso não significa que a propriedade irá desaparecer no início da Era do Acesso. Ao contrário. A propriedade continuará a existir, mas com uma probabilidade bem menor de ser trocada em mercados. Em vez disso, fornecedores detêm a propriedade na nova economia e fazem leasing, alugam ou cobram uma taxa pela admissão, pela assinatura ou pela associação a curto prazo”.

Mas outros prognósticos também podem ser feitos.

(*fundiaria*) a formas modernas de pertinência (*appartenenza*), nas quais o mecanismo do crédito encontra novas e interessantes aplicações. Falar de centralidade da propriedade em relação às obrigações não tem alcance técnico e pode provocar alguns equívocos. As formas jurídicas creditórias (por exemplo, as obrigações conversíveis em ações: art. 2.420 *bis* Cód. Civ.) ou aquelas participativas e acionárias, que, todavia, envolvem, também situações proprietárias imobiliárias, representam bens em sentido amplo mobiliários que *de per si* - sem uma atenta análise econômica não significam necessariamente deslocamento da centralidade da propriedade ao crédito, mas apenas novas formas e modalidades de titularidade e de circulação da riqueza (experimente-se aproximar a situação de quem seja proprietário àquela de quem seja o maior ou o único acionista de uma S.A. que seja proprietária do mesmo imóvel; ou, então, compare-se a situação de quem retira a própria riqueza dos aluguéis de imóveis dos quais seja proprietário com aquela de quem seja sócio de uma sociedade proprietária de um hotel)” [vide ponto 5.2].

- 18 Destaque-se a posição de Fábio Konder Comparato (1986, p. 73), segundo o qual o critério de classificação de bens em imóveis e móveis, atualmente já seria ultrapassado, sendo mais útil a classificação em bens de produção e bens de consumo.

5.1 O *boom* da locação residencial urbana

Embora fora da concepção de economia do compartilhamento, a locação residencial urbana, regulada pela Lei nº 8.245/1991, se mostra como alternativa economicamente pós-moderna mais racional à aquisição do direito de propriedade.

Como já consignado acima, o presente estudo parte do pressuposto que os agentes econômicos atuam de maneira racional. No caso em questão, o agente econômico tem duas opções para suprir uma mesma necessidade sua (habitação): adquirir a propriedade de um imóvel ou alugá-lo. Qual seria a opção mais racional?

No contexto pós-moderno de pura volatilidade, em que as relações sociais se estabelecem e se transformam em progressão geométrica, mostra-se mais sensata a opção por alugar o imóvel. Hoje em dia, o indivíduo procura fixar sua morada perto de seu trabalho (ESTADÃO, 2018), parâmetro, por si só, bastante instável, notadamente em virtude da expansão dos centros urbanos e da precarização das relações trabalhistas. Esse fenômeno já havia sido antevisto em 1998, como informa Jeremy Rifkin (2004, p. 103):

A questão [emprego e aquisição imobiliária] foi abordada no periódico *Real Estate Issues*, no verão de 1998. John R. Knight e Cyntgua Fiery Eakin afirmam que uma vez que a casa é o maior investimento em propriedade que a maioria das famílias faz, aqueles que desejam comprar uma casa provavelmente pensarão duas vezes antes de comprometer seus recursos financeiros em propriedade, principalmente se estiverem preocupados com um emprego que dure pouco e com a contínua mudança de emprego.

Para além disso, a aquisição de imóvel, pelo menos para a grande maioria das pessoas, se revela uma opção cara e com um comprometimento de renda duradouro, pois o prazo de financiamento pode chegar a 30 anos. Frise-se, no ponto, a duração do contrato de financiamento: em 30 anos, a localização do

imóvel adquirido pode não ser a mais conveniente, notadamente em virtude das alterações nas relações de trabalho. Ao mesmo tempo, uma correta aplicação em investimentos daquele montante que seria pago na entrada do financiamento, pode revelar-se mais lucrativa.

Claro que as considerações acima se referem mais a uma classe média que tenha condições de poupar, do que às classes mais desfavorecidas. Com efeito, em relação a estas, a locação não se trata de opção, mas de pura necessidade, na medida em que impossibilitadas de poupar para adquirir um imóvel próprio ou para aplicar em investimentos mais rentáveis.

Por outro lado, a aplicação em investimentos mais rentáveis está conectada ao acesso às informações sobre finanças pessoais. Com efeito, a grande maioria das pessoas, inclusive aquelas com acesso mais facilitado à educação, não sabe gerir seu dinheiro (EXAME, 2017; G1, 2017). Mas essa falha de mercado tenderá a ser amenizada, em virtude do Decreto nº 10.393/2020, que estatui a Estratégia Nacional de Educação Financeira (ENEF), “com a finalidade de promover a educação financeira, securitária, previdenciária e fiscal no País” (art. 1º).

De toda forma, conquanto certo que o “sonho da casa própria” ainda seja bastante difundido no Brasil¹⁹, o contexto pós-moderno aliado a uma análise econômica das opções, bem como ao acesso facilitado às informações, permitem antever que a população deixe de lado essa cultura, o que seria mais um golpe contra direito de propriedade. E isso já vem sendo promovido por plataformas digitais como a Housi²⁰ e a QuintoAndar, as quais desburocratizaram os contratos de aluguel, reduzindo os custos de transação.

19 Eduardo Tomasevicius Filho (2016, p. 204) descreve o atual estado de coisas no Brasil, em relação ao tema investimentos x casa própria: “[...] no Brasil, a tradição do povo em matéria de investimentos é em imóveis e não em valores imobiliários, como ações, debêntures ou fundos. Poucas pessoas no Brasil almejam ter dinheiro para comprar estes títulos, mas a maior parte da população deseja a casa própria e, uma vez esta adquirida, desejam outros imóveis para a composição de seu patrimônio pessoal”.

20 Segundo consta em seu portal eletrônico, “80% dos novos consumidores já não têm interesse em adquirir imóveis” (HOUSI, 2021).

5.2 Popularização dos Fundos de Investimentos Imobiliários (FII)

Segundo a BM&F/Bovespa (2018), “o Fundo de Investimento Imobiliário (FII) é uma comunhão de recursos destinados à aplicação em ativos relacionados ao mercado imobiliário”, e para participar, o investidor deve adquirir cotas, sendo que os “recursos captados na venda das cotas poderão ser utilizados para a aquisição de imóveis rurais ou urbanos, construídos ou em construção, destinados a fins comerciais ou residenciais”.

Com a ascensão dos contratos de locação, é de se vislumbrar um cenário em que os FII's aumentarão sua posição no mercado de imóveis residenciais, a fim de adquirir sua propriedade e locá-los. Ao mesmo tempo, mostrar-se-ão como investimento bastante viável, em que o poupador alocará suas economias (aquelas que seriam utilizadas para o pagamento da entrada do financiamento) a fim de obter rendimentos. Perceba-se, com isso, que haverá um círculo virtuoso no mercado imobiliário²¹.

A popularização dos FII's já está acontecendo. Em relatório do mês de dezembro de 2020, a B3 (2020) informa que o número de pessoas físicas investindo nesse produto já ultrapassou a marca de 1 milhão, ao passo que, em dezembro de 2009, o número total era de apenas 12 mil investidores.

Em virtude dessa popularização que já se iniciou, foi promulgada a Lei nº 13.874/2019, que passou a regular os fundos de investimento no Código Civil, nos arts. 1.368-C e seguintes, definindo-os como “uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza”.

21 Veja-se como restam inalteradas as lições de Pietro Perlingieri, apresentadas na nota de rodapé nº 17.

5.3 Fim dos Registros de Imóveis

Ainda na ordem de ideias traçadas anteriormente, prevê-se que haverá uma maior concentração da propriedade imobiliária, ao passo que a cultura de que ter um imóvel é sinônimo de riqueza desaparecerá. Esses dois fatos se retroalimentarão: a propriedade dos imóveis se concentrará na mão de poucas pessoas, diante da popularização e maior atratividade das locações, como descrito no ponto 5.1.

Aliás, mesmo nos tempos atuais, existem bens móveis de força patrimonial tão pujante quanto os imóveis²², principalmente com a popularização das criptomoedas, cujas transações merecerão maior atenção e controle estatais.

Por tudo isso, desnecessário se mostrará o rigoroso controle atual das transações imobiliárias, o que fará da manutenção do Registro de Imóveis uma alternativa cara e desnecessária, notadamente com o advento do *Blockchain*²³. Em outras palavras, os cartórios de registro de imóveis se mostrarão um serviço público de pura irracionalidade e ineficiência, características incompatíveis com a pós-modernidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As linhas acima nos mostram que, atualmente, ocorre um processo de emulação (imitação) do direito de propriedade, pois os indivíduos pagam não para serem donos do bem, mas sim pela experiência de acessá-los temporariamente (diagnóstico), e que a tendência disso é perdurar, por ser racionalmente mais

22 Aliás, conforme destacado na nota de rodapé nº 15, a própria classificação em imóveis e móveis não se mostra mais adequada na pós-modernidade.

23 “Em síntese, o Blockchain pode ser então conceituado como um grande livro contábil, público e descentralizado, onde constam de forma imutável o registro de todas as operações ocorridas na rede, previamente validadas (tidas por verídicas) pelos próprios usuários” (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2019, p. 23).

vantajoso (prognóstico), de forma a popularizar construções jurídicas tradicionais, como o contrato de locação, e pós-modernas, como os fundos de investimentos imobiliários e a multipropriedade.

Obviamente, prever comportamentos e tendências é tarefa demasiado difícil. E isso se torna ainda mais hercúleo quando se procura traçar essas tendências no contexto já destacado de pura volatilidade da pós-modernidade. Propor-se a isso é - por que não dizer? - um tanto quanto sacrificante.

Com efeito, a própria Economia falha em suas projeções, muitas vezes por fatores exógenos àquela ciência, tal como a Pandemia do COVID-19. Todavia, por equívocos na apreciação dos próprios fundamentos da Economia, projeções absolutamente falhas também são obtidas. Se não houvesse essa incerteza nas previsões econômicas, certamente a crise hipotecária de 2008 não teria ocorrido.

Nesse contexto de certa instabilidade, ainda que as previsões aqui propostas se mostrem, em breve, incorretas, vale a pena deixar registrada, para as futuras gerações, a visão de um pesquisador do Direito do início do Século XXI. De toda forma, certo mesmo é que profetas do passado são quem em nada contribuem para a formação do conhecimento científico.

Enfim, o futuro nos aguarda e é necessário nos prepararmos a ele.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. O Direito Civil na Pós-Modernidade. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 21, p. 45-57, 2002.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno. **Revista USP**, São Paulo, n. 42, p. 96-101, ago. 1999.

BARASSI, Lodovico. **Instituciones de Derecho Civil**. Traduzido para o espanhol por Ramon Garcia de Haro de Goytisolo. Barcelona: Bosch Editor, 1955. v. 2.

BARDHI, Fleura; ECKHARDT, Giana M. Access-based consumption: the case of car sharing. **Journal of Consumer Research**, Oxford, v. 39, n. 4, p. 881-898, dez. 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BICICLETAR completa dois anos e se consolida como meio de transporte e lazer. **Prefeitura de Fortaleza**, 14 dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.fortaleza.ce.gov.br/noticias/bicicletar-completa-2-anos-e-se-consolida-como-meio-de-transporte-e-lazer>. Acesso em: 21 mar. 2020.

BM&F/BOVESPA. **Fundos de Investimento Imobiliário (FII)**. Disponível em: http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/produtos/listados-a-vista-e-derivativos/renda-variavel/fundos-de-investimento-imobiliario-fii.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. **O que é meu é seu: a ascensão da economia colaborativa**. São Paulo: Bookman, 2011.

B3. Boletim Mensal Fundos Imobiliários: Dezembro - 2020. Disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/negociacao/renda-variavel/fundos-de-investimentos/fii/boletim-mensal/. Acesso em: 20 jan 2021.

CALFAT, Caio. **Cenário do desenvolvimento de multipropriedades no Brasil em 2020**. Disponível em: <https://www.caiocalfat.com/cdmb>. Acesso em: 20 jan. 2021.

COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

COHEN, Jaques. Do ponto de vista financeiro, é melhor alugar ou comprar um apartamento? **Revista Época Negócios**, 07 novembro de 2017. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/colunas/Seu-Planejamento-Financeiro/noticia/2017/11/do-ponto-de-vista-financeiro-e-melhor-alugar-ou-comprar-um-apartamento.html>. Acesso em: 20 mar. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A civilização capitalista**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, n. 63, p. 71-79. jul./set. 1986.

COUTINHO, Lorena Giuberti. **Economia do compartilhamento e plataformas digitais**: riscos da competição em indústrias de alta tecnologia e mercados de dois lados. 2017. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

ESTADÃO. Morar perto do trabalho é sonho paulistano. **Estadão**, 01 abril 2018. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/blogs/radar-imobiliario/morar-perto-do-trabalho-e-sonho-paulistano/>. Acesso em: 02 abr. 2020.

EXAME. Estudo aponta que brasileiro investe mal seu dinheiro. **Revista Exame**, 14 março de 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/estudo-aponta-que-brasileiro-investe-mal-seu-dinheiro/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

FRENETTE, François. Du droit de propriété: certaines de ses dimensions méconnues. **Les Cahiers de Droit**, Paris, v. 20, n. 3, p. 439-447, 1979.

G1. Carros compartilhados começam a operar nesta quinta-feira em Fortaleza. **G1**: Ceará, 21 setembro de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/ceara/>

noticia/2016/09/carros-compartilhados-comecam-operar-nesta-quinta-feira-em-fortaleza.html. Acesso em: 21 mar. 2020.

G1. Quatro em cada dez consumidores não sabem quanto gastam no cartão de crédito, diz pesquisa. **G1**, 10 maio de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/quatro-em-cada-dez-consumidores-nao-sabem-quanto-gastam-no-cartao-de-credito-diz-pesquisa.ghtml>. Acesso em: 20 mar. 2020.

GANSKY, Lisa. **Mesh: porque o futuro dos negócios é compartilhar**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2011.

GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1-33.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX - 1914-1991**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

HOUSI. **80% dos novos consumidores já não têm interesse em adquirir imóveis**. [S.d.]. Disponível em: <http://191.237.249.191/quem-somos/>. Acesso em: 21 jan. 2021.

JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2003.

JOURDAIN, Loïc; LECLERC, Michel; MILLERAND, Arthur. **Économie collaborative & droit: les clés pour comprendre**. Paris : FYP, 2016.

LE MOS, Patrícia Faga Iglecias. Reflexos da consagração da função socioambiental da propriedade no Código Civil de 2002. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 28, n. 98, p. 173-185, jul. 2008.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade, de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MANKIWI, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. Tradução de Allan Vidi- gal Hastings e Elisete Paes e Lima. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

NIED, Paulo Sergio. O conceito de eficiência econômica e a ruptura do contrato de sociedade. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 21., 2012, Uberlân- dia. **Anais [...]**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 4297-4314.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, João Henrique de. Carro por assinatura: saiba como funciona e quanto custa. **Terra**, 18 janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.terra.com.br/parceiros/guia-do-carro/carro-por-assinatura-saiba-como-funciona-e-quanto-custa,c9595be556150f118a29ce31f6b50d20rzn02qfh.html>. Acesso em: 20 jan. 2021.

PAULINO, Nicolas. Aumenta em 150% a procura por carros compartilhados. **Diário do Nordeste**, 19 março de 2018. Disponível em: <https://diarionordeste.verdesmares.com.br/metro/aumenta-em-150-a-procura-por-carros-comparti- lhados-1.1910369>. Acesso em: 21 mar. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direitos reais**. Atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Trad. De Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo, Saraiva, 2001.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2017.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RIBEIRO JUNIOR, Valdir. Empreendedoras criam loja para compartilhar vestidos de festa. **Sebrae**, 19 abr. de 2016. Disponível em: <https://sebraeinteligenciasetorial.com.br/produtos/noticias-de-impacto/empreendedoras-criam-loja-para-compartilhar-vestidos-de-festa/571671ad3780ae1900bb6ec4>. Acesso em: 28 mar. 2020.

RIFKIN, Jeremy. **A era do acesso: a transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia**. Tradução: Maria Lúcia G. L. Rosa. São Paulo: Makron Books, 2004.

RIPERT, George. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Campinas: RED livros, 2002.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do Direito: uma introdução**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução portuguesa de Ana Coimbra e Manual Januário Costa Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSEVALD, Nelson; CHAVES DE FARIAS, Cristiano. **Curso de Direito Civil - Reais**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. 2. ed. Campinas: Book-seller, 2005. v. 2.

SARAIVA, Bruno de Sousa. **Teoria Geral da Multipropriedade Imobiliária no Direito Brasileiro**. Fortaleza: DIN, 2017.

SARAIVA, Bruno de Sousa. Direito dos Contratos, Mercado e Custos de Transação, *In: R. Themis*, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 61-86, jan./jun. 2019.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SEBRAE. Compartilhar espaços de trabalho ajuda a reduzir custos. **Revista PEGN**, 09 março de 2018. Disponível em: <https://revistapegn.globo.com/Noticias/noticia/2018/03/compartilhar-espacos-de-trabalho-ajuda-reduzir-custos.html>. Acesso em: 21 mar. 2020.

SERRANO, Filipe. Montadoras (quem diria) recorrem ao transporte compartilhado. **Revista Exame**, 25 julho de 2016. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/revista-exame/montadoras-quem-diria-recorrem-ao-transporte-compartilhado/>. Acesso em: 28 mar. 2020.

SILVA, Jorge Wahl. “Tiempo Compartido”: ¿de la copropiedad a la multipropiedad? **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 23, n. 1, p. 127-142, 1996.

STEPHANY, Alex. **The business of sharing: making it in the new sharing economy**. New York: Palgrave Macmillan, 2015.

SUNDARARAJAN, Arun. **Economia compartilhada: o fim do emprego e a ascensão do capitalismo de multidão**. São Paulo: Senac, 2018.

TEIXEIRA, Tarcísio; RODRIGUES, Carlos Alexandre. **Blockchain e criptomoedas: aspectos jurídicos**. Salvador: Juspodivm, 2019.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. *In: TIMM, Luciano Benetti (org.)*. **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 157-179.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Informação assimétrica, custos de transação, princípio da boa-fé.** 2007. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 111, p. 85-100, jun. 2017. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133495/129505>. Acesso em: 28 mar. 2020.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 940, p. 49-85, 2014.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O direito civil na disciplina jurídica do patrimônio cultural brasileiro.** 2016. Tese de Livre Docência em Direito Civil. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

WILLIAMSON, Oliver E.. **The economics institutions of capitalism.** New York: The Free Press, 1985.

SUBMETIDO: 25/01/2021

APROVADO: 29/10/2021

**PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO:
UMA VISÃO INTEGRADA DE REFÚGIO,
TOLERÂNCIA E HOSPITALIDADE UNIVERSAL¹**

***INTERNATIONAL PRINCIPLES OF PROTECTION:
AN INTEGRATED VIEW OF REFUGE,
TOLERANCE AND UNIVERSAL HOSPITALITY***

Evelyn R. Araujo Barreto de Souza

Doutora e Mestre em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Docente na Escola de Direito na Universidade Anhembi Morumbi – São Paulo.

Orcid: 0000-0003-1033-2079

E-mail: evelyn@nucleopaulista.com.br

Marco Aurélio Moura dos Santos

Doutor em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU/SP). Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Internacional e Docente da Escola de Direito do FMU/SP. Pesquisador do GEPIM – Grupo de Estudos sobre Proteção Internacional de Minorias da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-8505-6086>

E-mail: marcoaureliomoura1980@gmail.com

1 Originalmente o presente artigo - que sofreu algumas alterações para esta publicação - foi apresentado pelos autores no ano de 2019 para cumprimento de crédito no programa de Doutorado, na disciplina “*Direito Internacional, Direitos Humanos e Sustentabilidade: da Mobilidade Humana à Migração de Ideias*” - no Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

No mundo contemporâneo, o direito deve assumir, além da função de controle, um papel de instrumento de direção, não se circunscrevendo ao papel clássico de permissão ou proibição, mas promovendo comportamentos e desestimulando condutas indesejáveis. Isto é o que podemos chamar de função educativa do direito, que consiste no estabelecimento de um “deve ser”.
(CLÁUDIA PERRONE-MOISÉS, 2005, p. 241)

Resumo

A questão da mobilidade humana no globo nunca foi tão debatida frente ao fenômeno da globalização. Dentre os inúmeros motivos que leva um determinado indivíduo migrar, o refúgio destaca-se pela grande quantidade de pessoas que o solicitam em inúmeros países, incluindo o Brasil. Diante disso, observa-se a necessidade de uma nova abordagem sobre o instituto do refúgio à luz da hospitalidade universal kantiana e dos princípios no âmbito da proteção internacional da pessoa humana. O presente artigo se propõe a analisar os princípios da proteção internacional dos direitos dos migrantes, com enfoque especial na questão dos refugiados, sob uma perspectiva filosófica a partir da visão de Kant. Como metodologia será utilizada a revisão bibliográfica, revisão crítica e dados extraídos de organizações internacionais. Evidenciou-se que a figura do migrante é objeto de graves violações de direitos humanos haja vista que o vínculo da proteção da pessoa humana estar atrelada fortemente ao Estado. Além disso, a cidadania na pós-modernidade está sendo paulatinamente revisitada, haja vista que a interdependência do cidadão ao meio global decorre da dispersão do poder estatal e do aparecimento de outras figuras como as corporações transnacionais ou de espaços internacionais desprovidos de soberania.

Palavras-chave: Hospitalidade Universal. Direito Cosmopolítico. Tolerância. Migrantes. Refugiados. Princípios Internacionais.

Abstract

The issue of human mobility across the globe has never been so debated towards the globalization phenomenon. Among the numerous reasons that lead a specific person to migrate, the refuge stands out for the large number of people who request

it in numerous countries, including Brazil. Therefore, there is a need for a new approach to the institute of refuge under the kantian conception of universal hospitality and the principles within the scope of international protection of the human person. This article aims to analyze the principles of international protection of the rights of migrants, with a special focus on the issue of refugees, under a philosophical perspective from the viewpoint of Kant. The methodology adopted is the bibliographical and critical review thus extracted data from international. We are able to point that: the figure of the migrant is the object of serious violations of human rights, given that the bond of protection of the human person is strongly linked to the State. Furthermore, citizenship in post-modernity is being gradually revisited, given that the citizen's interdependence with the global environment results from the dispersion of state power and the appearance of other figures such as transnational corporations or international spaces devoid of sovereignty.

Keywords: *Universal Hospitality. Cosmopolitical Law. Tolerance. Migrants. Refugees. International Principles.*

1 INTRODUÇÃO

“[...] em primeiro lugar, não gostamos de ser chamados de ‘refugiados’. Nós mesmos nos chamamos de ‘recém-chegados’ ou ‘imigrantes’”.

(HANNAH ARENDT, 2016, 477)

O presente artigo intenciona trazer uma discussão sobre os princípios internacionais de proteção da pessoa humana por meio de uma abordagem integrada correlacionando a tríade: refúgio, tolerância e hospitalidade universal kantiana.

O conjunto das reflexões filosóficas – cujo referencial teórico adotado será a construção kantiana com vistas a implementação da hospitalidade universal –, encetadas na parte vestibular do presente artigo, tem por objetivo promover uma consciência universal e ampliada, frente ao tema da migração e da necessária tolerância com o estrangeiro em um mundo globalizado.

Kant e seus escritos modernos, de forma clarividente consegue antecipar o diagnóstico das sociedades cosmopolitas contemporâneas, contribuindo para o entrelaçamento das reflexões teóricas atuais com a normativa internacional, a partir da promoção da coexistência em igualdade de direitos, da convivência e do respeito mútuo e recíproco da figura do “outro”.

A proteção dos direitos dos migrantes e refugiados decorre de um sistema internacional de proteção que conta com mecanismos globais, regionais e do próprio direito interno dos Estados, que atuam de maneira complementar e conjunta com vias a dirimir as violações dos direitos dos seres humanos que se encontrem nessa condição. Os mecanismos globais são aqueles de proteção universal, que constituem uma rede maior de participação quantitativa de Estados em defesa do resguardo de tais direitos. Um grande número de tratados internacionais configura esse ordenamento, podendo referir-se ao tema de maneira geral ou específica.

Dentre os instrumentos responsáveis por essa configuração universal, importante destacar: Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR (1950); Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado (1951); Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954); Convenção para a Redução dos Casos de Apátridia (1961); Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966); Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados (1967); Declaração das Nações Unidas sobre o Asilo Territorial (1967); Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1976); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos (1998); e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007). De acordo com o Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), assim como dispõem a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo Adicional de 1967, tais instrumentos aplicam-se apenas àqueles que se encontram fora de seus países de origem com

base em um receio fundamentado de perseguição. Percebe-se, no entanto, que muitos dos Estados que são tradicionalmente receptores de refugiados não são signatários destes tratados e que, mesmo os Estados vinculados à Convenção e ao Protocolo têm seguido uma tendência interpretativa extremamente restritiva em relação a tais instrumentos. Desta forma, torna-se cada vez mais improvável que os milhões de indivíduos que são forçados a saírem de seus países consigam asilo em outros Estados.

O presente artigo está dividido em duas partes. A primeira traz uma perspectiva filosófica do tema à luz do arcabouço teórico de Kant. E a segunda, abordará os princípios considerados como os mais importantes no âmbito dos direitos dos refugiados, tais como: *non-refoulement*, compartilhamento de encargos, asilo, reunião familiar, não-penalização dos refugiados pela entrada e permanência ilegais. Será feita uma breve explicação de cada princípio, na qual constarão o significado de cada um deles, sua presença ou não em tratados internacionais, as tentativas de codificação relativas a cada princípio e os desafios na sua implementação.

2 HOSPITALIDADE UNIVERSAL: A TOLERÂNCIA NA “INCLUSÃO DO OUTRO”

As formas de coexistência nunca foram tão debatidas quanto atualmente, vez que a proximidade da diferença - o encontro com a alteridade -, é cada vez mais sentida frente a facilidade da interação e da mobilidade humana no globo (PERRONE-MOISÉS, 2005, p. 242-243).

Kant, filósofo moderno, preconizou dois séculos antes na elaboração de seu Direito Cosmopolítico que deverá se circunscrever às condições de uma hospitalidade universal (KANT, 2010, p. 59), o que o parágrafo inicial desta parte do ensaio enuncia.

Não obstante o pensamento kantiano seja fruto de um determinado período histórico, o olhar de Kant sobre as grandes transformações de sua época,

sua visão de mundo - somada à uma utopia racionalista e ponderada - refletiram diretamente em institutos jurídicos atuais cujas evidências, notam-se no processo de internacionalização dos direitos humanos, na proteção da pessoa humana e no retorno da discussão da tolerância entre os diferentes, para citar apenas algumas das clarividências kantianas (MELO, 2004, p. 36).

[...] postulação kantiana inescandível contributo para as novas concepções acerca de um direito que tenha por finalidade a justiça social, posto que se impõem com o primado para de sua doutrina jurídica a noção de dignidade humana e um ideal de vida racional para a humanidade. Com isso, a filosofia do direito de Kant parece culminar em uma filosofia da história, porquanto uma república universal, condição da paz perpétua, não é apenas objetivo da doutrina do direito, mas o próprio dever de histórico da humanidade. (LEITE, 2007, p. 127)

Observe-se que Kant, ao formular o Direito Cosmopolítico², não o delineou como uma quimera, uma representação fantástica de mentes exaltadas. Ao contrário, concebeu-o como uma das condições peremptórias para a busca de uma coexistência pacífica entre os indivíduos, com fundamento em um direito público da humanidade para uma época da história em que a violação de um direito ocorrida em um determinado ponto do planeta viesse a ser sentida em todos os demais.

Assim a concepção kantiana cosmopolítica que dá ensejo à hospitalidade universal, parte do seguinte pressuposto:

[...] os homens não podem se disseminar até o infinito do globo, cuja superfície é limitada e, portanto, devem tolerar mutuamente a sua presença, já que originariamente, ninguém tem melhor direito do

2 O emprego das expressões *cosmopolítico (a)* e *cosmopolita* pode ensejar algumas dúvidas e em verdade, ambas são utilizadas quase que com a mesma frequência nas obras que versam sobre a temática. A princípio, não existe uma forma mais correta de se referir ao direito kantiano. Portanto, os vocábulos *cosmopolítico (a)* e *cosmopolita* poderão ser utilizados no artigo como sinônimos para se evitar repetições e possíveis cacofonias, bem como respeitar ao máximo a tradução da expressão nas referências bibliográficas adotadas.

que qualquer outro a permanecer em determinado lugar do planeta.
(KANT, 2010, p. 61).

A hospitalidade - enquanto gênero no qual a hospitalidade universal se insere - geralmente, é orientada na ideia de que o “humano” que chega é diferente do “outro humano” que o recebe em sua terra, em seu espaço. Ou seja, esse “outro humano” é o estrangeiro.

O estrangeiro - hoje mais adequadamente chamado de migrante - é o estranho: aquele que não pertence ao lugar. Aquele que não se encaixa, que difere dos demais.

Dentro dessa perspectiva, para que o “estranho” - o outro - não seja apenas acolhido e sim incluso no novo meio, para usar uma linguagem habermaseana (HABERMAS, 2018, p. 13), o conceito de tolerância se torna imperioso para a efetivação da hospitalidade universal kantiana no plano internacional.

O vocábulo tolerância, de origem latina encontra raízes em *tolerare* que significa a constância em suportar, resistência e paciência. Assim, pode-se inferir que a tolerância, antes de tudo, é um instrumento de convivência pacífica entre os homens e sob esse influxo cabe investigar qual é o papel que desempenham os direitos humanos, consagrados internacionalmente, na construção da tolerância para a proteção da pessoa humana. (PERRONE-MOISÉS, 2005, p. 240).

Nesse sentido, a tolerância entre os indivíduos e principalmente o respeito às pluralidades humanas são elementos necessários para o enfrentamento dos desafios da efetivação dos direitos humanos na sociedade global contemporânea em conformidade com a dicção do artigo 28 Declaração Universal dos Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, Art. 28).

Pois; o respeito, a aceitação e a consideração da diversidade de culturas do mundo, de seus modos de expressão é essencialmente uma das maneiras de exprimir nossa qualidade enquanto seres humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA, 1995, Art. 1º).

Todavia, há de se dizer que, o “intolerável” poderá surgir na hipótese em que “tolerar” não será admissível, como é o caso de violações de direitos humanos como propõe Paul Ricoeur (PERRONE-MOISÉS, 2005, p. 242).

Desse modo, mais uma vez, pode-se constatar que uma das evidências da antecipação kantiana na normativa internacional é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que; significou a emergência histórica, em termos concretos, da pessoa humana no âmbito do Direito Internacional e erigindo o próprio Direito Cosmopolita e desta feita a hospitalidade universal, propiciando a dimensão adequada para o surgimento da pessoa humana no âmbito dos Direitos Humanos. (ALMEIDA, 2018, p. 142).

A complexidade do fenômeno da mobilidade humana e suas implicações no Direito Internacional, também fora objeto de análise do filósofo alemão na formulação dos 3 (três) artigos definitivos da “Paz Perpétua”. Para Kant, uma paz durável, deveria ter fundamento na seguinte tríade: sistema de governo republicano³; federação de Estados (pacto estabelecido entre as nações para a manutenção da paz) e, por fim na hospitalidade universal – entendida em termos kantianos como um direito de visita – ou seja, o direito assegurado de circulação da pessoa humana pelo globo.

[...] o maior problema para a espécie humana, a cuja solução a natureza a obriga, é alcançar uma sociedade civil que administre universalmente o direito. [...] somente nela o mais alto propósito da natureza, ou seja, o desenvolvimento de suas disposições, pode ser alcançado pela humanidade, a natureza quer que a humanidade proporcione a si mesma este propósito, como todos os outros fins de sua destinação, assim uma sociedade na qual a liberdade sobre leis exteriores encontra-se ligada no mais alto grau a um poder irresistível, ou seja, uma constituição civil perfeitamente justa deve ser a mais elevada tarefa da natureza para a espécie humana. (KANT, 2010, p. 61).

3 Atualmente é sabido que o que Kant quis dizer com governo republicano é uma forma de governo democrática.

O escopo magno desta parte foi suscitar uma nova maneira de se pensar a hospitalidade universal kantiana, à luz do “encontro com o outro”, posto que - diferentemente das fronteiras territoriais-, não se pode eliminar a fronteira que divide as pessoas no mundo enquanto *habitat* da humanidade.

Em verdade, trata-se de repensar a questão da tolerância para com o estrangeiro (GODOY, 2017, p. 84-85), promovendo uma nova consciência universal.

Feita sinteticamente essa digressão histórica-filosófica à luz das reflexões kantianas, passa-se na próxima parte do artigo, cujo objetivo é trazer a conceituação dos princípios relacionados aos institutos do refúgio, asilo e direito de migração e suas implicações quanto à tolerância e suas imbricações no Direito Internacional.

3 PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO

Segundo o ACNUR, em 2017, o número de pessoas deslocadas por guerras, violência e perseguições bateu um novo recorde pelo quinto ano consecutivo. Do total de indivíduos forçados a se deslocar, 25,4 milhões haviam cruzado fronteiras, tornando-se refugiados. Os números são do relatório anual Tendências Globais, divulgado em 19 de junho de 2018, pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Entre os quase 70 milhões de indivíduos, 16,2 milhões foram deslocados pela primeira vez em 2017 ou já viviam em situação de deslocamento forçado e tiveram de se deslocar novamente. Isso equivale a 44,5 mil pessoas sendo deslocadas a cada dia — ou a uma pessoa se deslocando a cada dois segundos. Refugiados que tiveram de deixar seus países para escapar do conflito e da perseguição somam 25,4 milhões dos 68,5 milhões de deslocados contra sua vontade. O contingente de refugiados corresponde a 2,9 milhões a mais do que em 2016. Trata-se do maior aumento que o ACNUR já registrou em um único ano. Os solicitantes de refúgio, que ainda esperavam o resultado de seus

pedidos em 31 de dezembro de 2017, aumentaram em cerca de 300 mil e somam 3,1 milhões de indivíduos. Os deslocados internos, pessoas que estão deslocadas dentro do seu próprio país, eram 40 milhões do total, um pouco menos que os 40,3 milhões em 2016 (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, 2018).

Guerras e conflitos continuam a ser as principais causas de deslocamento forçado, com um pequeno progresso rumo à paz. Cerca de 5 milhões de pessoas puderam retornar às suas casas em 2017, sendo a grande maioria deslocados internos. Contudo, entre essas pessoas, muitas estavam voltando para contextos frágeis e condições precárias. Devido a uma queda na quantidade de locais de reassentamento oferecidos, o número de refugiados reassentados caiu mais de 40%, para cerca de 100 mil pessoas (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, 2018).

Sobre o deslocamento forçado, o ACNUR apresenta diferentes definições para os termos relativos. A palavra “migrante” é usada, portanto, para descrever as pessoas forçadas a fugir do local em que habitam. O Alto Comissariado afirma, também, que o refugiado é aquela pessoa forçada a deixar seu país de origem que requer proteção internacional devido ao risco de violência ou perseguição, incluindo pessoas que fogem de guerras. O termo tem suas raízes em instrumentos legais internacionais, notadamente na Convenção de Refugiados de 1951, no Protocolo de 1967 e a Convenção de 1969 da Organização da Unidade Africana (OUA). Uma pessoa pode obter o status de refugiado solicitando-o individualmente. Em casos de grande afluência, o status pode ser concedido “prima facie” (imediatamente). Os refugiados não podem regressar ao seu país de origem, a menos que seja estritamente um retorno voluntário. Solicitante de refúgio: pessoa que solicitou individualmente o status de refugiado e está aguardando o resultado de seu parecer. Os solicitantes de refúgio recebem “proteção internacional” enquanto suas solicitações estão sendo avaliadas e, assim como os refugiados, não podem voltar para casa, a menos que seja um retorno voluntário. Pessoa internamente deslocada: deslocados internos, geralmente conhecidos pela sigla IDP, são pessoas que foram

forçadas a deixar suas casas para ir a outro lugar em seu próprio país, em busca de proteção e segurança. Apátrida: pessoa que não tem nacionalidade de nenhum país e, conseqüentemente, carece dos direitos humanos e do acesso aos serviços daqueles que têm cidadania. É possível ser apátrida e refugiado simultaneamente (DELFIN, 2019).

Passamos, portanto, aos princípios que serão aplicados os direitos de asilo, refúgio e migração aos indivíduos assim considerados: asilados, refugiados e migrantes.

3.1 Direito de Asilo

A origem etimológica da palavra já conta a sua história: “asilo” vem do termo grego “*ásilon*” e do termo latim “*asylum*”, significando lugar inviolável, templo, local de proteção e refúgio. Há referências à prática de acolhimento e proteção do estrangeiro em fuga de perseguição em textos escritos há 3.500 anos, durante o florescimento dos antigos grandes impérios do Oriente Médio, como Hitita, Babilônico, Assírio e Egípcio Antigo. Durante a Antiguidade Grega e Romana e a Idade Média, o acolhimento das vítimas de migração forçada ganhou contornos religiosos, sendo o asilo concedido a criminosos comuns sujeitos ao processo de arrependimento perante a divindade em templos. Com as revoluções liberais e a emergência do Direito Internacional da sociedade interestatal, o asilo passou a ser concedido aos perseguidos políticos, e não mais aos criminosos comuns. Aqueles que buscavam proteção em outro país dependiam da generosidade das leis nacionais referentes à concessão de asilo (I KNOW MY RIGHTS, 2017).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, ao conferir no artigo 14 que “Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países” serviu de base para documentos sobre o tema, como o Estatuto de Refugiados de 1951.

O asilo também recebeu formulações nos tratados adotados no âmbito da Organização do Estados Americanos (OEA), sendo dividido em asilo territorial e diplomático. O asilo territorial estabelece que nenhum Estado é obrigado a entregar a outro Estado ou a expulsar de seu território pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos. Além disso, nenhuma violação da soberania, consistindo em atos de um governo ou de seus agentes contra a vida ou a segurança de uma pessoa, praticados em território de outro Estado, deve ser considerada branda pelo fato de ter a perseguição começado fora de suas fronteiras ou de obedecer a motivos políticos ou a razões de Estado (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1954).

A Convenção sobre Asilo Territorial e Diplomático assinada pela OEA, ao se referir ao asilo diplomático, o estabelece como outorgado em legações, navios de guerra e acampamentos ou aeronaves militares, a pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos, será respeitado pelo Estado territorial. Legação é a sede de toda missão diplomática ordinária incluindo a residência dos chefes de missão. Os navios de guerra ou aeronaves militares, que se encontrarem provisoriamente em estaleiros, arsenais ou oficinas para serem reparados, não podem constituir recinto de asilo. Portanto, todo Estado tem o direito de conceder asilo, mas não se acha obrigado a concedê-lo, nem motivar a negação (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1954).

No âmbito da União Europeia, o asilo e o refúgio são tratados de maneira análoga nas políticas dos Estados-parte da comunidade europeia. O Tratado de Maastricht, marco jurídico-institucional da organização, por exemplo, define, no artigo 3º §2, o direito de asilo e de imigração, mas não especifica o direito ao refúgio (UNIÃO EUROPEIA, 1992). Anos mais tarde, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia reiterou em seu artigo 18 a validade do Estatuto dos Refugiados de 1951 e do Protocolo de 1967, mas pouco discorreu sobre a proteção dada a refugiados. (UNIÃO EUROPEIA, 2000)

Anos mais tarde, a União Europeia consolidou o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia que abrange o tratamento dado aos refugiados,

destinando o capítulo 2 para as “Políticas Relativas ao Controle nas Fronteiras, ao Asilo e à Imigração”. A previsão não afeta o direito de os Estados-membros determinarem os volumes de admissão de nacionais de países terceiros, provenientes de países terceiros, no respectivo território, para aí procurarem trabalho, assalariado ou não assalariado. (UNIÃO EUROPEIA, 2016)

Já o Tratado de Amsterdam de 1997, classificou asilo e refúgio como entes análogos, e incumbiu o bloco de designar políticas harmônicas no tema, já que os Estados-membros criaram suas próprias políticas de asilo e refúgio (UNIÃO EUROPEIA, 1997b).

A Convenção de Dublin de 1997 pode ser um exemplo de restrição ao direito de asilo/refúgio, já que se referiu à responsabilidade de um Estado-membro pela análise do pedido. A Convenção estabeleceu, de forma geral, que o país responsável pelo processo de asilo é aquele no qual o requerente entrou primeiro (UNIÃO EUROPEIA, 1997a).

A Diretiva n. 2003/9 do Conselho da União Europeia (EU) estabelece os requisitos mínimos para a recepção a postulantes a asilo/refúgio, como a garantia de livre-circulação, o acesso a tratamento médico, a proteção às famílias, e o direito a emprego e a escolaridade (UNIÃO EUROPEIA, 2003). Já a Diretiva n. 2004/83 inovou ao estabelecer a proteção jurídica a apátridas. Ela reafirma o conceito de refugiado estabelecido pelo Estatuto de 1951 e pelo Protocolo de 1967, as condições para tal reconhecimento, a proteção necessária aos requerentes a asilo/refúgio e a definição de atos de perseguição (AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA; TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, 2015).

A Diretiva n. 2011/95 revogou a n. 2004/83, ao ampliar as normas de proteção e estabelecer critérios para os Estados:

[...] assegurar, por um lado, que os Estados-Membros apliquem critérios comuns de identificação das pessoas que tenham efetivamente necessidade de proteção internacional e, por outro, que exista em todos os Estados-Membros um nível mínimo de benefícios à disposição dessas pessoas. (UNIÃO EUROPEIA, 2011).

A Diretiva acima citada inova também ao “limitar os movimentos secundários de requerentes de proteção internacional entre os Estados-Membros”. Trata-se de uma prática comum entre os solicitantes de refúgio que formulam pedidos à medida em que se movimentam entre os territórios. Os critérios de identificação comum sob um protocolo único, visavam desestimular a multiplicidade de pedidos e decisões contraditórias.

Assim, em todas as diretivas, convenções e tratados mencionados o Conselho insta aos Estados-membros que criem uma política comum de asilo (AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA; TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, 2015). As novas regras das diretivas europeias incluem prazos comuns de seis meses para pedidos de asilo, facilitação dos requerentes de asilo ao mercado de trabalho, proibição da transferência do requerente para outro Estado-membro onde possa haver risco de tratamento desumano, e a criação de uma base de dados com impressões digitais dos requerentes (mas com proteção sigilosa).

A política de asilo e de refúgio, contudo, esbarra na questão da soberania: os Estados podem argumentar que a política migratória é questão estratégica e de interesse nacional, e que deve ser regulada por leis nacionais (é interessante ressaltar que Reino Unido, Irlanda e Dinamarca não estão vinculados à Diretiva n. 2011/95, mencionada anteriormente). A supranacionalidade, entretanto, diz respeito a um ordenamento jurídico acima dos Estados, e a soberania torna-se, então, relativizada. As políticas de interesse comum da União Europeia são regidas pelo direito comunitário, que possibilita a autonomia jurídica da organização.

3.2 Princípio do *non-refoulement*

Um dos princípios basilares do Direito Internacional dos Refugiados é o princípio do *non-refoulement*, segundo o qual está vedada a repatriação involuntária de qualquer refugiado. São consideradas formas de *refoulement* a recondução sumária dos imigrantes que adentraram o território do país ilegalmente,

a recusa em admitir a entrada de indivíduos sem documentos válidos, entre outras práticas. O princípio do *non-refoulement* está positivado no artigo 33 da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados e foi considerado, pela Resolução n. 34/60 (1979) da Assembleia Geral das Nações Unidas, como uma norma de Direito Internacional Geral. O artigo 33 da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados estabelece que:

1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.
2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1951, p. 15-16).

Dessa forma, a vedação do *refoulement* aplica-se não só aos países signatários da Convenção – que, no geral, são os Estados menos visados por indivíduos buscando asilo –, mas também aos não-signatários, que hoje recebem cerca de 40% do total de refugiados no mundo.

O princípio do *non-refoulement* foi formulado durante o século XIX, junto ao princípio da não-extradição de presos políticos, mas foi formalmente reconhecido como uma obrigação apenas durante a redação da Convenção de 1951. O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados ressaltou que tal princípio é de “fundamental importância” e é devido a quaisquer indivíduos que se encaixem na definição do artigo 1º da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, incluindo aqueles que aguardam uma decisão a respeito de seu status de refugiado. O artigo 22, VIII, da Declaração Americana dos Direitos Humanos também o consagra.

O artigo 3º da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes estipula que: Nenhum Estado-parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa a outro Estado quando houver fundadas razões para crer que estaria em perigo de ser submetida à tortura (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1984).

Ressalta-se que a aplicação deste princípio não será exclusiva aos refugiados ou àqueles que pedem asilo, mas sim a todas as pessoas, como por exemplo aqueles que sofrem torturas e tratamentos desumanos em seu Estado de origem, conforme confirmado pela Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

O *non-refoulement* é, portanto, instituto voltado diretamente a proteger a dignidade humana e interpretado de modo a abranger o rol mais amplo possível de situação que possam ensejar risco ao pretendente ao refúgio.

Ainda de acordo com o ACNUR, o *non-refoulement* é aplicável a qualquer forma de remoção forçada, inclusive deportação, extradição, expulsão, transferências informais ou “rendições” e não-admissão na fronteira.

Apesar de ser uma garantia amplamente reconhecida pela comunidade internacional, o *non-refoulement* encontra um grande desafio em sua aplicação: a ampla margem de interpretação garantida aos Estados pela sua redação na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados. Enquanto Estados da África e da América Latina tendem a garantir o asilo a quaisquer indivíduos que fogem de conflitos e/ou violência, os países da Europa têm requerido uma conexão específica com a Convenção para a garantia de asilo.

Segundo a Gabinete de Estatísticas da União Europeia - *European Statistical System* (EUROSTAT, sigla em inglês) as pessoas que mais receberam asilo da União Europeia em 2014 foram as provenientes da Síria, Eritreia, Afeganistão, Iraque e Irã de um total de 184.665. Os países que mais aprovaram as solicitações de asilo foram: Alemanha (47.555), Suécia (33.025), França (20.640), Itália (20.630), Suíça (15.575) e Grã-Bretanha (14.065) (EUROSTAT, 2019). Segundo a Comissão Europeia, no período de 20 de março a 17 de maio, houve 366

deportações da União Europeia para a Turquia e 177 sírios foram reinstalados pelo esquema “um por um” acordado com a Turquia.

3.3 Não-discriminação (Refúgio e Migração)

Segundo a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), em seu artigo 3º estabeleceu que os Estados aplicarão as disposições desta Convenção aos refugiados sem discriminação quanto à raça, à religião ou ao país de origem (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1951).

Os diplomas internacionais do sistema universal de proteção dos refugiados e pessoas migrantes são, em grande parte, compostos por tratados de não-discriminação de minorias. O primeiro exemplo que se pode citar é o do combate à condição dos apátridas. Em geral, a privação de nacionalidade está relacionada a fatores de natureza técnica e jurídica. O direito a uma nacionalidade encontra-se salvaguardado pelo artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e está amplamente relacionado com o princípio da não-discriminação.

Isso porque a perda ou não atribuição de uma nacionalidade tem um forte traço de discriminação em razão de gênero, raça, etnia, religião, idioma, necessidades especiais ou de outra origem. Assim, a discriminação representa um aspecto bastante relevante para a situação de deslocamentos internos.

No Direito Internacional do Mar, a obrigação de resgatar pessoas é realizada sob vias absolutas sem incidência de análise de exceções ou distinções a respeito da situação legal das pessoas em risco. A proteção pelo princípio da não-discriminação transcende o caráter pessoal, sendo também aplicada em relação ao impedimento temporário de passagem inocente de embarcações estrangeiras no mar territorial, a qual somente pode ocorrer mediante publicidade e não-discriminação (CARVALHO; OLIVEIRA, 2017, p. 41-66).

Sabendo que todos os princípios de proteção do indivíduo em situação de refúgio se aplicam às pessoas sob a jurisdição de determinado Estado, esses princípios também se estendem ao mar territorial.

Além das razões de origem discriminatória que desencadeiam o movimento migratório e daquelas que são examinadas durante o processo de migração para reconhecimento da situação jurídica das pessoas nessa condição, a questão da discriminação está ainda presente após a garantia do refúgio.

Essa terceira fase diz respeito à real inserção que um indivíduo é capaz de alcançar na sociedade do país de destino. Os solicitantes de refúgio devem ser tratados de acordo com os padrões estabelecidos para a proteção dos direitos humanos. Isso equivale a dizer que os Estados devem proporcionar um tratamento livre de discriminação e assegurar os direitos de acesso à educação, de assunção de postos de emprego, de liberdade de movimento e de assistência em geral, inclusive na obtenção de documentos de identificação pessoal (CARVALHO; OLIVEIRA, 2017, p. 41-66).

A não observância desses direitos constitui a discriminação da pessoa migrante em função propriamente desta condição e isso depende, em grande medida, das políticas do Estado que recebe essas pessoas.

Já a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias consagra a proteção internacional dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias. Especial atenção é conferida aos direitos dos trabalhadores migrantes não documentados ou em situação irregular, comumente empregados em condições de trabalho menos favoráveis que outros trabalhadores e, por vezes, explorados e vítimas de graves violações de direitos humanos (CARVALHO; OLIVEIRA, 2017, p. 41-66).

Afirma a Convenção que ações apropriadas devem ser encorajadas para prevenir e eliminar os movimentos clandestinos e o tráfico de trabalhadores migrantes, e, ao mesmo tempo, proteger os seus direitos. Para efeitos da Convenção, a expressão “trabalhador migrante” designa a pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada em um Estado de que não é nacional (artigo 2º).

O princípio da não discriminação é um princípio fundamental da Convenção, endossando a Convenção que os Estados-partes se comprometem a respeitar

e a garantir os direitos previstos a todos os trabalhadores migrantes e membros da sua família que se encontrem em seu território e sujeitos à sua jurisdição, sem distinção alguma (artigo 7º).

Recomenda aos Estados-partes a adoção de medidas para assegurar que as instituições de educação pública estejam abertas aos não nacionais e crianças de imigrantes não documentados residentes no território do Estado-parte e que seja eliminada a discriminação contra não nacionais em relação às condições de trabalho e que sejam prevenidos os sérios problemas comumente enfrentados pelos trabalhadores não nacionais, em particular os trabalhadores domésticos, incluindo a escravidão por débito, a retenção de passaporte, os confinamentos ilegais, o estupro e a violência física.

3.4 Reunião Familiar

A pessoa refugiada, isto é, que tenha sido reconhecido (a) como tal, pode solicitar a reunião familiar de seus familiares – cônjuge, ascendentes, descendentes e demais membros do grupo familiar que do (a) refugiado(a) dependerem economicamente (CARVALHO; OLIVEIRA, 2017, p. 41-66).

No âmbito do direito internacional dos refugiados, a Convenção de 1951 não trata de reunião familiar, porém a Ata Final da Conferência que adotou a Convenção recomenda a adoção de medidas necessárias para garantir a proteção da família do refugiado (especialmente por reconhecer que ela possa estar ameaçada), visando à manutenção da unidade familiar, mesmo que os outros integrantes da família não preencham os requisitos necessários para serem reconhecidos como refugiados (CARVALHO; OLIVEIRA, 2017, p. 41-66).

A impossibilidade de reconhecimento da família perante a lei caracteriza discriminação, como indica o parágrafo 69 do Relatório da Agência da ONU para Refugiados (ACNUR) sobre práticas discriminatórias contra indivíduos LGBTQIA+ (sigla que engloba pessoas que são lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros, queer, intersexuais, assexuais e mais) onde é colocado

que onde não há reconhecimento oficial há possibilidade de discriminação por agentes privados, como agências de seguros e planos de saúde.

A Reunificação familiar, no contexto regional europeu, deve ser conforme a Convenção Europeia de Direitos Humanos. O artigo 8, em especial estabelece o direito do respeito à vida privada e à família. Nesse contexto, a Corte Europeia de Direitos Humanos em seus julgamentos busca balancear o princípio do controle dos Estados-membros sobre a imigração e o respeito aos Direitos Humanos.

Esse dilema é aqui elencado em alguns casos na forma da discussão da Reunificação Familiar, agravada pela questão LGBTI explorada de forma hipotética. Nas diretivas da União Europeia, família é o membro nuclear – esposa/marido, crianças menores de idade e parentes desacompanhados de menores de idade.

Esta definição de família é limitada e não considera os novos arranjos familiares vindos do drama da guerra civil, perseguição religiosa ou de etnia, nos casos de migração forçada, ignorando os casos da família extensa. Casais e famílias homoafetivas muitas vezes não têm reconhecimento legal em seus países de origem. Aquele que solicita o refúgio em função de sua orientação sexual e/ou identidade de gênero é muitas vezes oriundo de países que não só não reconhecem a união homoafetivas como ilegalizam e punem com a morte a sexualidade distinta.

No nível regional que concerne ao Brasil, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969) também garante o direito à família. Seu artigo 11 reconhece a não intervenção arbitrária na vida familiar; seu artigo 17 garante a proteção da família e o direito a constituir família; o artigo 18 fala sobre os direitos da criança à proteção de sua família (CARVALHO; OLIVEIRA, 2017, p. 41-66).

O tratado ainda reconhece que o indivíduo possui deveres com sua família, comunidade e sociedade. Nesse sentido, um refugiado que esteja separado de sua família não terá como exercer seu direito à família nem como cumprir esses deveres, sendo necessária a reunião familiar.

Também a Declaração de Cartagena de 1984 reconhece em sua conclusão décima terceira: “[...] que o reagrupamento das famílias constitui um princípio fundamental em matéria de refugiados que deve inspirar o regime de tratamento humanitário no país de asilo [...]”. (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, 1984).

A mesma visão está presente na Declaração e no Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina (2004) que reconhece a unidade da família como um direito humano fundamental dos refugiados e recomenda a adoção de mecanismos que garantam seu respeito (CARVALHO; OLIVEIRA, 2017, p. 41-66).

3.5 Compartilhamento de encargos (*burden sharing*)

Esse princípio consiste basicamente em um modo de cooperação internacional, de forma que toda a comunidade de Estados possa partilhar o ônus e a sobrecarga gerada por grandes fluxos de refugiados, especialmente para países em desenvolvimento. Ele busca não apenas aliviar o ônus que recai sobre os Estados, mas também propiciar melhores condições para os indivíduos que buscam asilo, e garantir o respeito pelos seus direitos humanos (CARVALHO; OLIVEIRA, 2017 p. 41-66).

A forma mais comum de compartilhamento de encargos é por meio de transferências financeiras de países desenvolvidos para países em desenvolvimento. Porém, atualmente outras abordagens para este princípio têm surgido, como o suporte técnico e o incentivo à capacitação.

Por fim, a maneira mais radical e, portanto, menos popular de partilhar o ônus, é a partilha física, por meio da admissão, por meio de processos de reassentamento, de refugiados advindos de países de primeiro refúgio. Tais Estados, sobrecarregados pelos grandes contingentes de refugiados, pedem que ocorra a transferência de tais indivíduos para um outro país em condições de recebê-los. Até que ocorra esta transferência, muitos indivíduos recebem um status de

refugiados tipo B, ou refugiados de facto, o que é preocupante na medida em que não são claros os direitos dos quais estas pessoas gozam. Ocorre que, muitas vezes, ao pedirem asilo em outros Estados, os refugiados têm seus pedidos recusados com base na afirmação de que outro país deve ser considerado seu “país de primeiro asilo” (CARVALHO; OLIVEIRA, 2017, p. 41-66).

Uma opção que foi encontrada para a situação de tais “refugiados em órbita” é o asilo temporário, que, apesar de respeitar o princípio do *non-refoulement* e aliviar o ônus dos Estados que não têm condições de lidar com os fluxos massivos de refugiados que recebem, não representa uma solução definitiva para o problema dos indivíduos buscando asilo (CARVALHO; OLIVEIRA, 2017, p. 41-66).

Apesar de haver diversos documentos e guias do ACNUR a respeito do tema, o princípio do compartilhamento de encargos ainda não foi codificado em nenhum tratado existente, não se faz presente decisões dos tribunais internacionais a respeito de refugiados. Foram realizadas diversas tentativas dos países em desenvolvimento de codificar o princípio do compartilhamento de encargos, porém o único país ocidental a pedir uma partilha mais equitativa do ônus foi a Alemanha, em 1998. Um representante da União Europeia chegou inclusive a afirmar que o compartilhamento de encargos não seria um princípio legal, mas meramente político, desprovido de caráter vinculante (CARVALHO; OLIVEIRA, 2017, p. 41-66).

3.6 *Crimmigration* e não-penalização por entrada ou permanência ilegal nos instrumentos universais

O princípio da não-penalização de refugiados pela entrada ou permanência ilegal é a contrapartida do direito de deixar um país, incluindo o seu próprio. Da mesma forma que a penalização da saída ilegal e da permanência não autorizada fora do país de origem representa uma violação ao instituto do refúgio, as leis do país de destino que condenam a entrada ou a permanência ilegal de um refugiado também violam o Direito Internacional (CARVALHO; OLIVEIRA, 2017, p. 41-66).

O artigo 31 da Convenção de 1951 estabelece que:

Os Estados contratantes não aplicarão sanções penais em virtude da sua entrada ou permanência irregulares, aos refugiados que, chegando diretamente do território no qual sua vida ou sua liberdade estava ameaçada no sentido previsto pelo artigo 3º, cheguem ou se encontrem no seu território sem autorização, contanto que se apresentem sem demora às autoridades e lhes exponham razões aceitáveis para a sua entrada ou presença irregulares. Os Estados contratantes não aplicarão aos deslocamentos de tais refugiados outras restrições que não as necessárias essas restrições serão aplicadas somente enquanto o estatuto desses refugiados no país de refúgio não houver sido regularizado ou eles não houverem obtido admissão em outro país. À vista desta última admissão os Estados concederão a esses refugiados um prazo razoável, assim como todas as facilidades necessárias (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1951).

Esse artigo cristaliza o princípio da não-penalização de refugiados pela entrada ou permanência ilegal. Assim como no caso do *non-refoulement*, a decisão quanto ao pedido de refúgio é condição para a garantia de que não sejam aplicadas as penalidades proibidas pelo artigo acima. Contudo, em geral, o refugiado que deixa seu país dificilmente preenche os requisitos para entrar de maneira legal em outro território. Nessa medida, os Estados tendem a aplicar suas leis de imigração em detrimento do interesse e dos direitos dos refugiados. A própria ausência de explicação detalhada do conceito de punição contido no artigo 31 não facilita a adequada aplicação desse dispositivo.

Em alguns casos tem sido interpretada não como a ausência absoluta de possibilidade de punição, mas tão somente como a proibição de uma punição desproporcional. Diante disso, a aplicação de detenção administrativa ou algumas medidas de limitação de movimento seriam permitidas, desde que isso constituísse perseguição. Pelo exposto, as restrições aos direitos dos refugiados devem ser interpretadas de maneira estrita, devendo somente perdurar até a regularização da declaração do *status* de refugiado ou da admissão do pedido por outro Estado (CARVALHO; OLIVEIRA, 2017, p. 41-66).

Esse cenário se diferencia do anteriormente apresentado pois, neste caso, o solicitante de refúgio conseguiu penetrar o território do país de destino, contudo, em condições ilegais. Ainda assim, a boa prática preconiza que os refugiados não possam ser penalizados por essa ilegalidade. O grande desafio da atualidade em relação a esse quesito está em sobrepor os interesses do refugiado e do Estado que o acolhe (CARVALHO; OLIVEIRA, 2017, p. 41-66).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Internacional vem sofrendo profundas transformações ao longo dos períodos históricos, inclusive no que tange à mudança de paradigmas para sua compreensão. Desse modo, para uma adequada compreensão do direito internacional e sua tutela para com a pessoa humana, deve-se levar em consideração o tempo histórico e o contexto cultural em que ele se encontra inserido, pois não se pode concebê-lo como produto desligado da realidade em que fora criado, para que se aplique e se extraia os pressupostos de sua validação e funcionamento.

Nesse sentido, a construção kantiana do par insculpido no terceiro artigo definitivo da paz perpétua - Direito Cosmopolítico-hospitalidade universal -, é até hoje fundamental para a análise e a discussão de uma política universal de direitos humanos axiologicamente fundamentada na dignidade da pessoa humana.

Com efeito, é também sob os auspícios da herança kantista, que o conceito de direitos humanos – e; por conseguinte a proteção da pessoa humana - receberá contornos de direitos morais, vez que a validade da normativa internacional ultrapassará a ordem jurídica dos Estados soberanos.

A questão das migrações internacionais não se revela uma novidade a ser enfrentada na atualidade. Sendo que indubitavelmente, o maior problema deste fenômeno, são as fronteiras, pois geralmente, são elas uma zona de “não-direito” e destarte constituem grande obstáculo para a implementação da proteção da pessoa humana.

Ninguém sai de seu país para ser sustentado e se transformar em um cidadão de segunda classe. É sempre bom lembrar que, cada migrante tem um projeto de vida próprio, particular, diferente da coletividade a qual pertence como indivíduo. De forma mais específica, no tocante à figura do refugiado - dado seus contornos ímpares -, se encerra uma categoria política por excelência. Em última análise, o migrante sempre será um sujeito coletivo.

Não obstante em seu nascedouro o Direito Internacional, tenha sido constituído e construído por e para os Estados, por se encerrar um direito dinâmico, um de seus maiores desafios e desenvolver e assegurar um padrão mínimo de proteção à pessoa humana, em especial, àqueles que são forçados a sair de seus países em razão de conflitos armados ou da perseguição de regimes violentos.

Desse modo, a lição kantiana de que a dignidade precede a pessoa se mostra imperiosa e atual, reverberando inclusive na positivação do princípio do *non refoulement* no âmbito da proteção internacional da pessoa humana, como enunciado na segunda parte do artigo.

Insta ainda dizer, encerrar-se fundamental o compromisso que os Estados interpretem os tratados relativos aos direitos dos migrantes e da pessoa humana de boa fé e de forma a garantir padrões mínimos de tratamento a todos, o que, infelizmente, não tem ocorrido na maioria dos países. Consigne-se que o uso de subterfúgios e formalismos para impedir a entrada de migrantes e/ou diminuir os padrões de tratamento mínimo oferecidos a refugiados à espera de asilo ferem cabalmente o princípio da interpretação dos tratados em boa-fé e relegam milhões de pessoas em condições de vida sub-humanas.

O presente ensaio, trouxe uma discussão integrada do *iter* teórico da hospitalidade universal kantiana até sua tradução na prática por meio do desenvolvimento da proteção da pessoa humana no direito internacional, cuja indivisibilidade e interdependência características tendem aventar futuramente o estabelecimento de um estado cosmopolita, em que as infrações aos direitos humanos encontrarão eco em todos os pontos da esfera terrestre – nos exatos moldes previstos pelo filósofo de Königsberg.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA; TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração**. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2015. Disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/handbook-law-asylum-migration-borders-2nded-0_pt.pdf. Acesso em: 19 jun. 2019.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **A proteção da pessoa humana no Direito Internacional: Conflitos Armados, Refugiados e Discriminação Racial**. São Paulo: CLA, 2018.

ALMEIDA, Guilherme Assis; PERRONE-MOISÉS, Claudia. (coord.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **ACNUR: número de pessoas deslocadas chega a 68,5 milhões em 2017**. 2018. Disponível em <https://nacoesunidas.org/acnur-numero-de-pessoas-deslocadas-chega-a-685-milhoes-em-2017/>. Acesso em: 19 jun. 2019.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Declaração de Cartagena: Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários**. Cartagena de Índia, 1984. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em: 09 ago. 2020.

ARENDDT, Hannah. **Nós, refugiados**. In: ARENDT, Hannah. *Escritos judaicos*. Barueri: São Paulo, 2016. p. 477-492.

CARVALHO, Júlia Vilela; OLIVEIRA, Fernanda Moura Queiroz Santos de. A proteção dos interesses dos migrantes e refugiados à luz dos tratados internacionais. **Rev. Eletrônica de Direito Internacional**. v. 20, 2017, p. 41-66. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1DgRiPFIRuxw-wFrLloeZmtf1ugc9lvEw/view>. Acesso em: 09 ago. 2020.

COLES, Gervase J. L. Refugees and Human Rights. **Bulletin of Human Rights**, v. 1, 1991. p. 63-83.

COLES, Gervase J. L. The Human Rights Approach to the Solution of the Refugee Problem: A Theoretical and Practical Enquiry. *In*: NASH, Alan Eric (ed.). **Human Rights and the Protection of Refugees under International Law**. Nova Scotia: Institute for Research, 1988, p. 195-222.

DELFIN, Rodrigo Borges. **Migrações, refúgio e apatradia: guia para comunicadores**. [S.l.]: Ficas, 2019. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/05/Migracoes-FICAS-color_FINAL.pdf. Acesso em: 09 ago. 2020.

EUROSTAT. **Dados de refúgio**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/degrdant.htm>. Acesso em: 19 jun. 2019.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila; BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes. A visibilidade dos invisíveis e os princípios de proteção aos refugiados: notas e sobre os acontecimentos recentes. *In*: GEDIEL, José Antônio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de (org.). **Refúgio e Hospitalidade**. Curitiba: Kairós Edições, 2016. p. 67-86.

GRAHL-MADSEN, Atle. **Refugees and Refugee Law in a World in Transition**. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol3/iss1/4/>. Acesso em: 13 mar. 2019.

GODOY, Gabriel Gualano de. Encontrar-se no Estrangeiro. *In: Refúgio, Migrações e Cidadania*. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2006. p. 75-85.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução: Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

HABERMAS, Jürgen. A ideia kantiana da paz perpétua: à distância histórica de duzentos anos. *In: HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Tradução: Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora UNESP, 2018. p. 281-339.

HURWITZ, Agnès. **The Collective International Responsibility of States to Protect Refugees**. Oxford: Oxford University Press, 2009. 350p.

I KNOW MY RIGHTS. **Refúgio no mundo**. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.ikmr.org.br/refugio/refugio-no-mundo/> . Acesso em: 09 ago. 2020.

KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Tradução: Ricardo R. Terra e Rodrigo Naves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KANT, Immanuel. **Rumo à paz perpétua**. Edição Bilingüe. São Paulo: Ícone, 2010.

KUMIN, Judith (ed.) **The State of the W 's Refugees**: in Search of Solidarity. [S.l.]: UNHCR, 2012. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/5100fec32.html> . Acesso em: 09 ago. 2020.

LEITE, Flamarion Tavares. **10 lições sobre Kant**. Petrópolis: Vozes, 2007.

MELLO, Sérgio Vieira. História filosófica e real: atualidade do pensamento político de Kant. *In: MARCOVITCH, Jacques (org.). Sérgio Vieira de Mello: pensamento e memória*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 35-60.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Resoluções da Assembleia Geral. **A/RES/217 (III): Declaração Universal dos Direitos**

Humanos. Paris, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> . Acesso em: 09 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Resoluções da Assembleia Geral. **A/RES/1775 (V): Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Genebra, 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf Acesso em: 09 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Resoluções da Assembleia Geral. **A/RES/2312 (XXII): Declaração sobre o Asilo Territorial**. [S.l.], 1967. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_ONU_Asilo_Territorial.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_ONU_Asilo_Territorial . Acesso em: 09 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Resoluções da Assembleia Geral. **A/RES/39/46: Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes**. [S.l.], 1984. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/degradant.htm> Acesso em: 09 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. Conferência Geral. **Declaração de Princípios sobre a Tolerância**. Paris: 1995. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/paz/dec95.htm> . Acesso em: 09 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção sobre Asilo Territorial e Diplomático**. Caracas, 1954. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-46.htm> . Acesso em: 09 ago. 2020.

PERRONE-MOISÉS, Claudia. Tolerância, Desenvolvimento e Direitos Humanos: uma visão integrada. *In*: MAGALHÃES, José Carlos de; MERCADANTE, Araminta (org.). **Reflexões sobre os 60 anos da ONU**. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 240-249.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. Ato Legislativos. **2003/L 31/18: Directiva 2003/9/CE do Conselho**. [S.l.]: Jornal Oficial da União Europeia, 2003. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0009&from=PT> . Acesso em: 09 ago. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia e Comissão Europeia. Ato Preparatório. **2000/C 364/01: Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. [S.l.]: Jornal Oficial da União Europeia, 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf Acesso em: 09 ago. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Representantes dos governos dos Estados-Membros. Ato Preparatório. **2016/C 202/47: Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. [S.l.]: Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF . Acesso em: 09 ago. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Representantes dos governos dos Estados-Membros. Ato Preparatório. **2016/C 202/13: Tratado da União Europeia**. [S.l.]: Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Disponível em: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf . Acesso em: 09 ago. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Representantes dos governos dos Estados-Membros. Ato Preparatório. **1997/C 340/01: Tratado de Amsterdão**. [S.l.]: Jornal Oficial da União Europeia, 1997b. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997D/TXT&from=EN> . Acesso em: 09 ago. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Representantes dos governos dos Estados-Membros. Ato Preparatório. **97/C 254/01: Convenção de Dublin**. [S.l.]: Jornal Oficial da União Europeia, 1997a. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:41997A0819\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:41997A0819(01)&from=PT) . Acesso em: 09 ago. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento europeu e Conselho da União Europeia. Ato Legislativo. **2004/L 304/12: Directiva 2004/83/CE do Conselho**. [S.l.]: Jornal Oficial da União Europeia, 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0083&from=PT> . Acesso em: 09 ago. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento europeu e Conselho da União Europeia. Ato Legislativo. **2011/L 337/09: Directiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho**. [S.l.]: Jornal Oficial da União Europeia, 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095&from=PT> . Acesso em: 09 ago. 2020.

SUBMETIDO: 16/08/2020

APROVADO: 11/10/2021

ANÁLISE JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE CONFORME O MÍNIMO EXISTENCIAL

LEGAL ANALYSIS OF THE RIGHT TO HEALTH ACCORDING TO THE EXISTENTIAL MINIMUM

Francisco Elias da Silva Coelho

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Fortaleza (UniGrande).

Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-6208-5618>

E-mail: eliascoelho1@yahoo.com

Márcio José Lima Benício

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado e Consultor Jurídico. Professor do Curso de Direito na graduação e na pós-graduação (lato sensu). Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário UniGrande.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-3676-6414>

E-mail: marciobenicio@unigrande.edu.br

Resumo

A problemática da eficácia do direito à saúde atrai cada vez mais estudos jurídicos, por envolver uma gama de casos concretos que necessitam do Poder Judiciário para serem solucionados. Ademais, por ser um direito fundamental, ele deve ter aplicabilidade imediata. Entretanto, por carecer de uma prestação governamental, a questão orçamentária estatal circunscreve o campo de eficácia deste direito social, gerando um verdadeiro embate entre teses que tentam defender a dignidade daquele que reclama ao Poder Judiciário o provimento de um direito subjetivo contra entendimentos que deduzem que o limite orçamentário deve ser respeitado ao máximo para que a coletividade usufrua plenamente deste mínimo jurídico, alvo deste trabalho. Desse modo, por meio de uma metodologia de pesquisa bibliográfica embasada com o pensamento de juristas das searas da filosofia jurídica e do direito constitucional, o artigo em foco objetiva informar como a aplicabilidade imediata do direito à saúde está sendo respeitada pelos Poderes

Executivo, Legislativo e Judiciário. Por fim, o resultado da pesquisa indica que, mesmo havendo uma grande restrição à eficácia deste direito social pelo Poder Legislativo brasileiro, a jurisprudência, principalmente do Supremo Tribunal Federal, vem, cada vez mais, resguardando este direito em casos concretos.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Mínimo existencial. Reserva do Possível.

Abstract

The problematic of the effectiveness of defining norms of social rights attracts more and more legal studies for involving a range of concrete cases that need the Judiciary to be solved. Furthermore, as it is a fundamental right, it must have immediate applicability. However, because of a lack a government provision, the state budget issue, which is limited, circumscribes the field of effectiveness of this social right, generating a real clash between theses that try to defend the human dignity of those who claim to the Judiciary to survive, against understandings that deduce that the budgetary limit must be respected as much as possible so that the community, in its totality, can fully benefit from their rights, focus of this work. Thereby, through a bibliographic research methodology based on the thinking of jurists from the fields of legal philosophy and Constitutional Law, the article in focus aims to inform how the immediate applicability of the right to health is being respected by the Executive, Legislative and Judiciary. Finally, the result of the research shows that, even though there is a great restriction on the effectiveness of this social right by the Brazilian Legislative Power, the jurisprudence, mainly of the Federal Supreme Court, has been increasingly, guarding this right in concrete cases.

Keywords: Right of health. Existential minimum. Possible Reserve.

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde está previsto no rol de direitos sociais do art. 6º da Constituição Federal¹ de 1988, exposição essa mais do que obrigatória para um

1 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Estado social que tenta minorar, ao dar força normativa a estes instrumentos jurídicos, as mazelas sociais que sacrificam a vida de milhões de brasileiros, como a falta de educação, segurança e saúde.

Ademais, buscando assegurar uma maior eficácia para esses dispositivos, o art. 5º, §1º, também do texto constitucional, explicita que todas as normas de direitos e garantias fundamentais devem ter aplicação imediata, já que essas regras são alicerces de qualquer Estado Democrático de Direito.

Ocorre que os direitos sociais, também considerados como direitos de segunda dimensão, rol que o direito à saúde integra, têm peculiaridades se comparados aos direitos de primeira geração. Aqueles, presentes nos textos constitucionais de vários Estados sociais, necessitam de prestações positivas por parte do Governo para terem efetividade — diferentemente dos direitos individuais de cunho liberal, já que estes prezam por uma abstenção por parte dos poderes públicos —, trazendo a problemática da reserva financeira estatal para o debate acerca da possibilidade de plena e imediata aplicabilidade dos direitos sociais.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça julgaram² recentemente — conforme os mandamentos de leis ordinárias que abrange a aquisição e oferecimentos de medicamentos, bem como alicerçando suas decisões na teoria da reserva do possível — que deve haver uma série de critérios para o fornecimento de fármacos, deixando, assim, milhares de pessoas sem poderem receber esses objetos, muitas vezes imprescindíveis à vida.

Em relação à metodologia científica, esta tem cunho bibliográfico, pois a pesquisa se baseia em livros com doutrinas do direito constitucional e da filosofia do Direito, em artigos científicos, tanto físicos quanto retirados da *internet*, além de um acervo legislativo e jurisprudencial pertinente à temática. Ocorreu, ainda, uma análise qualitativa desse material, já que houve uma organização de dados relacionados ao tema e dessas informações e, após isso, uma conclusão acerca da temática.

2 Recurso Extraordinário n.657.718 – MG e Recurso especial n. 1.657.156 – RJ.

Diante disso, este trabalho objetiva analisar a aplicação do direito à saúde e sua eficácia como direito fundamental conforme o limite fático orçamentário presente em qualquer governo democrático, através de uma explicação relacionada ao campo da judicialização da saúde, do princípio da dignidade da pessoa humana — fundamento da Constituição Federal de 1988³ —, e sobre as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível.

Este artigo tem como objetivos específicos informar acerca das diversas compreensões relacionadas ao princípio da dignidade humana, tema esse do segundo tópico, debater a respeito das teorias do mínimo existencial e da reserva do financeiramente possível, explicando o conceito de cada tese e a importância de cada uma quando o assunto é judicialização da saúde, análise essa feita no terceiro tópico. Por fim, no quarto tópico deste trabalho houve uma exposição de informações com o intuito de demonstrar como os três poderes estão analisando a problemática da plena aplicabilidade e eficácia do direito à saúde no Brasil,

Tendo em vista essa temática, é importante haver um maior debate acerca da possibilidade da plena aplicação do direito à saúde em confronto com os limites da capacidade financeira de um certo Governo, pois a plena efetividade dos direitos sociais e, por conseguinte, uma maior intervenção do Estado na esfera econômica, estão intimamente ligadas ao conceito de democracia.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: BREVE EXPLICAÇÃO

Trata-se, o princípio da dignidade da pessoa humana, cujo mínimo existencial é parte nuclear (BARCELLOS, 2002, p. 50), de fundamento do Estado Democrático de Direito, eis o motivo de sua importância para o presente estudo.

3 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana.

Explicar o que é e como poderia ser respeitada a dignidade humana em uma sociedade política, questionamentos antigos e com soluções complexas para os teóricos do Direito e da filosofia moral, foram objetos de pesquisas de Kant, em pleno século XVIII — apesar do conceito de dignidade ter surgido com o Cristianismo (SANTOS, 1999). O filósofo de Königsberg, em sua *Fundamentação*, explica que:

[...] o homem, e duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções (*sic*), tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. (KANT, 2009, p. 69)

Ademais, o papel da dignidade humana é tão fundamental para a teoria kantiana, que o próprio entendimento acerca do imperativo categórico, formulação que é a base para se compreender a razão em Kant, é alicerçado pela questão da dignidade (KANT, 2009, p.72).

Além disso, vários estudiosos nacionais também tentam definir a dignidade do homem, embasando, majoritariamente, suas formulações nas ideias do pensador de Königsberg. Emmanuel Furtado (2015, p. 304), por exemplo, entende que esse fundamento da Constituição é um princípio absoluto que, presente no ordenamento jurídico de um Estado, protege o indivíduo de ações governamentais de interesses coletivos que possam prejudicar os seus direitos.

Sarlet (2012, p. 8) também debate acerca da importância da dignidade humana ao informar que esta é uma característica própria de todos os seres humanos que o Estado e a coletividade devem respeitar, não podendo estes, desse modo, submeter aqueles à situação aviltante e desumana.

Por ser um conceito bastante abrangente, deve-se explicar as concepções da dignidade humana, consoante ao indivíduo e à coletividade. A primeira compreensão é a Individualista, que entende que a dignidade humana estará

sendo posta em prática quando o próprio indivíduo protege as suas ambições, satisfazendo, indiretamente, os anseios sociais (SANTOS, 1999, p. 30).

Essa definição não deve preponderar, já que a própria doutrina nacional não restringe o potencial de aplicação da dignidade a somente uma abstenção do Estado em interferir na vida de um cidadão, mas também com meio assecuratório de um conjunto de direitos que possam proporcionar uma vida digna à população (SARLET, 2012, p. 10).

A segunda formulação, Transpersonalíssima, como o próprio nome induz, transcende o indivíduo, entendendo que é somente com a satisfação coletiva que aquele poderá alcançar a totalidades de sua felicidade, ou seja, a felicidade do todo é necessária para o bem-estar de um (SANTOS, 1999, p. 31).

Todavia, o pensamento acima citado a respeito desse princípio constitucional não pode ser acatado, já que, caso seja seguido, o indivíduo torna-se para o Estado um simples objeto de práticas governamentais, podendo ser obrigado a sofrer com situações desumanas e degradantes para uma suposta obtenção do pleno bem-estar coletivo.

Já a última concepção relacionada ao fundamento constitucional em pauta é a do Personalismo, que não reconhece nenhum dos dois entendimentos expostos acima. A personalíssima “busca, mormentemente a compatibilização, a interrelação entre os valores individuais e valores coletivos” (SANTOS, 1999, p. 31). A dignidade da pessoa será respeitada conforme o caso concreto e as condições específicas deste, não devendo prevalecer, *a priori*, o indivíduo ou a coletividade (SANTOS, 1999, p. 32).

Esta teoria deve ser a predominante, pois é utilizando-se da ponderação e da razoabilidade que a dignidade da pessoa humana de um ou vários indivíduos poderá ser respeitada, sem que alguém tenha a sua dignidade aviltada.

A dignidade humana possui duas dimensões diferentes, mas que se complementam. Como bem adverte Sarlet (2012, p. 44), esse fundamento constitucional possui um viés defensivo, que funciona como limitação de práticas estatais que possam macular o aspecto físico-psíquico do cidadão. Já o enfoque

positivo da dignidade obriga os governantes a criarem políticas públicas necessárias para que cada indivíduo possa ter uma vida digna (SARLET, 2012, p.9).

Essas duas perspectivas devem ser mescladas, pois a dignidade humana, se respeitada, tende a efetivar os direitos e proteger cada ser humano presente em um Estado democrático de Direito (GUERRA; EMERIQUE, 2006, p. 4).

Portanto, percebe-se que a dignidade humana, além de ser uma das finalidades da ordem econômica do Estado brasileiro (SARLET, 2001, p. 6) e fundamento constitucional, é também um princípio que embasa todo o Estado constitucional democrático, já que obriga este a tratar todos os indivíduos como fins em si mesmos, mesmo em casos concretos de difíceis soluções.

Exemplo do acima anunciado seria a compra de um remédio específico, bastante caro, para uma dezena de pessoas, cuja soma de quantias poderia, caso os fármacos não fossem adquiridos, alavancar a construção de uma clínica de pronto atendimento que beneficiaria milhares de pessoas de um bairro carente.

Em situações semelhantes à exposta acima, a dignidade humana, por ser um meta-princípio (ALEXY, 2006, p. 97), em conjunto com a razoabilidade e a proporcionalidade, deve nortear a solução para que as dezenas de pessoas não fiquem sem os seus medicamentos, pois, se não for deste modo, o Poder Executivo estará lesando estas em prol de uma coletividade, usando-as como objetos em favor dos fins estatais, algo que, desde o tribunal de Nuremberg, passou a ser concebido com um desrespeito não somente a um indivíduo em separado, mas a toda a humanidade (MARMELSTEIN, 2018, p. 8).

3 MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

Como conceitos basilares deste artigo, já que em debates jurídicos relacionados à temática de aplicação de direitos sociais, como é o da saúde, estes termos são bastante utilizados, pois funcionam como norte dos arcabouços argumentativos dos jurisconsultos, seja para dar ou não aplicabilidade a estes direitos

fundamentais, é oportuno haver uma explicação acerca do mínimo existencial e da reserva do financeiramente possível.

Consoante o exposto acima, o mínimo existencial é a alma de eficácia concreta da dignidade humana em uma sociedade. Esse fundamento constitucional, por conta disso, apenas será assegurado, em relação a sua dimensão positiva, quando todos os cidadãos tiverem uma vida saudável (SARLET, 2007, p. 9). A teoria do mínimo existencial entende que o Estado deve proporcionar aos indivíduos um conjunto de prestações materiais que possam assegurá-los uma vida condigna (SARLET, 2007, p. 10).

Assim, além de ser considerado um direito fundamental, a tese do mínimo de direitos para uma vida digna implica consignar ao ser humano um complexo de garantias jurídicas suficientes para uma vida decente, preservando a dignidade humana, podendo até ser encarado como um sobreprincípio (QUEIROZ; PRADO, 2017, p. 4).

O mínimo existencial, portanto, garante as condições elementares de direitos sociais, que permitem, por seu turno, em uma sociedade, o acesso aos valores civis e participação na vida pública, através de uma maior participação, de forma intelectual, em processos e debates políticos (BARROSO, 2007, p.8). Por fim, Sarlet (2013, p. 3) ensina ainda mais sobre conceito, alicerçando-o na História, ao dizer que:

Na doutrina do Pós-Guerra, o primeiro publicista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.

A doutrina que adverte que todos possuem direitos mínimos para uma existência com dignidade, não pode ser confundida com aquela que defende que todos devem ter suas vidas preservadas, mas não havendo a necessidade de serem dignas. Esta última tese é conhecida como mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, que é consoante a garantia da vida humana sem necessariamente abranger condições para uma sobrevivência física e moralmente condignas, ou seja, com qualidade (SARLET, 2007, p.8).

A tese do mínimo existencial, portanto, é mais abrangente que a de simples sobrevivência. Aquela, por englobar mais que uma simples supervivência, situa-se além do limite da pobreza absoluta (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 6). Assim, por ser um conjunto de bens básicos para a dignidade e liberdade do indivíduo, o não desfrute destes faz com que, embora haja sobrevivência, não haverá dignidade para o cidadão (QUEIROZ; PRADO, 2017, p. 5).

A doutrina entende que, do mesmo modo do princípio da dignidade humana, o mínimo existencial também possui duas perspectivas substanciais de entendimento. A primeira, concepção negativa do mínimo existencial, é entendida como aquela que protege o indivíduo contra intervenções estatais em sua vida que possam tirar a sua dignidade (TORRES, 1989, p. 12). Exemplo de uma prática estatal que poderia lesar o ser humano ao ponto de tirar a sua existência digna seria a alta tributação imposta a um certo cidadão, ocasionando, assim, com que este não conseguisse mais se alimentar decentemente.

Já a dimensão positiva do mínimo de direitos para uma vida decente é reconhecida quando o Estado, por meio de prestações relacionadas à eficácia dos direitos fundamentais — que, como já foi explicado, abrange os direitos sociais —, garante aos seus cidadãos níveis essenciais de direitos para se viver dignamente (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 4). Consequência disso é a disposição de medicamentos para as classes menos abastadas da população.

Por fim, é importante salientar que, como informam Sarlet e Figueiredo (2008, p. 12), “a garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial

independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana”. Assim, não há necessidade de previsão expressa desse conceito em um instrumento legal para que ele possa ser respeitado juridicamente.

Por outro lado, vários julgados ⁴ relacionados à eficácia concreta dos direitos sociais trazem ao debate jurídico a teoria da reserva do possível, já que, como já exposto, todos os direitos de segunda dimensão necessariamente precisam de ações estatais para serem colocados em prática, havendo a necessidade de saber se há ou não disponibilidade orçamentária do Governo para isso. Por conta disso, deve-se agora demonstrar os pormenores acerca da teoria da reserva do possível.

Preliminarmente, tem de ser explicado que a reserva do financeiramente possível não diz respeito somente a questão orçamentária. Como bem ensina Mânica (2008, p. 7), a teoria em pauta não abrange apenas a questão da limitação dos recursos orçamentários, mas também compreende a razoabilidade da pretensão objetivada.

Neste mesmo sentido, lecionam Leal e Alves (2016, p. 10) que, em decisões que tenham implicações relacionadas à reserva financeira como limite fático de eficácia de direitos sociais, não deve o julgador analisar somente a questão orçamentária, mas também a razoabilidade da pretensão a ser obtida.

A reserva do possível, ademais, possui algumas perspectivas particulares. Ela pode ser entendida de acordo com a ótica fática, na qual tem que ser observado o caráter financeiro, bem como, desse modo, a limitação dos recursos orçamentários disponíveis do Estado para políticas públicas relacionadas, principalmente, aos direitos sociais (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 5).

A segunda feição prática desta tese é a jurídica, que diz respeito à autorização oportuna para o despendimento de recursos públicos para ações

4 Como, por exemplo, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.45, que teve como ministro relator Celso de Mello.

governamentais (ZILLÁ, 2017, p. 7). Já o último aspecto da reserva do possível, segundo Sarlet e Figueiredo (2008, p. 17), “envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade”.

A teoria do financeiramente possível estatal ainda serve como argumento categórico para a não afirmação de direitos fundamentais. Essa doutrina, tem a capacidade para barrar a intervenção judicial para a efetivação daqueles direitos, principalmente os de cunho social, na hipótese de falta de recursos orçamentários suficiente para a implementação destes (MÂNICA, 2008, p. 12).

As dificuldades relacionadas à questão orçamentária encontrada pelo poder público para a não colocação em prática dos direitos de segunda dimensão, contudo, muitas vezes são utilizadas como falácias para a não intervenção do Poder Judiciário — que tenta, em várias situações, através de julgamentos, concretizar as políticas públicas relativas ao direito à saúde —, bem como também são empregadas como escusas para a própria omissão estatal no campo de efetivação destes direitos (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 6).

Fica notória a dificuldade encontrada em conciliar a reserva do possível, a ser observada em todas as decisões relacionadas aos direitos fundamentais sociais em um Estado Democrático de Direito regido pelo sistema capitalista, com a tese do mínimo existencial, que defende o mínimo de direitos que cada cidadão deve ter para uma existência digna. A dificuldade dessa temática fica ainda mais exposta quando, por exemplo, o Estado não possui mais orçamento para a área da saúde, pois o plano de governo de um país tem como prioridade outro direito social.

Essa limitação prática dada pelo Estado ao direito social em foco decorre da adoção da teoria da reserva do possível em sua simples face fática. Ademais, o entendimento no qual o Poder Judiciário não pode obrigar o Executivo a dispor de finanças para concretizar o interesse de um titular que necessita de um fármaco para sua sobrevivência, pelo simples motivo de que as balizas orçamentárias poderão ser abaladas, é totalmente baseado na corrente filosófica utilitária, já

que, como ensina Martins (2019, p. 320), “privilegia a soma de vantagens que o Estado pratica ao efetuar previsões orçamentárias [...]”.

Tavares (2017, p. 444) evidencia a dialeticidade relativa à dignidade humana e às teorias utilitárias quando afirma que “a dignidade humana considera o homem como ‘ser em si mesmo’ e não como instrumento para alguma coisa”. Portanto, quando algum dos Poderes estatais restringe o fornecimento de certo fármaco a algum indivíduo — alegando que a possível distribuição desses poderia abalar o orçamento relativo à saúde e, por consequência, a oferta de medicamentos para o restante da população — ele está desrespeitando o fundamento constitucional da dignidade humana e o direito ao mínimo existencial do indivíduo requerente.

Outro argumento perceptível quando se versa sobre a restrição da eficácia do direito à saúde advinda da reserva do possível é de que tal direito é tratado como “custo”, isto é, de forma mercantilizada por aqueles que sustentam que o fornecimento de certo fármaco pode acarretar na falta de orçamento em políticas públicas estatais relativas a este direito social. Sobre o assunto, Sarlet e Molinaro (2010, p. 78) defendem que, apesar de vivermos em uma sociedade com recursos financeiros escassos, a escassez econômica não pode ser utilizada como forma de escolha para dar efetividade a certo direito social, pois a falta de orçamento pode ser combatida com a eficácia de ações do poder público em conjunto com a sociedade.

Em suma, a reserva do possível fica exposta por conta do limite orçamentário estatal que faz com que o investimento em alguns recursos basilares de um setor implique na falta de investimento em outros (BARROSO, 2007, p. 8). Entretanto, mesmo sabendo dessa problemática, o Poder Judiciário deve intervir, razoável e ponderosamente, nos casos concretos, dando prioridade para direitos relacionados à saúde, já que, além do mínimo existencial para conseguir viver com dignidade, na maior parte das circunstâncias o desrespeito a este direito social infere até na própria sobrevivência do indivíduo.

4 A APLICABILIDADE E EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE CONSOANTE OS PODERES ESTATAIS

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 196⁵ (BRASIL, 1988, *on-line*), explicita a importância do direito social à saúde ao informar que este é de todos, bem como é obrigação estatal garanti-lo. Não obstante a ordem prevista em texto constitucional, os Poderes Legislativo e Judiciário vão de encontro a este preceito na prática ao editar leis que diminuem o âmbito de aplicação das normas constitucionais relacionadas ao direito social aqui debatido, bem como ao julgar, em certos casos concretos, em desacordo com o dispositivo previsto na Constituição, restringindo o número de possibilidades com que os cidadãos poderiam conseguir alcançar a eficácia do direito à saúde.

Estas atitudes, que serão expostas logo abaixo, são incompreensíveis, já que as normas previstas no texto constitucional sempre terão eficácia jurídica, sendo imperativas, ensejando aplicação coativa caso não sejam observadas (BARROSO, 2001, p. 5). Portanto, não deve haver interpretação que possa retirar a plena efetividade de mandamentos constitucionais, principalmente daqueles que a própria Constituição Federal resguarda a total aplicabilidade.

O legislador, contrariando preceitos constitucionais, promulgou leis que diminuem a aplicabilidade do direito à saúde a toda população. O Poder Legislativo restringiu o âmbito de aplicação da norma constitucional ao elaborar a Lei n.8.080/90 (BRASIL, 1990, *on-line*), que explana sobre os campos de promoção, proteção, recuperação e organização da saúde no Estado brasileiro. Em seu art. 19 – M, inciso I, fica notória a limitação ao direito social em pauta quando a norma define que:

5 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em: (Incluído pela Lei n. 12.401, de 2011)

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravamento à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P. (BRASIL 1990, *on-line*).

Além do dispositivo acima exposto, o *caput* do art. 12 c/c art. 1º, ambos da Lei 6.360/1976⁶ (BRASIL, 1976, *on-line*), impedem a comercialização de medicamentos não registrados no Ministério da Saúde, estreitando a possibilidade de plena eficácia do direito prestacional.

Ao interpretar esses dispositivos legais, bem como outros previstos na Lei n.8.080/90 (BRASIL, 1990, *on-line*), percebe-se que a legislação nacional restringe a disposição de certos medicamentos ao dizer que, para consecução de fármacos pela rede pública, a prescrição médica tem que estar de acordo com as diretrizes médicas ou, na falta deste protocolo, em base de relações de medicamentos instituídas pelo Sistema único de Saúde (SUS), bem como a droga farmacêutica deve situar-se registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Este tipo de restrição legal ao direito social em pauta impede a irradiação do princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro e, conseqüentemente, abala toda a esfera de eficácia dos direitos fundamentais, pois estes são normas estritamente ligadas ao preceito da dignidade, devendo fundamentar todas as legislações estatais (MARMELSTEIN, 2018, p. 12).

6 Art. 1º - Ficam sujeitos às normas de vigilância sanitária instituídas por esta Lei os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, definidos na Lei n. 5.991, de 17 de dezembro de 1973, bem como os produtos de higiene, os cosméticos, perfumes, saneantes domissanitários, produtos destinados à correção estética e outros adiante definidos. Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

Assim, as restrições ao direito à saúde são tão perigosas que podem ser comparadas, em vários casos, à possibilidade de aplicabilidade da pena de morte aos necessitados de medicamentos, pois muitos destes necessitam de certo remédio para sua sobrevivência (SARLET, 2001, p. 6). Além disso, essa legislação afronta um dos fins da *Carta Cidadã*: a promoção de direitos fundamentais (BARCELLOS, 2005, p. 14).

As atitudes advindas do Poder Legislativo não deveriam ocorrer, pois estas formalidades, acima demonstradas, bem como outras que burocratizam a incidência do direito à saúde, não poderiam ser obstáculos para o fornecimento de medicamentos essenciais à vida de pessoas que não podem custear tratamentos para suas mazelas (ZILLÁ, 2017, p. 6).

O Poder judiciário também restringe a plena eficácia do direito prestativo foco deste artigo, apesar desse pertencer ao conjunto de direitos de segunda geração, que alicerçam o arcabouço jurídico de qualquer democracia social, fase ulterior de todas as democracias, consoante o ensinamento de Bobbio (2000, p. 84).

Ademais, pelo fato de ser um direito fundamental, ao direito à saúde deve ser outorgada a máxima efetividade e eficácia possível diante do caso concreto (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 8). Contudo as decisões advindas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal ainda limitam a plena aplicabilidade do direito à saúde, apesar de flexibilizar em parte as restrições dadas pela legislação nacional.

Um dos julgamentos mais notórios do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre este direito social e a teoria da reserva do possível ocorreu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.45⁷, que teve como relator o ministro Celso de Mello. Nesta ação de controle constitucional, o ministro relator informou que o caso jurídico em discussão é um instrumento totalmente válido

7 Para mais detalhes, é orientado o acesso ao seguinte endereço eletrônico: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>.

e apto para viabilizar o debate sobre políticas públicas e direitas sociais pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na Constituição Federal.

Além disso, foi decidido que deve ser dada plena efetividade aos direitos sociais, pois, caso isso não ocorra, estes mandamentos terão apenas caráter de promessa constitucional inconstitucional, tornando-se, assim, uma verdadeira fraude advinda do Poder Público para com a coletividade (BRASIL, 2004), que ficará apenas na expectativa de possuir direitos a uma vida minimamente digna.

Portanto, ficou explícito que, na hipótese dos governantes e do Poder Legislativo continuar sendo omissos, há de vislumbrar a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para resguardar o texto constitucional, bem como para dar mais eficácia a este, já que, nas próprias palavras do ministro Celso de Mello (BRASIL, 2004), “obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição”⁸.

Em 2016, o STF voltou a discutir sobre a temática em pauta no Recurso Extraordinário n.657.718, de Minas Gerais, em um caso de obrigação de fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA. A requerente, que sofria de hiperparatireoidismo, interpôs recurso suplicando pela entrega, por parte do Governo, do fármaco Mimpar 30mg (Cloridrato de Cinacalcete) durante todo o seu tratamento. Contudo, por conta da dificuldade, particularidade e importância nacional do caso, o ministro Teori Zavascki pediu vista dos autos, suspendendo o julgamento ⁹.

Posteriormente, em maio de 2019, apesar do falecimento da requerente, o processo continuou seu trâmite, já que foi reconhecida a repercussão geral

8 O inteiro teor do voto está disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>.

9 Os pormenores do julgamento estão disponíveis no seguinte endereço eletrônico: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>.

da matéria presente na ação. Nessa data, nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso, foi decidido que:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da Agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União. (BRASIL, 2019, *on-line*).¹⁰

O voto vencedor desse recurso extraordinário, ao restringir ao máximo o número de requisitos que limitam a obtenção de fármacos no Brasil, demonstra preocupação com o indivíduo que buscam medicamentos, ao informar que este somente poderá ter sua requisição farmacêutica respeitada se provar a segurança e eficácia plena do fármaco que tanto necessita. Ademais, a prescindibilidade de registro da Anvisa para o fornecimento de alguma droga médica, consoante o referido julgado, é uma inovação que auxilia no acato ao mínimo de direitos que todo cidadão tem.

Já o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede do Recurso Especial n. 1.682.973 ¹¹, do Rio de Janeiro, em 2017, ao julgar um caso no qual um cidadão que não podia arcar com os custos de fármacos, mais precisamente colírios que

10 Para detalhes: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-versa%CC%83o-final.pdf>.

11 Para mais detalhes, é orientado o acesso ao seguinte endereço eletrônico: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/589749133/recurso-especial-resp-1682973-rj-2017-0167357-7/-inteiro-teor-589749143>.

auxiliam no tratamento de glaucoma, explicitou o entendimento que restringe a distribuição de medicamentos aos seguintes requisitos, quais sejam:

- I - Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- II - Incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- III - Existência de registro na ANVISA do medicamento (BRASIL, 2017, *on-line*).

Após essa breve análise da atual jurisprudência pátria relativa à restrição de fornecimentos de fármacos, percebe-se que a orientação firmada no Recurso Extraordinário n. 657.718, do STF deve prevalecer em relação àquela estabelecida no Recurso Especial n. 1.682.973-RJ do STJ, pois neste último julgamento, apesar de os ministros julgadores mostrarem preocupação com a eficácia do medicamento, não está explicado como o requerente conseguirá comprovar o padrão de eficiência daquele remédio em sua saúde, como fez a Suprema Corte em sua decisão.

Ademais, no julgamento advindo do recurso extraordinário, a Suprema Corte entendeu como desnecessário o registro na ANVISA de um certo medicamento para que ele possa ser fornecido, caso haja mora por parte dessa agência reguladora, diferentemente da decisão advinda do Superior Tribunal de Justiça aqui mencionada.

Está evidente que o Poder Judiciário, principalmente o STF, interveio razoável e ponderosamente nesses casos concretos, dando prioridade para direitos relacionados à saúde, já que, além do mínimo existencial para conseguir viver com dignidade, na maior parte das circunstâncias o desrespeito a este direito social infere na própria sobrevivência do indivíduo.

Portanto, há de se ter cuidado ao limitar as políticas públicas relacionadas ao direito à saúde em cada seara dos Poderes estatais, pois estas restrições como as que decorrem do Poder Legislativo, podem violar, além de vários preceitos

constitucionais, o princípio da igualdade formal (DWORKIN, 2000, p. 50), ao fornecer fármacos a uma parcela da população e não dar o mesmo tratamento para a outra parte dessas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Saber até que ponto o Estado Social Democrático, alicerçado pelos direitos de segunda dimensão que outorgam direitos a prestações sociais, como a saúde, consegue diminuir as mazelas de um Brasil tão desigual e carente, é um questionamento demasiadamente importante, já que a desigualdade social e a falta de eficiência governamental para a distribuição de direitos mínimos para uma vida digna acarretam em problemas gerais que frustram o sonho de uma população de ter uma sociedade justa e livre, na qual a pobreza estará erradicada, conforme os objetivos da *Carta Cidadã*.

O desrespeito ao direito social à saúde dado pelo Poder Público, seja pela omissão dos governantes, ou pela criação de normas, ou por decisões judiciais que restringem a efetividade deste direito prestacional, motivou ainda mais a doutrina constitucional e a filosofia do direito a debaterem acerca das definições e dos limites do mínimo existencial relacionado a direitos intrínsecos a cada cidadão, bem como sobre a possibilidade financeira estatal em promover a eficiência de todos os direitos de segunda dimensão.

A problemática em pauta ficou ainda mais notória com o voto do ministro Celso de Mello, na ADPF n.45, quando afirmou que não pode deixar de arcar com as aplicações dos direitos fundamentais sociais sob a justificativa de falta de recursos para essas ações. Ademais, apesar dos Tribunais ainda limitarem a plena aplicabilidade do direito social aqui debatido, é notória a flexibilidade dada por esses às restrições advindas do Poder Legislativo ao fornecimento de fármacos no Brasil.

Os governantes, assim, devem colocar em prática, por intermédio de políticas públicas, todas as atividades necessárias para que os direitos de segunda

dimensão explicitados no texto constitucional possam ter total e plena aplicabilidade e eficácia, já que, como direitos fundamentais, cabe ao Governo provê-los, não admitindo, como argumento defensivo, a alegação genérica e inescapável da cláusula da reversa do possível para frustrar as pretensões relacionadas a este arcabouço normativo imprescindível ao Estado social.

Portanto, a plena aplicabilidade e eficácia do direito à saúde deve ser buscada, e os governantes não podem justificar os descasos relacionados a esta temática com base na possibilidade da falta de recursos financeiros, sem haver um mínimo de razoabilidade em suas argumentações. Essa proposição advém, primeiramente, do fato de que a *Carta Cidadã* prevê, explicitamente, em seu texto que os direitos fundamentais devem ter plena aplicabilidade, escancarando a face subjetiva destes.

Em segundo lugar, o Estado tem a função de financiar a aplicação de direitos sociais através de montantes arrecadados com a tributação de seu povo — que, na ponderação entre vários direitos debatidos em certo caso concreto, deve ser dada total preponderância ao que envolve o direito à saúde e à vida do indivíduo, pois, caso isso não ocorra, o Governo se valerá de uma prática utilitária, não respeitando, assim, o fundamento constitucional da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Editora Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. **Teorias dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BAHIA, Cláudio José Amaral; ABUJAMARA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Revistas dos Tribunais**, São Paulo,

v. 892, n. 10, p. 37 – 86, fev., 2010. Disponível: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016d0e08e4730ac56ff0&docguid=I795e4c20f25111dfab6f010000000000&hitguid=I795e4c20f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=94&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSummary=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 07 set. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, n. 1, p. 83-105, abr., 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em: 07 set. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43620>.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral da República**, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 89-114, jul./ dez., 2007. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuaacao-e-conteudos-deapoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 13 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. Lei n.8.080, de 19 de setembro de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. Lei n.6.360, de 23 de setembro de 1976. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 set. 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm. Acesso em: 24 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.45**. Ministro relator Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 8 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.657.718 - MG**. Ministro relator Marco Aurélio. Brasília, DF, 22 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.657.156 - RJ**. Ministro Relator Benedito Gonçalves. Brasília, DF, 25 de abril de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num_registro=201700256297&data=20180504&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.682.973 - RJ**. Ministro Relator Geraldo Og. Nicéas Marques Fernandes. Brasília, DF, 22 de maio de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/589749133/recurso-especial-resp-1682973-rj-2017-0167357-7/inteiro-teor-589749143>.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FURTADO, Emmanuel. Dignidade da pessoa humana e direitos humanos. *In*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros (coord.). **O respeito à dignidade da pessoa humana**. Fortaleza: IBDH/IIDH, 2015. p. 281-310. Disponível em: <http://ibdh.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Book-O-respeito-%C3%A0-dignidade-da-pessoa-humana.jpg.pdf>. Acesso em 25 abr. 2019.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Rio de Janeiro, n. 9, v. VII, p. 379- 97, dez., 2006. Disponível em: <http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>. Acesso em: 25 maio. 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Fernando Roberto Schnorr. Razoabilidade e teoria da reserva do possível como fundamentos para o controle jurisdicional de políticas públicas: uma análise a partir da teoria do discurso. **Revista Espaço Jurídico: Journal of Law [EJLL]**, Joaçaba, v. 17, n. 2, p. 587-606, mai./ago., 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18593/ejll.v17i2.9255>. Acesso em: 13 out. 2019.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas

públicas. **Revista Cadernos da Escola de Direito**, Paraná, v. 1, n.8, p. 89-104, jan./jul., 2008. ISSN: 1678-2933. Disponível em: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/694>. Acesso em: 13 out. 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARTINS, Urá Lobato. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 3, p. 310-330, dez., 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505/377>. Acesso em: 25 abr. 2020.

QUEIROZ, Vera Maria Corrêa; PRADO, Marina Almeida. O direito ao mínimo existencial e seus reflexos tributários e previdenciários. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 976, n. 50, p. 303-322, fev., 2017. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016dbc18ecfed78e1aca&docguid=I30a376a0d16511e6bd94010000000000&hitguid=I30a376a0d16511e6bd94010000000000&spos=1&epos=1&td=77&context=5&crumb-action=append&crumblabel=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 11 out. 2019.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista dos Tribunais (Revista de Direito do consumidor)**,

São Paulo, v. 61, n. 10, p. 90-125, jan./mar., 2007. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016da7899c86c1e2f367&docguid=If646f790418511e5b17b01000000000&hitguid=If646f790418511e5b17b0100000000000&spos=1&epos=1&td=1483&context=15&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 07 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) Humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. **Revista do CEJUR/TJSC**, Florianópolis, v. 01, n. 01, p. 29-44, dez., 2013. Disponível em: <http://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24>. Acesso em: 04 maio 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 24, n. 1, jul., 2008. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 07 set. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. **Democracia**: separação de poderes: eficácia e efetividade do direito à saúde no judiciário brasileiro. Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, n.1, p.29-49, jul.,1989. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>. Acesso em: 7 set. 2019.

ZILLÁ, Oliva Roma. Da farmacialização do judiciário: breves considerações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 270, n 1, p. 279–310, ago., 2017. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000016d0d1c4810a38b4efc&docguid=I4136f38066ba11e7b8f6010000000000&hitguid=I4136f38066ba11e7b8f6010000000000&pos=1&repos=1&td=1&context=5&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25 maio 2019.

SUBMETIDO: 02/02/2021

APROVADO: 05/04/2021

**O DISCURSO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE
O CONTROLE DA INCONSTITUCIONALIDADE POR
OMISSÃO: ANÁLISE SEMIÓTICA DA ARGUMENTAÇÃO
DESENVOLVIDA NO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 107**

***BRAZILIAN SUPREME COURT'S SPEECH ON THE CONTROL
OF UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION: SEMIOTIC
ANALYSIS OF THE ARGUMENTS DEVELOPED
IN THE WRIT OF INJUNCTION N. 107***

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio

Doutor e mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Coordenador da Pós-graduação da Escola da Advocacia-Geral da União. Vice Editor da Revista da Advocacia-Geral da União.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-7773-5169>

E-mail: henriquefulgencio@yahoo.com.br

Resumo

O presente artigo empreende análise semiótica do discurso apresentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Questão de Ordem suscitada no Mandado de Injunção nº 107, que se tornou o primeiro *leading case* do tribunal sobre os efeitos produzidos pelo Mandado de Injunção e pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. A partir da diferenciação entre as dimensões sintática, semântica e pragmática da semiose, objetiva-se descrever o estilo de argumentação empregado na decisão mencionada e reconstruir as operações linguísticas que caracterizam sua estrutura argumentativa. O estudo de caso realizado expõe a variedade de operações retóricas efetivadas pelo tribunal, cujo discurso segue um estilo “sistemológico” de argumentação, mas que não deixa de buscar apoio em estruturas pragmáticas e de manejar esquemas à maneira da tópica.

Palavras-chave: Mandado de Injunção. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Supremo Tribunal Federal. Análise semiótica. Sintática, semântica e pragmática.

Abstract

This article undertakes a semiotic analysis of the discourse presented by the Brazilian Supreme Court in the judgment of the Question of Order raised in the Writ of Injunction n. 107, which became the court's first leading case on the effects produced by the Writ of Injunction and the Direct Action of Unconstitutionality by Omission. From the differentiation between the syntactic, semantic and pragmatic dimensions of semiosis, the objective is to describe the style of argument used in the aforementioned decision and reconstruct the linguistic operations that characterize its argumentative structure. The case study carried out exposes the variety of rhetorical operations carried out by the court, whose discourse follows a "systemological" style of argumentation, but which does not fail to seek support in pragmatic structures and to handle schemes in a topical way.

Keywords: Writ of Injunction. Direct Action of Unconstitutionality by Omission. Brazilian Supreme Court. Semiotic analysis. Syntactic, semantic and pragmatic.

1 INTRODUÇÃO

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 promulgou uma Constituição de caráter dirigente (CANOTILHO, 1982), em que são contemplados diversos objetivos e tarefas cuja concretização demanda a atuação positiva do Estado. Essa configuração torna o constitucionalismo brasileiro "[...] dependente da atuação do Congresso Nacional na edição das leis ordinárias necessárias ao desenvolvimento dos programas alinhavados na Constituição" (BARROSO, 2004, p. 12-13), expondo a ordem constitucional ao risco de ineficácia e inefetividade (NEVES, 2011).

Para minimizar esse risco, o Poder Constituinte estabeleceu instrumentos processuais destinados a garantir a normatividade da Constituição contra o efeito erosivo decorrente da omissão estatal. No campo judiciário, a principal estratégia foi a de estender a possibilidade de questionamento das omissões estatais ao sistema de controle de constitucionalidade, mediante dois tipos de ações: o Mandado de Injunção (MI) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

A questão concernente à autoaplicabilidade ou não das normas constitucionais (SILVA, J., 2012) recaiu, reflexivamente, sobre o próprio MI. Em julgamento realizado no ano de 1989 (BRASIL, 1990), o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu questão de ordem que fora suscitada no Mandado de Injunção nº 107 (MI 107 QO) acerca da necessidade de regulamentação do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição como pressuposto para a utilização desse instituto processual. Nessa oportunidade, o tribunal não se limitou a avaliar a eficácia da norma constitucional referida, mas se dispôs a definir a natureza jurídica do MI, tendo estendido sua análise à controvérsia relativa aos efeitos decorrentes das decisões de procedência proferidas em sede de MI e de ADO.

Quanto a este tema, o STF decidiu que os institutos mencionados possuíam eficácia meramente declaratória e mandamental, de modo que se restringiam a declarar a ocorrência da omissão inconstitucional verificada e a cientificar o órgão público omissor para que tomasse as providências necessárias à sua eliminação. A minuciosa discussão ocorrida na MI 107 QO, reforçada pela unanimidade das conclusões alcançadas, fez com que esse julgado se tornasse o *leading case* sobre a eficácia das decisões proferidas em MI e ADO. As linhas básicas do posicionamento adotado nesse precedente prevaleceram na jurisprudência do STF por cerca de duas décadas e permanecem, até hoje, constituindo referência importante para o debate acerca dos efeitos que devem ser atribuídos às decisões proferidas em sede de MI e de ADO.

A relevância atribuída a referida decisão pela jurisprudência do STF e pela doutrina constitucionalista brasileira (BASTOS; MARTINS, 2000; BARROSO,

2012; CLÈVE, 2000; FERRAZ, 2004; MENDES, 2012; SILVA, J., 2011), a qual lhe ofereceu críticas reiteradas por considerá-la o motivo da inefetividade da ADO e do MI, justifica a realização de um estudo de caso que tenha por objeto o discurso judicial apresentado pelo STF no julgamento da MI 107 QO. Tomando como modelo de análise a obra intitulada “Semiótica do discurso jurídico”, de Waldemar Schrekenberger (1987), que examina as estruturas retóricas básicas da jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, o presente artigo objetiva descrever o estilo de argumentação empregado pelo STF na decisão mencionada e reconstruir as operações linguísticas que caracterizam sua estrutura argumentativa. Essa tarefa será empreendida com o apoio do modelo semiótico desenvolvido, fundamentalmente, por Charles W. Morris (1976) e utilizado como marco metódico de referência por Schrekenberger (1987) para distinguir entre as três dimensões da semiose: a sintática, a semântica e a pragmática.

O objeto da análise circunscreve-se à argumentação veiculada no voto condutor proferido pelo então ministro Moreira Alves no julgamento da MI 107 QO. Examinam-se, em especial, os argumentos que buscam definir os efeitos produzidos pelo MI a partir de sua conexão retórica com o princípio da separação de Poderes, previsto pelo artigo 2º, da Constituição, e com o instituto da ADO, disciplinado pelo artigo 103, § 2º, da Constituição. A análise propriamente dita do discurso desenvolvido na MI 107 QO, que constitui o objetivo central deste artigo, será precedida de esclarecimentos metódicos e conceituais destinados a facilitar a compreensão das categorias utilizadas na sequência.

2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Como dito, a referência teórica principal para a elaboração deste artigo corresponde à obra “Semiótica do discurso jurídico”, de Waldemar Schrekenberger (1987), que tem por tema central a análise das estruturas retóricas básicas da jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha. A análise efetuada por Schrekenberger serve de modelo e oferece o instrumental metódico

utilizado no presente artigo para a realização de exame semelhante acerca de aspectos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da MI 107 QO. Sendo assim, é oportuno reproduzir, nesta seção, alguns dos esclarecimentos metódicos e conceituais apresentados por Schreckenberger na introdução de seu livro, os quais serão acompanhados de considerações tomadas de obras de outros autores que constituem referências relevantes para o seu trabalho.

Schreckenberger se dispõe a empreender uma análise semiótica do discurso judicial do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, tendo como interesses fundamentais a indicação e a reconstrução explicativa das operações e regras linguísticas que compõem a estrutura geral de sua argumentação. Não se trata, portanto, de avaliar a adequação do discurso do tribunal em relação a determinadas regras lógicas ou critérios de racionalidade e objetividade. O autor parte da concepção de que a linguagem e a ação estão em conexão estreita, de modo que os momentos que conduzem à criação e utilização dos signos são fundamentais para a explicação dos fenômenos linguísticos. Os signos apresentam-se, então, como esquemas de ação que podem ser formados ou utilizados de acordo com regras explícitas ou implícitas; juntamente com as diretivas que estabelecem as referências funcionais para sua formação e uso, os signos constituem a estrutura semiótica.

Em consonância com essa concepção linguística básica, Schreckenberger define “esquema linguístico” ou, abreviadamente, “esquema” como sendo uma ação linguística, disponível em geral. Em sentido específico, “esquemas de argumentação” corresponderiam a expressões disponíveis com função retórica de argumentação ou, ainda, a signos para as regras da criação de referências argumentativas, ao passo que “esquemas diretivos” seriam signos para as diretivas relacionadas à criação de referências de esquemas, ou seja, de outras ações linguísticas.

Como se nota, o autor considera, em sua análise, uma forma de argumentação jurídica dotada de estrutura metateórica, em que os esquemas da

linguagem jurídica se posicionam em diferentes níveis. Concebem-se, portanto, esquemas que funcionam como codificações dentro de uma codificação. Desse tipo seriam, por exemplo, as diretivas que se dirigem às instâncias da atividade jurídica responsáveis por proporcionar novas diretivas, sobretudo a instância legislativa: aquelas são chamadas de metadiretivas, situadas em um metanível que proporciona regras para a competência de direção do legislador, ao passo que as diretivas de ação que se dirigem de forma imediata aos indivíduos ou grupos de indivíduos, sem a mediação de outras instâncias da atividade jurídica, pertencem ao primeiro nível pragmático.

A admissão de níveis pragmáticos diferentes e de regras de criação e uso de signos linguísticos desvela, segundo o autor, a aparência de objetividade dos conceitos e argumentos manejados no discurso jurídico. Essa percepção é propiciada pela concepção retórica da linguagem, que, ao explicitar os limites dos modelos sintáticos e conferir papel decisivo aos momentos operativos da criação e utilização dos signos, suscita a diferenciação entre as funções desempenhadas pelos signos linguísticos. Tomando como marco metódico de referência o modelo semiótico desenvolvido por Charles W. Morris (1976), Schreckenberger distingue entre três dimensões ou funções semióticas, as quais são descritas da seguinte maneira:

La “dimensión sintáctica” designa el uso de los signos en relación con otros signos del mismo contexto lingüístico; la “dimensión semántica”, en relación con los datos de la experiencia o con otros objetos a los cuales es aplicable el signo. La “dimensión pragmática” designa el contexto comunicativo, especialmente el uso del signo en relación con quienes lo utilizan y participan en el proceso de comunicación. (SCHRECKENBERGER, 1987, p. 22).

A diferenciação apresentada por Morris (1976) na obra intitulada “Fundamentos da teoria dos signos” oferece, segundo Schreckenberger, os principais aportes heurísticos e críticos para a realização da análise semiótica pretendida.

Conforme este autor esclarece, as distintas dimensões semióticas são abstrações do processo semiótico para fins analíticos, significando diferentes funções dos signos e diversos graus de liberdade em sua utilização.

Embora reconheça preeminência à pragmática, enquanto marco de referência para o processo comunicativo que se desenvolve situacionalmente, Schreckenberger salienta que a linguagem cumpre diversas funções retóricas na situação comunicativa, de modo que nenhuma delas pode pretender para si uma propriedade geral. A sintática e a semântica proporcionam informações importantes, mas, apenas no contexto pragmático, que abarca a totalidade de fatores e premissas contextuais que constituem o uso de um signo, é que se pode determinar a função prevalecente.

De modo semelhante, Viehweg (1979) alude às fórmulas conceituais da semiótica elaborada, fundamentalmente, por Morris para distinguir entre os aspectos sintáticos, semânticos e pragmáticos de um modo de falar. Em suas palavras, “sintaxe é entendida aqui como a conexão de signos com outros signos; semântica, como a conexão de signos com objetos, cuja designação é assertada; e pragmática como a conexão situacional, na qual os signos são utilizados pelos seus respectivos partícipes.” (VIEHWEG, 1979, p. 101).

Em texto escrito na década de 1970, Viehweg (1979, p. 103) salienta o emprego dessas fórmulas conceituais pela teoria retórica da argumentação desenvolvida à época, que, em contraste com o relevo convencionalmente conferido ao aspecto sintático-semântico, pretendia enfatizar a situação pragmática como situação-base, de modo a retratar todos os produtos do pensamento a partir de sua origem situacional, “[...] com a qual tem a ver, em primeiro plano, a tópica como *ars inveniendi*.” A inversão de ênfase proposta nos quadros dessa retórica renovada propiciaria, no campo jurídico, a retomada do pensamento situacional e pragmático, que objetiva esclarecer o processo de construção intelectual desenvolvido na situação discursiva, a partir da percepção da insuficiência das dimensões sintáticas e semânticas para a reflexão acerca do discurso.

Viehweg rejeita, notadamente, o ideal moderno de formalização radical do direito em um sistema axiomático, destinado a produzir decisões unívocas de conflitos através de deduções lógicas. Para o autor, tal concepção simplificadora e enganosa desconsidera que, aquilo que é considerado como justo em determinado caso, não decorre do emprego das regras sintáticas de um rigoroso método lógico-dedutivo ou do significado semântico de um texto jurídico captado de forma definitiva; trata-se, de modo diverso, de algo que se aceita como justo, ou seja, que é construído como tal na situação discursiva de busca de entendimento mútuo, em “[...] um procedimento que não se baseia em afirmações pré-fixadas, mas que gira em torno de sua descoberta e da sua fixação. [...] *Heuresis* ou *inventio* é o que o põe em movimento.” (VIEHWEG, 1979, p. 104).

Como se nota, as três funções semióticas mencionadas por Viehweg e Schreckenberger são por eles descritas de maneira abreviada. A distinção entre tais dimensões é esclarecida de maneira mais detalhada por Charles W. Morris (1976) na obra já referida, em que se baseiam as considerações que se seguem nesta seção.

Morris define a semiose como o processo em que algo funciona como um signo. De acordo com uma tradição que remonta aos gregos, compreende-se que esse processo envolve três ou quatro fatores: o “veículo sígnico”, ou seja, aquilo que atua como um signo; o “*designatum*”, que corresponde àquilo a que o signo se refere; e o “interpretante”, que é o efeito sobre um intérprete em virtude do qual a coisa em questão é considerada como um signo. Além desses, o intérprete pode ser considerado como um quarto fator.

Não obstante a unidade da semiose, seu estudo pode ser realizado a partir da consideração de relações que não levam todos os fatores mencionados em conjunto. Chama-se de “semântica” o estudo da “dimensão semântica” da semiose, que considera as relações dos signos com os objetos aos quais eles são aplicáveis; já a relação dos signos com os intérpretes corresponde à “dimensão pragmática” da semiose e seu estudo é denominado de “pragmática”; por fim, o autor destaca a “dimensão sintática” da semiose, concernente à relação formal

dos signos entre si e que constitui o objeto de estudo da “sintaxe”. A sintaxe, a semântica e a pragmática são ramos subordinados da “semiótica”, que consiste na “ciência” da semiose, ou seja, na linguagem para falar acerca de signos.

As dimensões referidas são, portanto, aspectos de um processo unitário, mas que pode receber enfoques diferentes. Nessa linha, a sintaxe negligencia propositalmente as relações dos signos com os objetos e intérpretes para se concentrar na estrutura da linguagem, ou seja, na análise dos signos e das combinações entre signos regidas por regras sintáticas, que correspondem às regras de formação e de transformação de proposições, responsáveis por determinar os modos pelos quais os utilizadores de determinada língua podem combinar signos ou derivá-los uns dos outros.

Por sua vez, a semântica ocupa-se da relação dos signos aos seus *designata* e, desse modo, aos objetos ou situações que denotam ou podem denotar. Essa correlação entre signos e *designata* observa regras semânticas de uso, que determinam sob que condições um signo é aplicável a um objeto ou situação. De acordo com Morris (1976, p. 41), “o signo tem uma dimensão semântica na medida em que haja regras semânticas (não interessa se formuladas ou não) que determinem a sua aplicabilidade a certas situações sob certas condições.”

Já a pragmática tem por objeto a relação dos signos com os intérpretes. Essa dimensão trata dos aspectos bióticos da semiose, abrangendo todos os fenômenos psicológicos, biológicos e sociológicos que ocorrem no funcionamento dos signos. Nas palavras de Morris (1976, p. 58), “o estabelecimento das condições sob as quais são usados os termos até o ponto em que estas possam ser formuladas como regras sintáticas e semânticas, constitui as regras pragmáticas para os termos em questão.”

A caracterização completa de determinada língua depende do fornecimento das regras sintáticas, semânticas e pragmáticas que governam os veículos sígnicos. Por sua vez, a semiótica ocupa-se, fundamentalmente, do caráter unitário da semiose e enfatiza as inter-relações existentes entre tais dimensões, que não são objeto de estudo pelas disciplinas específicas. De acordo com Morris, nenhuma das disciplinas específicas é capaz de definir a si própria, pois:

A sintaxe fala de regras de formação e de transformação, mas as regras são modos possíveis de comportamento e envolvem a noção de intérprete; *regra* é, portanto, um termo pragmático. A semântica se refere explicitamente apenas àqueles signos que designam objetos ou situações, mas tal relação não existe sem as regras semânticas do uso, e assim ainda uma vez a noção de intérprete está implicitamente envolvida. A pragmática trata diretamente apenas dos signos como interpretados, mas o *intérprete* e o *interpretante*, não podem ser definidos sem o uso do *veículo do signo* e o da *designatum* – de forma que todos esses termos são estritamente semióticos. (MORRIS, 1976, p. 81).

Como se nota, Morris considera que as regras sintáticas e semânticas, como formulações verbais de hábitos de utilização dos signos, são formadas sobre um pano de fundo pragmático. Já a pragmática pressupõe tanto a sintática, como a semântica, pois a discussão adequada sobre a relação dos signos e dos seus intérpretes depende do conhecimento da relação dos signos entre si e da relação destes com as coisas que referem aos intérpretes. A semântica, a seu turno, também pressupõe a sintaxe, uma vez que a regra semântica de uso estabelece o significado de um signo pela sua utilização em relação a outros signos, o que implica a ocorrência de relações sintáticas.

Por fim, Morris salienta que as línguas podem variar quanto ao grau de complexidade de sua estrutura, ao âmbito de coisas que designam e aos fins a que são adequadas. Ao passo que as línguas naturais, tais como o português, o inglês e o francês, são línguas universais, em que tudo pode ser representado, a humanidade tem desenvolvido linguagens especiais para atingir objetivos determinados mediante a acentuação de algumas de suas funções semióticas. Assim, a matemática e a lógica formal ressaltam a estrutura formal e a inter-relação dos termos de uma linguagem; a linguagem da ciência empírica é considerada conveniente para a descrição precisa da natureza, de modo a exprimir a verdade; e a linguagem da moral é especialmente adaptada ao controle do comportamento.

Nenhuma dessas linguagens descarta qualquer das dimensões semióticas, mas enfatiza alguma delas em relação às demais.

Diante dos apontamentos feitos na presente seção, passa-se, na sequência, ao exame do discurso veiculado pelo STF no julgamento da MI 107 QO. A pretensão, como dito, é de realizar análise semiótica capaz de descrever o estilo de argumentação empregado pelo tribunal em tal julgado e de reconstruir as operações linguísticas que compõem sua estrutura argumentativa.

3 ANÁLISE DO DISCURSO DESENVOLVIDO NO JULGAMENTO DA QUESTÃO DE ORDEM NO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 107

3.1 Interpretação conferida ao Mandado de Injunção a partir de sua conexão com o princípio da separação de Poderes

Com o propósito de identificar os efeitos produzidos pelo Mandado de Injunção, o STF supõe que o instituto possui determinada “natureza” ou “índole”, a qual, caso fosse desvendada, permitiria superar a dificuldade derivada do silêncio do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição. Esse dispositivo constitucional não prevê expressamente os efeitos decorrentes da providência jurisdicional proferida em sede de MI, mas se limita a dispor que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.” (BRASIL, 1988).

Para construir um regramento judicial que supra a lacuna desse artigo da Constituição, o tribunal se dispõe a extrair a natureza do MI a partir dos demais textos constitucionais relacionados ao instituto. A esse respeito, o ministro Moreira Alves afirma, logo no início do voto condutor por ele proferido no julgamento da MI 107 QO, o seguinte:

[...] é indispensável que se determine, inicialmente, sua natureza jurídica em face, exclusivamente, dos textos constitucionais que se referem

ao mandado de injunção, certo como é que a legislação infraconstitucional que vier a ser editada com relação a ele terá de conformar-se, sob pena de inconstitucionalidade, com a natureza jurídica que lhe deu o texto constitucional. (BRASIL, 1990, p. 28).

A busca pela definição da natureza do MI tem como ponto de partida a apresentação das “[...] duas orientações básicas que têm sido defendidas” (BRASIL, 1990, p. 31) pela doutrina constitucionalista brasileira acerca da matéria. De acordo com a primeira delas, o MI destinar-se-ia a propiciar uma decisão que apenas declarasse a ocorrência da omissão inconstitucional, a fim de que a entidade, autoridade ou órgão omissor adotasse as providências necessárias à sua eliminação. Já a segunda posição era no sentido de que uma decisão de procedência em MI deveria ser uma sentença constitutiva em favor do autor, que veiculasse a regulamentação necessária para o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa mencionados no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição.

De acordo com Moreira Alves, a segunda orientação possuía algumas variantes. A primeira decorria de uma divergência relativamente ao momento em que deveria ser aplicada a regulamentação veiculada pela decisão: enquanto alguns juristas defendiam que o MI deveria ordenar ao réu que aplicasse ao autor as regras definidas no MI, outros sustentavam que o MI deveria ter um caráter constitutivo (regulando a matéria), mas não mandamental (ordenando o imediato cumprimento). A segunda variante se referia aos limites da eficácia do julgado proferido: debatia-se se a regulamentação expedida deveria ter eficácia restrita às partes do processo ou se ela seria extensível a todas as pessoas em situação idêntica à do impetrante.

A argumentação do STF inicia-se, portanto, pela apresentação de pontos de vista que fornecem propostas de solução para o problema enfrentado, as quais foram admitidas pragmaticamente pelo tribunal sob a alegação de que eram usualmente defendidas à época do julgamento. Essas propostas surgem, na expressão de Viehweg (1979), à maneira da tópica, funcionando como meios auxiliares que proporcionam um entendimento preliminar necessário à discussão do problema.

As considerações inicialmente veiculadas pelo ministro Moreira Alves dão a impressão de que seu voto seguirá um estilo de argumentação problemológico, em que, na definição de Schreckenberger (1987), a dimensão pragmática da análise do problema passa ao primeiro plano. Entretanto, a ênfase atribuída ao problema e à busca pragmática de sua solução cede “espaço”, na sequência do voto em exame, a um modo de falar sistemológico: em vez de se basear em critérios de preferência obtidos ou criados situacionalmente, o tribunal pretende depreender a resposta adequada para referido problema a partir, especialmente, da elucidação do significado que o sistema constitucional confere ao MI, levando em consideração sua conexão com os demais esquemas integrantes da sintaxe geral da Constituição.

O tribunal se propõe, assim, a efetuar uma interpretação objetiva acerca do MI, que se balize, exclusivamente, pelos textos constitucionais que se referem ao instituto, alegando não se afastar da sintaxe constitucional. Ao mesmo tempo, assevera que o legislador constitucional, ao redigir o texto da Constituição, teria respeitado o princípio da separação de Poderes, o qual teria particular relevo no sistema constitucional em vigor. O STF vincula o *status* qualificado atribuído a esse princípio à sua condição de cláusula pétrea, ou seja, de norma imune ao Poder Constituinte reformador.

Nota-se, portanto, que, na interpretação do MI, o STF não pretende restringir sua análise a uma interpretação semântica da disposição constitucional particular referente ao instituto, mas estende, desde logo, a base de sua argumentação ao considerar que o artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição encontra-se em conexão com as demais normas constitucionais.

O STF desenvolve, então, o que Schreckenberger (1987, p. 267) denomina de modelo sistemológico de argumentação, “[...] *caracterizado por el hecho de que, a través de una retórica holística fundamental, la argumentación remite a un contexto retórico total del campo de argumentación*”. Esse modelo envolve a utilização de esquema holísticos, ou seja, de expressões metateóricas que contêm regras para a introdução e manejo de argumentos em um campo geral

de argumentação, o qual contempla a totalidade das operações argumentativas. Por meio desses esquemas gerais, constrói-se uma sintaxe geral da Constituição ordenada sistematicamente.

O estilo holístico de argumentação possibilita, em lugar de uma interpretação semântica de textos individuais, que se confira ênfase aos esquemas gerais que possibilitam a definição de um alcance semântico universal da sintaxe constitucional. Ademais, a retórica holística exerce a função pragmática de identificação do campo de argumentação, a partir do contraste com elementos que não o integram.

No julgamento da MI 107 QO, o STF menciona, de forma reiterada, que sua decisão se baseia, exclusivamente, nos textos constitucionais relacionados ao MI. Desse modo, o tribunal pretende delimitar o campo de argumentação em que atua, com a suposta exclusão de tudo quanto não estiver expresso nos próprios textos, a exemplo das opiniões da doutrina ou preferências subjetivas dos julgadores que não tenham sido positivadas, utilizando-se de forma de argumentação que guarda proximidade semântica com a doutrina do chamado positivismo jurídico. A expressão “textos constitucionais” funciona, portanto, como regra operativa que decide acerca da admissibilidade dos argumentos utilizados na situação comunicativa de decisão, servindo de critério que restringe pragmaticamente a competência retórica do próprio tribunal.

Além disso, por considerar que a interpretação semântica pontual do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição seria insuficiente para resolver a questão, o STF utiliza o esquema holístico “sistema” como esquema central da sintaxe geral da Constituição, que engloba a totalidade de argumentações possíveis acerca das normas constitucionais. Esse sistema corresponderia a um conjunto de textos constitucionais que guardariam compatibilidade entre si, sendo que alguns desses textos conteriam esquemas especialmente relevantes. A exigência de compatibilidade – segundo a qual toda disposição constitucional deve ser interpretada de modo que seja coerente com os princípios elementares essenciais – pressupõe uma sintaxe da Constituição formada de acordo com certas

regras, a qual abrange tanto diretivas com função dogmático-constitucional, como metadiretivas que dirigem a utilização dessas diretivas.

Na busca do mencionado alcance semântico universal da sintaxe constitucional, o STF confere relevo ao princípio da separação de Poderes, que, na decisão em exame, é posto em conexão pragmática com os princípios democrático e da legalidade, bem como é compreendido como um elemento fundamental constitutivo do esquema holístico “sistema”. Nos termos do voto condutor do julgado referido:

[...] o sistema constitucional vigente [...] deu particular relevo à separação de Poderes (arts. 2º e 60, § 4º, III), [...] continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II), e que, também, atento ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição [...]. (BRASIL, 1990, p. 34-35).

Ao princípio da separação de Poderes é conferida uma hierarquia qualificada, de modo que deve ser observado e aplicado na interpretação de disposições constitucionais específicas. A atribuição de relevância a esse princípio é assumida pragmaticamente: embora o STF pretenda extrair essa condição retórica especial de sua inclusão no rol de cláusulas pétreas, ou seja, do próprio texto constitucional, o tribunal lhe confere, ao mesmo tempo, o *status* de uma norma que vinculou e balizou o Poder Constituinte originário, que lhe devia respeito e observou seu conteúdo ao instituir o MI e a ADO. Veja-se, a propósito, o seguinte excerto da decisão em exame:

Aliás, do exame da evolução dos trabalhos da Constituinte, verifica-se, claramente, que não se deu ao Supremo Tribunal Federal – e o mesmo motivo é bastante para não dá-lo a quaisquer juízes e Tribunais em mandado de injunção que visasse à regulamentação extensível em casos análogos – o poder de legislar, ainda que provisoriamente, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão em respeito

ao princípio da separação dos Poderes, que, na Constituição atual, foi incluído entre os princípios imunes ao poder de revisão (artigo 60, § 4º, III). (BRASIL, 1990, p. 34).

Desse modo, embora o princípio da separação de Poderes seja apresentado como esquema integrante da sintaxe constitucional, ele é manejado, ao mesmo tempo, como se estivesse fora da Constituição e fosse prévio à ordem constitucional. O princípio da separação de Poderes é situado, portanto, em diferentes âmbitos retóricos.

A assunção pragmática do princípio da separação de Poderes como sendo um esquema pré-constitucional escapa aos limites do alcance semântico do texto constitucional e se dirige ao contexto da teoria do direito e da teoria política. O STF estende o campo de argumentação, pragmaticamente, a argumentos teóricos vinculados a uma concepção liberal de Estado que é típica, na linguagem especializada do direito e da política, do jusnaturalismo que está na origem, por exemplo, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (FRANÇA, 1789), em que o princípio da separação de Poderes é concebido como condição de existência da Constituição em determinada sociedade, sendo, portanto, imposição que vincula o próprio exercício do Poder Constituinte.

A ambivalência do princípio da separação de Poderes também é observada em razão da pretensão do STF de, a partir exclusivamente dos textos constitucionais relacionados ao MI, em que se inclui o artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição, identificar a “natureza” desse instituto. Como se nota, o STF inclui o princípio da separação de Poderes na sintaxe geral da Constituição, mantendo, nessa condição, relações sintáticas e semânticas com o MI e com a ADO. Simultaneamente, a busca de uma suposta essência do MI, obtida a partir desse princípio, transfere a separação de Poderes à posição de ideia geral que vincula o Poder Constituinte a partir de uma imagem pré-constitucional, tomada como horizonte de compreensão pertencente à dimensão pragmática do texto.

O STF atribui ao princípio da separação de Poderes mais de uma função retórica, o que, se lhe proporciona um ganho argumentativo, também implica consideráveis deficiências semióticas, uma vez que “[...] *el status retórico y las funciones comunicativas de un esquema [...] no pueden ser arbitrariamente modificadas o arbitrariamente combinadas, total o parcialmente, con otro status*” (SCHRECKENBERGER, 1987, p. 232). Na decisão em análise, a argumentação do tribunal conduziria, nas palavras de Schreckenberger (1987, p. 126), ao seguinte dilema: “*el dato semiótico obtiene su status privilegiado como principio [...] en virtud de su función pragmática em el texto, pero, en ese caso, no pertenece a la sintaxis de la Constitución. Si es elemento de la sintaxis de la Constitución, pierde entonces su status retórico privilegiado*”. Trata-se, segundo o autor, de uma contradição retórica que debilita o valor de convicção da argumentação.

Ressalte-se, também, que, assim como a referência à ideia de “sistema”, a utilização da metáfora da “natureza” do MI desencadeia relações afetivas que se verificam na dimensão pragmática do uso do signo. Essa forma de falar metafórica e ontologizante, que se vale de expressões relacionadas a estruturas objetivas e previamente dadas do mundo empírico para caracterizar a função retórica de esquemas jurídicos, revela a importância atribuída pelo tribunal à argumentação que desenvolve, mas constitui, também, uma referência pragmática às dificuldades argumentativas com as quais o STF se depara.

Sob a aparência de que exerce uma atividade de interpretação objetiva, o emprego dessas expressões permite ao STF abreviar sua argumentação, dificultar o controle a respeito do subjetivismo envolvido em sua realização e, além disso, desvincular o MI das condições históricas de sua criação. De fato, embora seja reiterada a afirmação, durante os trabalhos da Constituinte de 1987-1988 (BRASIL, 1987), de que tal instituto deveria servir à implementação de direitos sociais, o STF conferiu-lhe interpretação que o vincula à concepção tipicamente liberal-burguesa da separação de Poderes.

Foi a partir dessa compreensão semântica acerca da separação de Poderes que o STF pretendeu suprir a lacuna observada a respeito dos efeitos produzidos pelo MI. A diretriz criada pelo STF, embora não estivesse expressa na Constituição, foi concebida como parte integrante da sintaxe geral da Constituição, por ser derivada do sistema que tem na separação de Poderes um de seus princípios destacados. Nota-se, assim, que se atribui a referido esquema a capacidade de gerar signos faltantes, o que Schreckenberger denomina de fecundidade gerativa.

Como se nota, a argumentação apresentada pelo STF oferece uma combinação de operações semânticas e pragmáticas: o princípio da separação de Poderes é compreendido tanto como esquema diretivo integrante da sintaxe constitucional, quanto como metaindicação que proporciona, para a jurisprudência, prescrições semânticas de interpretação para o manejo das diretivas constitucionais específicas e para a criação de codificações judiciais. A função heurística referida por último inclui a possibilidade do preenchimento de lacunas pelo tribunal, como forma de fazer valer o alcance semântico do princípio da separação de Poderes, ou seja, de criar a compatibilidade retórica entre esse esquema geral e o esquema particular relativo ao MI.

Ao atribuir função ambivalente ao princípio da separação de Poderes, cuja situação oscila entre a pragmática e a sintaxe da Constituição, o STF criou um marco metateórico de argumentação que supera em muito o alcance sintático e semântico dos textos constitucionais.

Assim, a referência expressa à inclusão do princípio da separação de Poderes no rol de cláusulas pétreas serve não apenas para justificar a atribuição ao princípio de uma condição retoricamente significativa, como também funciona como apoio heurístico para a aceitação de um direito constitucional estruturado de acordo com diferenças de hierarquia. Ao princípio mencionado, o STF reconhece o *status* de metadiretiva que mantém relações sintáticas e semânticas com as diretivas jurídicas que lhe são hierarquicamente vinculadas, tais como as disposições constitucionais que versam sobre os efeitos produzido

pela ADO e pelo MI. Nas operações de interpretação e complementação dos textos constitucionais referentes a esses institutos, tem lugar a aplicação da norma metajurídica referida.

A função metajurídica conferida ao princípio constitucional contribuiu, por um lado, para reforçar a autoridade da decisão em exame, ao vinculá-la a um direito pretensamente superior, retoricamente destacado; por outro, serve, também, de ameaça à legitimidade do Poder Constituinte e do próprio STF para alterar o texto constitucional e sua interpretação a respeito da ADO e do MI.

Destaca-se, desse modo, a ênfase na dimensão pragmática da referência feita pelo STF ao rol de cláusulas pétreas. A concepção do princípio da separação de Poderes como diretiva de nível hierárquico superior e como óbice para o desempenho de funções normativas pelo Poder Judiciário foi situacionalmente decisiva para o julgamento da MI 107 QO, mas foi abandonada em decisões posteriores do STF (BRASIL, 2008).

Note-se, ainda, que, além de divergir de decisões posteriores do STF, o julgado em análise apresenta inconsistência interna relacionada ao tema das funções normativas desempenhadas pelo Poder Judiciário, o que também debilita sua força persuasiva. É que o tribunal desenvolve sua argumentação no sentido de que o “conteúdo” do princípio da separação de Poderes impediria o Judiciário de suprir as omissões inconstitucionais. Entretanto, para chegar a essa conclusão, o próprio STF precisou suprir a lacuna do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição acerca dos efeitos produzidos pelo MI, embora alegue ter se limitado a desvendar a natureza do instituto, que já estaria implícita nos textos constitucionais a este relacionados.

De qualquer modo, observa-se que o STF pretende estabelecer uma conexão implicativa entre o “conteúdo” do esquema geral da separação de Poderes e a solução proposta para o suprimento da lacuna relativa ao MI. Ao sustentar, por exemplo, que “essa solução [...] é, sem dúvida alguma, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente [...]” (BRASIL, 1990, p. 34) e que solução diversa encontraria “[...] óbices constitucionais intransponíveis [...]” (BRASIL,

1990, p. 35), o STF intenta dar a impressão de que sua conclusão surge de maneira logicamente obrigatória das regras de uso semântico do princípio mencionado, que seria dotado, portanto, de um grau suficiente de operacionalidade semântica.

No entanto, o “conceito” de separação de Poderes não é semanticamente preciso como o apresenta o STF, podendo se referir a modelos de organização política muito diferenciados. A referência, por si só, ao princípio referido, sem o auxílio adicional de interpretação, não possibilita a obtenção de um enunciado acerca do seu alcance semântico. Na decisão em exame, o STF, a partir da conexão pragmática estabelecida com os princípios da legalidade e da democracia, confere ao princípio da separação de Poderes um significado semântico que o aproxima das teorias constitucionais e de Estado liberal-burguesas no sentido clássico¹, sendo esse o parâmetro utilizado para suprir a lacuna verificada em relação ao MI.

A referência semântica realizada pelo STF sugere, portanto, que os argumentos utilizados no julgamento em exame seriam exclusivamente tomados do contexto da sintaxe constitucional ou, nas palavras restritivas do tribunal, dos “textos constitucionais”, que permitiriam a obtenção de conclusões logicamente resultantes de esquemas destacados e revestidos de valor de uso sintático. Não obstante, o esquema holístico “sistema” não se limita a propiciar o estabelecimento de conexões retóricas entre as partes constitutivas do texto constitucional, mas participa da construção de um campo de argumentação que vai muito além das relações sintáticas e semânticas entre os esquemas da sintaxe da Constituição.

Assim, o STF pretende apresentar o princípio da separação de Poderes como sendo uma ideia geral que vincula o próprio Poder Constituinte e como

1 Saliente-se que a própria ideia de controle judicial de constitucionalidade está desvinculada da concepção originária de separação de Poderes, tomada de Montesquieu (2010). A esse respeito, Karl Loewenstein (1976) afirma que a atribuição ao Poder Judiciário de competência para invalidar atos normativos somente foi possível após significativa transformação da concepção inicial de separação de Poderes, de acordo com a qual a função judicial deveria se limitar a executar a decisão política e não se estender às outras duas funções, isto é, à tomada da decisão política e ao centro político.

uma proposição destacada do sistema constitucional, com conteúdo semântico definido e capaz de gerar, a partir de regras sintáticas, a normatização logicamente adequada para suprir a lacuna do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição, a qual já estaria implícita no princípio mencionado. Não obstante, conforme se sustenta na subseção seguinte, a concepção de separação de Poderes assumida pelo STF funciona, mais propriamente, como um *topos* que, juntamente com outras regras heurísticas e prescrições de interpretação admitidas situacionalmente, guia a atividade de interpretação e de codificação judicial empreendida na decisão em exame a respeito do MI.

3.2 Interpretação conferida ao Mandado de Injunção a partir de sua conexão com o instituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A argumentação apresentada pelo STF no julgamento da MI 107 QO sugere, como visto, que a sintaxe geral da Constituição corresponde a um “sistema” estruturado de acordo com regras sintáticas gerais e composto por esquemas semanticamente definidos. A atribuição dessa propriedade ao sistema constitucional permitiria ao tribunal extrair constatações “inequívocas”, “indiscutíveis”, “claras” e “logicamente decorrentes” dos textos constitucionais.

Ao utilizar as expressões destacadas para caracterizar as conclusões obtidas na decisão em exame, o STF adere a um estilo argumentativo apoiado sintaticamente, que pressupõe a existência de conexões dedutivas entre os signos integrantes do sistema constitucional, no qual os princípios são manejados como esquemas destacados. O tribunal pressupõe, portanto, que a sintaxe geral da Constituição constitui um sistema semiótico hierarquizado, dotado de uma estrutura metateórica composta por regras sintáticas fixas e que atende às exigências sintáticas da completude e da compatibilidade entre seus signos.

Não se trata, entretanto, de uma estrutura lógico-formal elaborada de modo rigoroso. As regras sintáticas que o STF supostamente utiliza não estão explicitadas no julgamento examinado, no qual também não se observa

a adoção de um procedimento único, de utilização necessária, para o manejo dos esquemas envolvidos.

Com efeito, para obter a conclusão, supostamente lógica e indiscutível, de que o Poder Judiciário não pode exercer função normativa ao julgar procedente o MI, o STF não empregou, isoladamente, determinado procedimento “lógico”, mas utilizou vários critérios de interpretação combinados, os quais, em princípio, poderiam conduzir a conclusões distintas. A conexão retórica estabelecida entre o artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição e o princípio da separação de Poderes, da qual o STF extraiu a necessidade de manejar o MI de modo a torná-lo compatível com referida proposição destacada, não foi considerada suficiente pelo tribunal para sustentar sua decisão. Para reforçar o valor de convicção de sua argumentação, o STF também conectou o MI, pragmaticamente, ao instituto da ADO e aos textos constitucionais a este relacionados.

A ausência de um procedimento necessário, composto por regras sintáticas explícitas, acerca do uso dos esquemas constitucionais significa, de acordo com Schreckenberger, que a constatação de conexões semânticas entre os esquemas sintaticamente vinculados está exposta ao perigo da interpretação subjetiva. Nas palavras do autor, “*un procedimiento con reglas para el uso retórico de los signos que prevén coordinaciones semánticas variables, conduce a considerables dificultades en un sistema lógico y sintácticamente estructurado, que exige coordinaciones semánticas unívocas e invariables.*” (SCHRECKENBERGER, 1987, p. 190). Assim, a estrutura argumentativa construída sistemologicamente tem como pressuposto irrenunciável a compatibilidade retórica dos esquemas argumentativos, a qual inibe as infrações sintáticas e as discrepâncias semânticas que perturbam a unidade da linguagem ao possibilitar que as operações semióticas se realizem em conformidade com regras definidas, de modo que as questões sejam solucionadas com independência do contexto.

Essas considerações iniciais são relevantes para a análise da argumentação exposta no julgamento da MI 107 QO no que diz respeito à conexão retórica estabelecida pelo STF entre os institutos da ADO e do MI. A partir desses apontamentos prévios, não se pretende averiguar se o STF realmente procedeu

de acordo com regras lógicas ou se cometeu erros lógicos, mas se busca ressaltar que a retórica sistemológica empregada pelo tribunal também é apoiada por estruturas pragmáticas, de modo que o uso sintático de signos está conectado a operações pragmáticas.

Quanto à ADO, o STF buscou, inicialmente, definir os efeitos produzidos pelo instituto a partir de uma interpretação semântica extraída do exame específico ou pontual do texto do artigo 103, § 2º, da Constituição, segundo o qual “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.” (BRASIL, 1988). Por entender que o teor expresso dessa disposição seria suficiente para explicitar os efeitos decorrentes da decisão proferida em sede de ADO, o STF não considerou necessário investigar a “natureza” do instituto para esse fim, o que se justificava em relação ao MI dado o suposto caráter lacunar do texto do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição.

Desse modo, o STF pretendeu conferir ao artigo 103, § 2º, da Constituição um conteúdo semântico geral, ou seja, que não se limitasse ao alcance pragmático do caso, a partir da literalidade dessa disposição. A referência à “natureza” da ADO não funciona, portanto, como artifício retórico para a supressão de uma lacuna no texto constitucional, mas como mecanismo pragmático destinado a reforçar e abreviar a argumentação do STF tendente a atribuir um significado objetivo ao instituto. A propósito, confira-se o seguinte excerto do voto condutor do acórdão mencionado:

Também a [...] corrente [...] que entende que a regulamentação decorrente do mandado de injunção tem eficácia *erga omnes* – encontra óbices intransponíveis. Com efeito, por ela, o que, expressamente, a Constituição não permite na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é abstrata e que se destina a ter eficácia *erga omnes* por sua própria natureza, seria permitido a qualquer do povo: a regulamentação de texto constitucional feita pelo Poder Judiciário [...]. (BRASIL, 1990, p. 34).

Como se nota, o conteúdo semântico da ADO tem como referência principal a letra do artigo 103, § 2º, da Constituição, que é, inclusive, parcialmente reproduzida no voto analisado. Além disso, os excertos transcritos acima revelam que a definição semântica extraída a partir do sentido gramatical da disposição referida é apoiada por referências aos trabalhos da Assembleia Constituinte de 1987-1988, dos quais seria possível depreender a “vontade” do legislador constituinte, que atuaria como limite e diretriz para a interpretação correta da norma constitucional positivada. Veja-se:

Aliás, do exame da evolução dos trabalhos da Constituinte, verifica-se, claramente, que não se deu ao Supremo Tribunal Federal – e o mesmo motivo é bastante para não dá-lo a quaisquer Juízes e Tribunais em mandado de injunção [...] – o poder de legislar, ainda que provisoriamente, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão em respeito ao princípio da separação dos Poderes [...]. (BRASIL, 1990, p. 34).

A pretensão do STF de atribuir um sentido objetivo ao artigo 103, § 2º, da Constituição, cuja validade não se restrinja ao contexto situacional do caso em exame, revela-se, também, pela tentativa do tribunal de apoiar referida interpretação gramatical numa suposta “vontade” da Constituição ou do sistema constitucional. Assim como a referência implícita à “vontade” do legislador, a imputação à Constituição de ações tipicamente humanas corresponde a uma forma de falar metafórica. Como exemplos de expressões antropomorfizantes do sistema constitucional, o ministro Moreira Alves assevera o seguinte:

[...] o que, expressamente, a Constituição não permite na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é abstrata e que se destina a ter eficácia *erga omnes* por sua própria natureza, seria permitido a qualquer do povo: a regulamentação de texto constitucional feita pelo Poder Judiciário [...]. Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida alguma, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevância à separação

de Poderes [...]. A Constituição partiu da premissa de que, com a procedência da ação direta ou do mandado de injunção, o Poder competente [...] não persistiria em sua atitude omissa. E, bem ou mal, contentou-se com essa eficácia. (BRASIL, 1990, p. 33-38).

Ao afirmar que a Constituição “partiu da premissa”, “criou” e, “bem ou mal, contentou-se” com a concessão de efeitos restritos à ADO, o STF busca enfraquecer eventuais argumentações pragmáticas que considerem a inutilidade situacional do instituto para a solução de alguma questão ou caso específico. A premissa da qual a Constituição teria partido seria, então, absoluta, devendo prevalecer ainda que a ADO realmente se mostrasse inócua, uma vez que a eficácia restrita é a que se compatibiliza com a “natureza” do instituto extraída do texto constitucional. Prestigia-se, portanto, uma definição semântica supostamente unívoca, mas que não deixa de se apoiar em operações pragmáticas, o que revela a estreita conexão entre essas dimensões semióticas na argumentação apresentada pelo tribunal.

Além da utilização pragmática de expressões metafóricas, nota-se que o STF adota regras heurísticas que propiciam pautas de interpretação para a ADO, conferindo ênfase, como dito, às propriedades semânticas do artigo 103, § 2º, da Constituição. O STF admitiu, situacionalmente, prescrições interpretativas diversas, mas que conduziram, todas elas, ao mesmo resultado, reputado pelo tribunal como sendo a única compreensão adequada a respeito do instituto. No voto condutor do acórdão examinado, o ministro Moreira Alves considera ter sido capaz de realizar uma análise exaustiva a respeito do assunto, tendo aduzido que, para a solução por ele proposta, “[...] se encaminhem todos os elementos de interpretação que se podem colher dos textos constitucionais pertinentes [...]” (BRASIL, 1990, p. 38).

A partir dessas considerações, observa-se que a decisão examinada assume, pragmaticamente, diretrizes interpretativas que guardam proximidade semântica com os critérios hermenêuticos tipicamente desenvolvidos pela teoria jurídica de tradição ocidental durante o século XIX. Embora as prescrições

interpretativas utilizadas no caso não tenham sido explicitadas no voto condutor, percebe-se que o ministro Moreira Alves considera haver realizado uma interpretação exauriente acerca do tema em razão de ter empregado os cânones de interpretação sistematizados pelo também romanista e civilista Savigny (1840 apud SILVA, V., 2005), consistentes na interpretação gramatical, lógica, histórica e sistemática (apud SILVA, V., 2005), que, de acordo com o jurista alemão, deveriam ser considerados de forma conjunta e harmônica. A ênfase no elemento gramatical da interpretação e a pressuposição da viabilidade de uma interpretação objetiva, que possibilite a identificação do “verdadeiro sentido da lei”, também são características comuns ao pensamento teórico de Savigny e ao julgado sob análise (COSTA, 2021).

Ademais, é sintomático que os argumentos utilizados para enfrentar a questão dos efeitos produzidos pela ADO e pelo MI sejam justamente aqueles empregados para lidar com as lacunas pela Escola da Exegese e pela vertente conceitualista da Escola Histórica Alemã (HESPANHA, 2012). Essas correntes se distinguem quanto à solução preferencial definida para as situações em que a letra da lei fosse considerada insuficiente: para a Escola da Exegese, o sentido gramatical somente poderia ser ultrapassado quando evidentemente incompatível com a intenção do legislador, ao passo que a Jurisprudência dos Conceitos propunha a busca da integração do sentido particular de uma norma com o sentido do sistema jurídico como um todo, valorizando a *mens legis* acima da *mens legislatoris* (COSTA, 2021).

Em outros termos, a definição semântica do alcance do artigo 103, § 2º, da Constituição é apoiada, pragmaticamente, pela utilização de métodos clássicos de interpretação jurídica, desenvolvidos a partir do campo do direito civil, aos quais a doutrina brasileira contrapõe, atualmente, os métodos e princípios de interpretação exclusivamente constitucional (SILVA, 2005).

Também se relacionam à dimensão pragmática da argumentação as referências constantes da decisão à doutrina e aos ordenamentos jurídicos dos Estados Unidos da América, da Alemanha e de Portugal, que funcionam como

argumentos de autoridade, bem como as reflexões de tipo prático, concernentes à suposta falta de condições técnicas do Poder Judiciário para desempenhar a atividade normativa e à possibilidade de superveniência de efeitos indesejáveis de suas decisões. Além disso, a menção reiterada aos trabalhos da Constituinte serve de apoio pragmático para a legitimidade da decisão do STF ao vincular sua autoridade ao ato político de fundação da ordem constitucional, o que indicia o estilo conservador da argumentação do tribunal, caracterizado pelo emprego de esquemas retrospectivos de orientação em vez de argumentos orientados para o futuro, tais como as alegações de que a interpretação prestigiada pelo STF poderia, futuramente, implicar a inutilidade da ADO.

A argumentação do STF a respeito da ADO não se limita, com efeito, à atribuição de um conteúdo semântico ao instituto a partir da interpretação pontual do texto do artigo 103, § 2º, da Constituição. O tribunal também a considera como parte constitutiva da sintaxe constitucional que se mantém em conexão retórica com o princípio da separação de Poderes, o qual é tomado, como visto na seção anterior, tanto como uma ideia geral que vincula o Poder Constituinte a partir de uma imagem pré-constitucional, quanto como um esquema destacado do “sistema” constitucional.

Ao ser manejado como proposição destacada de uma estrutura de signos retoricamente harmônica e organizada hierarquicamente, o princípio da separação de Poderes é concebido pelo STF como dotado da função retórica especial de determinar regras para o uso de textos jurídicos determinados, de tal modo que resultem com ele compatíveis. Conforme salientado anteriormente, o tribunal compreende a sintaxe geral da Constituição como um sistema sintaticamente estruturado, cujas proposições devem se manter em relação sintática de compatibilidade e sob coordenação semântica unívoca.

Sob esse modelo argumentativo sistemológico, pressupõe-se que os artigos 5º, inciso LXXI, e 103, § 2º, da Constituição, referentes ao MI e à ADO, constituem esquemas subordinados ao princípio fundamental da separação de Poderes. Tratar-se-ia de duas disposições particulares em conexão sintática com

referido princípio e incluídas em seu âmbito de validade semântica, podendo ser assumidas como “derivações”, “implicações” ou “consequências” da separação de Poderes, de modo a explicitar a conexão sintática e semântica supostamente existente entre tais esquemas.

Sendo assim, o MI e a ADO teriam seu alcance semântico parcialmente definido a partir do conteúdo semântico atribuído ao princípio da separação de Poderes. Se, quanto ao MI, essa conexão sintática com o princípio mencionado possibilitou ao tribunal preencher a lacuna vislumbrada acerca do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição, em relação à ADO, o postulado da separação de Poderes funcionou como regra heurística de confirmação das prescrições semânticas de interpretação manejadas a respeito do artigo 103, § 2º, da Constituição, as quais foram mencionadas anteriormente.

Em outros termos, a conclusão obtida pelo STF a partir da interpretação semântica dada à ADO, no sentido de que o próprio tribunal não poderia exercer função normativa ao julgá-la procedente, foi reforçada pelo conteúdo semântico atribuído à separação de Poderes, com o qual aquele instituto guardaria compatibilidade. Por sua vez, o MI também teve seu alcance semântico definido a partir do significado conferido a tais esquemas constitucionais, haja vista as relações sintáticas pressupostas entre todos eles.

Especificamente quanto à conexão retórica estabelecida entre o MI e a ADO, nota-se que o STF aproxima esses institutos ao indicar duas características comuns a ambos: sua subordinação em relação ao princípio da separação de Poderes e a identificação do seu objeto com os casos de omissão inconstitucional. A partir da aproximação referida, operada pragmaticamente, o STF justifica a transferência semântica, ao MI, da conclusão que obtivera acerca dos efeitos produzidos pela ADO.

O STF procede, novamente, como se estivesse diante de um “sistema” estruturado de acordo com regras sintáticas gerais, dando a impressão de que a identificação parcial dos conteúdos semânticos da ADO e do MI seria inevitável. A esse respeito, confira-se, novamente, o teor do voto condutor proferido pelo ministro Moreira Alves:

Ademais, se o próprio Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade, não pode, como decorre de texto constitucional expresso, suprir, ainda que provisoriamente, a omissão constitucional [...], resulta daí, logicamente, que não poderá ele, em mandado de injunção, em que o autor – ao contrário do que sucede na ação direta de inconstitucionalidade – não defende interesse público, mas interesse individual, regulamentar texto constitucional [...]. Aliás, a admitir-se essa regulamentação, ter-se-á este absurdo: o que o Supremo Tribunal Federal não poderá fazer em ação direta de inconstitucionalidade, Órgão Judiciário inferior a ele [...] poderá fazê-lo, em mandado de injunção. (BRASIL, 1990, p. 36).

O STF considera que a atribuição ao MI dos mesmos efeitos produzidos pela ADO seria uma solução “logicamente resultante” do sistema constitucional, ao passo que eventual conclusão em sentido diverso seria “inexplicável”, “incompatível com o sistema”, “absurda” e “encontraria óbices ou obstáculos constitucionais intransponíveis”.

O uso dessas expressões, que apresentam a solução obtida na decisão em exame como sendo a única adequada ao sistema constitucional, manifesta a adesão do STF a um estilo sistemológico de argumentação. No entanto, a múltipla e enfática utilização desses esquemas sistemológicos não é capaz de encobrir o emprego, pelo STF, de uma argumentação que também se vale de esquemas manejados de acordo com uma estrutura tópica, ou seja, de signos operativos para a obtenção ou justificação de soluções de problemas.

Nessa linha, note-se que a conexão pragmática e aproximação semântica estabelecidas entre a ADO e o MI foram realizadas pelo STF por meio do emprego de mecanismos ou técnicas que precedem o período da moderna cultura jurídica do Ocidente, marcada pela pretensão de cientificização do direito (VIEHWEG, 1979).

Como dito, o STF indicou características comuns à ADO e ao MI, de modo a relacioná-los entre si, para, em seguida, apresentar distinções que os

especificam: embora sejam ambos subordinados ao princípio da separação de Poderes e tenham por objeto as situações de omissão inconstitucional, a ADO seria, em princípio, mais apta para propiciar o desempenho da função normativa pelo Poder Judiciário, uma vez que seria uma ação abstrata, de competência do STF, destinada à defesa de interesses públicos e à produção de eficácia *erga omnes*; por sua vez, o MI seria uma ação concreta e de controle difuso de constitucionalidade, voltada à defesa de interesses particulares. A partir desse exame comparativo, o tribunal declarou que o MI deveria produzir efeitos semelhantes aos atribuídos à ADO, pois, se a Constituição restringiu a eficácia desta à mera declaração da omissão verificada, isso seria motivo suficiente para que a eficácia do MI também restasse limitada.

Observa-se, portanto, que o STF, partindo de uma perspectiva comparativa entre os institutos mencionados, utilizou-se dos argumentos “por paridade de razão” (*a pari*) e “por maioria da razão” (*a fortiori*), assim como do raciocínio por analogia para delimitar a função dogmática do MI. Conforme historia António Manuel Hespanha (2012), tais argumentos comparativos, bem como os procedimentos da oposição entre o texto da lei (*verba*) e o seu espírito (*mens*), e da definição dos institutos jurídicos, por meio da qual se busca a essência de determinada “coisa” formada *ex genere et differentia*, foram desenvolvidos já durante a Baixa Idade Média, especialmente pelos pós-glosadores ou comentaristas, que colocaram a serviço da interpretação jurídica mecanismos lógicos, disciplinados por regras do “pensar corretamente”, apreendidos dos filósofos clássicos, sobretudo de Aristóteles, e reelaborados pela escolástica medieval.

Hespanha (2012) atribui aos pós-glosadores ou comentaristas a criação da dogmática ou doutrina jurídica como um novo domínio do saber. Assim como Viehweg (1979), o autor caracteriza o modo de pensar desses juristas como sendo um esquema de pensamento tópico, que, imbuído da finalidade de integrar os direitos romano, canônico, feudal e urbano vigentes à época, buscava pontos de vista que destacassem aquilo que havia de comum entre os vários institutos ou normas. Os pontos de vista proporcionados pelo *mos italicus* são variados e,

segundo Hespanha (1998), continuam sendo utilizados, sem grandes alterações, pela esmagadora maioria dos civilistas.

Alguns dos *topoi* mencionados foram utilizados pelo STF na decisão em análise, que pretendeu identificar a natureza do MI por meio da concatenação pragmática desse instituto com o princípio da separação de Poderes e com a ADO, a partir das noções de gênero e espécie; atribuiu conteúdo semântico ao artigo 103, § 2º, da Constituição tomando como referência o sentido gramatical do seu texto confrontado com a *mens legislatoris* e a *mens legis*; rejeitou objeções pragmáticas à interpretação defendida; e concluiu, a partir desses critérios, pela solução proposta por uma das vertentes doutrinárias que haviam sido descritas no início do voto condutor do julgamento.

Assim como a concepção de separação de Poderes adotada pelo tribunal e os argumentos *a pari*, *a fortiori* e por analogia, utilizados para transferir o conteúdo semântico da ADO para o MI, as referências à *mens legis*, à *mens legislatoris* e ao elemento gramatical do artigo 103, § 2º, da Constituição explicitam a definição, pelo STF, de um campo de *topoi* extraídos da teoria jurídica de tradição ocidental, os quais funcionam como prescrições interpretativas ou regras operativas para o uso situacional dos textos jurídicos. Embora esses pontos de vista possam, em tese, conduzir a conclusões divergentes e não sejam os únicos fornecidos pela tradição jurídica ocidental, o STF os assume como se correspondessem à totalidade de elementos de interpretação passíveis de utilização no caso concreto, os quais propiciariam, em conjunto, a solução adequada para a questão em análise.

Com essa argumentação, o tribunal procede a uma combinação de *topoi* que se complementam para delimitar o conjunto de argumentos relevantes para o caso. Em outros termos, esses *topoi* exercem a função pragmática de oferecer regras para a obtenção de argumentos e para sua aplicação como esquemas que conduzam à decisão entre as propostas de solução apresentadas pela doutrina constitucionalista brasileira.

Conforme salienta Viehweg (1979), o interesse moderno pela sistematização do direito, que se reflete no estilo de argumentação empregado pelo STF na decisão em exame, inclina-se a apresentar os *topoi* mencionados como proposições básicas de um sistema. Em vez de pontos de vista utilizáveis situacionalmente como meios auxiliares para a resolução de problemas, a argumentação do STF pressupõe referidos *topoi* como metadiretivas integrantes de um sistema construído a partir de regras sintáticas e semânticas previamente definidas e que prescindem da consideração de fatores pragmáticos, as quais são capazes de proporcionar uma conclusão objetiva a respeito dos efeitos produzidos pelo MI, a partir de uma atividade de interpretação que não é criativa, mas que se limita a desvendar uma solução que já estava implícita no sistema e que decorre da própria natureza do instituto analisado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisado em suas linhas gerais, o discurso apresentado pelo ministro Moreira Alves e que prevaleceu no julgamento realizado pelo STF a respeito da questão de ordem suscitada no Mandado de Injunção n. 107 caracteriza-se pelo emprego de um estilo sistemológico de argumentação, que compreende a sintaxe geral da Constituição como um sistema estruturado por regras sintáticas gerais e composto por esquemas semanticamente definidos. De acordo com essa pressuposição, o sistema constitucional proporcionaria conclusões inequívocas ou lógicas, de modo que o tribunal seria capaz de extrair o sentido correto dos textos constitucionais a partir de uma interpretação objetiva, que prescindiria da consideração de fatores pragmáticos.

No entanto, esse modo de falar simplificador não retrata, adequadamente, a complexidade e a diversidade das operações retóricas levadas a efeito pelo STF na situação de decisão. A retórica sistemológica empregada pelo tribunal também

recebe o apoio de estruturas pragmáticas, sendo decisivo o papel exercido pelos momentos operativos da criação e utilização dos esquemas linguísticos. Em vez de explicitar as regras sintáticas e semânticas que, supostamente, seriam responsáveis pela condução do julgamento examinado, a argumentação do STF revela o uso reiterado de regras heurísticas que propiciam pautas interpretativas para o uso situacional dos textos jurídicos, além de diretrizes operativas que delimitam o campo de argumentos admissíveis na situação comunicativa de decisão.

Assim, o modelo sistemológico de argumentação empregado no julgamento em exame não impede que se constate o manejo de esquemas de acordo com uma estrutura argumentativa tópica. Com o objetivo de identificar a natureza do MI, bem como para conectar referido instituto ao significado atribuído à ADO e à separação de Poderes, o voto analisado extrai da teoria jurídica de tradição ocidental diversos *topoi* que, combinados entre si, fornecem argumentos para que o tribunal possa decidir por uma das propostas de solução apresentadas pela doutrina brasileira a respeito da questão concernente aos efeitos produzidos pelo MI.

Na decisão examinada, esses *topoi* ganham o aspecto de peças de um sistema sintaticamente estruturado e que exige coordenações semânticas unívocas. Com isso, o STF confere aparência de objetividade à sua atividade interpretativa e desvincula o MI tanto do contexto histórico que envolveu sua criação pela Constituição de 1988, quanto dos problemas sociais a cujo enfretamento deveria servir. De fato, foi com o auxílio de uma concepção sublimada de separação de Poderes, tipicamente associada ao Estado liberal no sentido clássico e que caracteriza o Judiciário como um poder nulo, que o STF buscou limitar a eficácia de institutos que, por sua vez, somente surgiram após significativa transformação da noção original desse princípio, visto que o MI e a ADO integram o sistema judicial de controle de constitucionalidade e deveriam servir à implementação de direitos sociais assegurados por uma Constituição revestida de caráter dirigente.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição Brasileira de 1988. In: _____. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 3-48.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 4, t. 3.

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988). Ata da 9ª Reunião Extraordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, realizada em 23 de maio de 1987. **Diário da Assembléia Nacional Constituinte**, Brasília, 22 ago. 1987. Disponível em: <<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup132anc22ago1987.pdf#page=3>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. **Diário Oficial da União**: Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 107. Natureza e a eficácia do Mandado de Injunção. Relator: ministro Moreira Alves. **Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, v. 133, p. 11-60, jul./set. 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 721. Ausência de lei complementar que discipline a aposentadoria especial do servidor público. Relator: ministro Marco Aurélio. **Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, v. 203, n. 1, p. 11-23, jan./mar. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Alexandre Araújo. **Hermenêutica Jurídica**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/28867744/Hermeneutica-Juridica-Alexandre-Araujo-Costa>. Acesso em: 9 nov. 2021.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 4, n. 4, p. 21-45, 2004.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)**. Disponível em: https://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html. Acesso em: 9 nov. 2021.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Almedina, 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio

MORRIS, Charles W. **Fundamentos da teoria dos signos**. Tradução de Paulo Alcoforado e Milton José Pinto. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1976.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

SCHRECKENBERGER, Waldemar. **Semiótica del discurso jurídico**: análisis retórico de textos constitucionales y judiciales de la República Federal de Alemania. Traducción por Ernesto Garzón Valdés. México, DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: _____. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116-143.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

AUTOR CONVIDADO

O PODER JUDICIÁRIO E SUA RELAÇÃO COM A SOCIEDADE: A GESTÃO DA COMUNICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS

THE JUDICIARY AND ITS RELATIONSHIP WITH SOCIETY: THE MANAGEMENT OF COMMUNICATION BY COURTS

Ítala Colnaghi Bonassini Schmidt

Juíza de Direito pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Mestranda em Direito e Poder Judiciário pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).
Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-8107-9379>

E-mail: italacolnaghi@gmail.com

Resumo

Uma das dificuldades mais apontadas por magistrados do Brasil é o distanciamento percebido entre o Judiciário e a população, o que se reflete em incompreensão acerca do papel constitucional desse Poder, falta de reconhecimento e, ainda, agravamento da crise que afeta as instituições de Estado. Considerando a importância que a confiança do público possui sobre o sistema de justiça de um país, o artigo tem por objetivo geral contribuir para a construção de uma estratégia de comunicação transparente e efetiva entre os tribunais brasileiros e a sociedade, utilizando-se de uma abordagem qualitativa, com pesquisa bibliográfica e documental. Identificados desafios que se apresentam nessa seara, o artigo tece reflexões sobre a função jurisdicional para, então, formular hipóteses para enfrentamento do problema.

Palavras-chave: Democracia. Poder Judiciário. Confiança. Comunicação.

Abstract

One of the difficulties most pointed out by magistrates in Brazil is the perceived distance between the Judiciary and the population, which is reflected in a lack

of understanding about the constitutional role of this Branch, lack of recognition and, also, worsening of the crisis that currently affects State institutions. Taking into account the salutary importance that public trust has on a country's justice system, this article aims to contribute to the construction of a more transparent and effective communication strategy between Brazilian courts and society, using a qualitative approach, with bibliographic and documentary research. Having identified challenges presented in this field, the article reflects on the jurisdictional function to then formulate hypotheses for dealing with the problem.

Keywords: *Democracy. Judiciary. Trust. Communication.*

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro é um dos maiores do mundo, contando, segundo dados do “Justiça em Números” (CNJ, 2020, p. 46), com mais de 18 mil magistrados e magistradas distribuídos pelas 27 (vinte e sete) unidades da federação e pelos diversos ramos da Justiça Estadual, Federal e Distrital.

Apesar de sua relevância e expressão social, o Poder Judiciário ainda é pouco compreendido pela sociedade, que vive atualmente um período de crise de representação e descrédito no próprio sistema democrático, com uma crescente queda de confiança nas instituições de Estado, notável pelas manifestações realizadas tanto nas ruas quanto através das mídias sociais.

Sabe-se que a confiança do público exerce um papel de grande importância sobre a legitimidade do sistema de Justiça de um país, o que revela a urgência no desenvolvimento de uma comunicação transparente e eficaz por parte do Judiciário brasileiro. Apesar de o distanciamento entre este Poder e os cidadãos em geral já ser entendido como um problema por boa parte da magistratura, conforme se demonstrará, o que se percebe é que são escassos os trabalhos científicos que apontem para os reais desafios e para os possíveis caminhos a serem percorridos na busca por essa aproximação.

O presente artigo visa a contribuir para o suprimento dessa lacuna, ao refletir tanto sobre a imagem que o Judiciário passa atualmente para a sociedade quanto sobre a imagem que a instituição pretende construir. Seu objetivo central é auxiliar os membros e servidores deste Poder a desenvolver um sistema funcional e sustentável de comunicação com o público, atentando-se para os desafios que são próprios da função jurisdicional e para aqueles que decorrem do momento histórico especialmente turbulento que enfrentamos.

A pesquisa desenvolvida neste trabalho é essencialmente qualitativa, já que as respostas buscadas são de ordem subjetiva, com foco nas percepções e expectativas da sociedade em torno da atuação dos juízes e tribunais no Brasil, e não envolvem, portanto, resultados contabilizáveis em números exatos.

O método preponderantemente utilizado é o descritivo, com pesquisa bibliográfica e documental elaborada a partir da exposição e aprofundamento de material já existente e de dados já coletados acerca do assunto analisado. Destacam-se, entre o referencial teórico consultado, as pesquisas “Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro” (LAVAREDA; MONTENEGRO; XAVIER, 2019) e “Quem somos, a magistratura que queremos” (VIANNA; CARVALHO; BURGOS, 2018), bem como as normativas editadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) acerca do tema.

O artigo está estruturado em quatro tópicos de desenvolvimento, além da introdução e das considerações finais. No primeiro, dedica-se a discorrer sobre a importância de o Poder Judiciário conquistar e preservar a confiança da população, considerando a íntima relação que essa confiança possui com a satisfação das pessoas em relação ao funcionamento do sistema democrático como um todo. No segundo tópico, o artigo se ocupa dos desafios impostos na busca por uma efetiva aproximação do cidadão. A partir das reflexões levadas a efeito por Eugênio Bucci (2019) acerca da Ordem do Simbólico e da Ordem do Imaginário, debruça-se sobre as armadilhas que podem levar o Judiciário a se perder em meio à tendência de espetacularização dos fenômenos da vida (DEBORD, 1997). O tópico três analisa a

política comunicacional adotada pelo CNJ, relacionando-a com a aproximação da Administração Pública ao modelo gerencial de gestão. Já o quarto tópico aborda a percepção de que a distância entre Judiciário e cidadão vem aumentando a cada dia, e defende a adoção, pelos tribunais brasileiros, de um modelo colaborativo de governança, com valorização do diálogo e da participação popular, bem como o fortalecimento dos setores de comunicação dos tribunais, com investimento na capacitação de seus profissionais.

2 DEMOCRACIA E CONFIANÇA DA SOCIEDADE NO SISTEMA DE JUSTIÇA

A percepção da democracia vem mudando ao longo dos tempos. A visão utópica desse modelo como um “governo de todos” ou como um fiel correspondente à “vontade do povo” vem, aos poucos, cedendo espaço para um cenário de crescente descrédito e frustração, a ponto de muitos países passarem a discutir modelos diferentes e alguns, inclusive, a flertar com o extremismo, numa clara demonstração da tensão que há anos vem afastando a classe política dos cidadãos.

Conforme apontado por estudo do *Pew Research Center*, realizado em 2018 e publicado em 2019, que contou com a participação de mais de trinta mil pessoas, em 27 países, o desempenho dos regimes democráticos é avaliado como insatisfatório por 51% dos entrevistados, contra 45% que se dizem satisfeitos.

Os resultados do estudo indicam um declínio do apoio à democracia, o que pode ser percebido em todas as partes do globo, conforme análise do projeto de pesquisa colaborativa *Global Barometer Surveys* (2018):

Do Brexit à eleição do presidente Trump e dos partidos de direita em ascensão na Europa, as democracias liberais ocidentais estão em perigo. Ao mesmo tempo, o processo de democratização também enfrenta uma crescente batalha no mundo em desenvolvimento. Novas

democracias estão estagnadas na América Latina e no sul da Ásia, e a democratização foi abortada na região árabe e revertida na África e na Eurásia. No leste da Ásia, as democracias são desafiadas pelo crescente regime autoritário, especialmente a China. (GLOBAL, 2018, p. 7).

É indiscutível, nas palavras de Campilongo (2011, p. 62), que a representação política está em crise. E isso se daria, segundo o professor, por conta de uma ambição totalizante do sistema político, uma convicção ingênua na capacidade desse sistema de representar, guiar ou controlar o futuro, o que invariavelmente desaguaria em frustrações. Explica o autor:

Acreditou-se – e alguns ainda acreditam – ser possível, com base nas operações do sistema político, formatar a economia, o direito, a educação, a saúde, enfim, o mundo. Por trás dessa crença sempre houve enorme confiança na calculabilidade, previsibilidade e racionalidade das decisões políticas. Hoje, se uma parte das expectativas se confirmou (o sistema político desempenha uma função particular), a outra parte redundou em grande fracasso. Não é factível decidir, no presente, como será o futuro. Muito menos estabelecer, antecipadamente, relações de causalidade: a decisão A terá como consequência a situação B! A sociedade constrói seu futuro. Não porque queira um futuro B ou C, e sim porque não pode fazê-lo de outro modo. Não se conhece o futuro na véspera (CAMPILONGO, 2011, p. 62).

O fenômeno de crise democrática, segundo o estudo do *Pew Research Center* (2019), guarda relação com as preocupações econômicas, mas também com o quanto as pessoas acreditam que seus direitos fundamentais estão sendo respeitados. Foi observada, nesse sentido, uma intensa relação entre o descrédito no sistema democrático e o juízo negativo dos cidadãos acerca da capacidade do Estado de garantir a proteção ao direito de livre expressão, de assegurar a todos chances iguais de melhorar os padrões de vida, bem como com o ceticismo em torno do sistema eleitoral e da idoneidade moral dos representantes políticos (PEW RESEARCH CENTER, 2019, p. 41).

O estudo apontou, ainda, que a percepção social sobre o sistema de justiça também influi na (in)satisfação das pessoas com o regime democrático. “Confidence in the fairness of courts is also strongly related to dissatisfaction with democracy. Those who believe the court system in their country treats everyone fairly are less dissatisfied” (PEW RESEARCH CENTER, 2019, p. 37).

Segundo explicitado pela pesquisa, apenas 44% das pessoas entrevistadas em 27 países entenderam que a frase “o sistema judicial trata a todos de maneira justa” descreve bem o seu país, ao passo em que 53% disseram pensar o contrário (PEW RESEARCH CENTER, 2019, p. 26). A situação é mais crítica quando se analisam os números do Brasil. Aqui, 72% dos respondentes afirmaram que a referida frase não descreve bem o seu país (PEW RESEARCH CENTER, 2019, p. 26).

Apesar dessa constatação, restou apurado na pesquisa “Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro” (LAVAREDA; MONTENEGRO; XAVIER, 2019, p. 13) que, entre os três Poderes, no nível federal, o Judiciário figura como a instituição em que os brasileiros mais confiam (STJ, 44%; e STF 41%), ficando à frente, portanto, da Presidência da República (34% confiam) e do Congresso Nacional (19% confiam).

A situação não deixa de ser preocupante, principalmente se levado em conta que a confiança depositada pela sociedade no Poder Judiciário possui grande importância para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito como um todo.

Conforme ressaltado por Campilongo (2011, p. 87), “[...] de nada adianta um Poder Judiciário que não seja capaz de conferir eficácia aos direitos fundamentais e, vice-versa, de nada adianta um elenco de direitos fundamentais se o Poder Judiciário não é capaz de garanti-los, de implementá-los”.

A confiança depositada nas cortes de justiça ganha ainda mais importância à medida que se observa uma expansão do Poder Judiciário nas últimas décadas, tanto no sentido do crescimento acentuado da litigiosidade, aqui entendida como a procura pela resolução judicial dos conflitos, quanto no aspecto da

ampliação do alcance e do impacto da jurisdição e da maior permeabilidade das decisões judiciais no campo das políticas públicas¹.

Quanto ao primeiro ponto, é válido destacar os dados do “Justiça em Números”, edição de 2020, coletados e disponibilizados pelo CNJ, segundo os quais o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação. Somente naquele ano, prossegue o relatório, houve o ingresso de 30,2 milhões de novos processos, enquanto o número de feitos baixados foi de 35,4 milhões. Em relação ao ano anterior, foi constatado um aumento de 6,8% de casos novos, e de 11,6% de casos solucionados, atingindo o maior valor de toda a série histórica (CNJ, 2020, p. 93).

Embora seja possível apontar diversos elementos propulsores do fenômeno da explosão da litigiosidade, a pesquisa “Quem somos, a magistratura que queremos” (VIANNA; CARVALHO; BURGOS, 2018, p. 94-95) apurou que, na percepção dos juízes e juízas brasileiros, ele seria justificado principalmente pela suposta disseminação de uma “cultura de litígio” em nosso País (questão 65), é dizer, uma banalização das ações judiciais enquanto caminho facilitado para traduzir meras queixas ou aborrecimentos. O Judiciário, nessa perspectiva, nem sempre seria visto como uma última alternativa buscada para a garantia de direitos, servindo, ao contrário, muitas vezes como uma espécie de “teste inicial e imediato sobre a consistência daquilo que parece ser uma reivindicação” (PORTO, 2020, p. 65-66).

Já no que se refere ao segundo aspecto, traduzido no aumento do protagonismo do Poder Judiciário, faz-se preciso o diagnóstico de Boaventura de Sousa Santos (2014, n.p.), de que estaríamos diante de um fenômeno observado desde os finais da década de 1980, e não apenas no Brasil. Entre os fatores que impulsionam esse protagonismo, o autor cita o desmantelamento do Estado intervencionista e a consequente precarização dos direitos econômicos e sociais; o advento, no Brasil, da Constituição Federal de 1988, com uma ampliação do

1 Essa permeabilidade é tratada, entre outros, por Campilongo (2011, p. 63-64), no sentido de “judicialização da política”, entendida como “o recurso ao direito e aos tribunais não para o exercício do controle da constitucionalidade das leis, mas simplesmente como segunda e inadequada instância do jogo político”.

rol de direitos e das instituições legitimadas a invocar os tribunais; e, ainda, o “combate à corrupção”, interna e externa ao Judiciário, que provoca uma “justiça dramática”, que “judicializa a política e politiza os tribunais”.

Além disso, não se pode olvidar que o Judiciário como um todo, e em especial os Tribunais Superiores, ocupam uma posição única em nosso sistema político, considerando seu papel de intérprete da Lei e da Constituição Federal, posição esta que lhe dá autoridade, inclusive, para declarar a invalidade de normas aprovadas por majorias democráticas².

Essa “supremacia judicial” (BARROSO, 2010), somada às garantias titularizadas pelos juízes, como a vitaliciedade, prevista no artigo 95, inciso I, da Constituição Federal (BRASIL, 2016), acaba por desencadear aquilo que Bickel (1986, *apud* BARROSO, 2018, p. 2198) chamou de “dificuldade contramajoritária”, que pode ser resumida como a dificuldade em se conciliar juízes não eleitos pelo povo com o poder a eles atribuído de vetar leis democraticamente aprovadas.

A necessidade, portanto, de se conferir legitimação social ao Poder Judiciário, dada a relação indissociável dessa relação de confiança com a realização dos direitos fundamentais e com o apoio ao regime democrático como um todo, torna imprescindível que se desenvolva uma política efetiva de comunicação entre esse Poder e a sociedade.

3 A ORDEM DO SIMBÓLICO, A ORDEM DO IMAGINÁRIO E A ESPETACULARIZAÇÃO DA JUSTIÇA

A tarefa de comunicar-se com o público e de fazer-se entender tem se tornado mais desafiadora à medida que a sociedade se torna mais complexa.

2 A Constituição Federal Brasileira adota um sistema misto de controle de constitucionalidade, mesclando aspectos do modelo concentrado e do modelo difuso, com a existência de um Tribunal Constitucional incumbido de analisar a compatibilidade das leis com a Constituição Federal, mas, também, a possibilidade de qualquer magistrado promover essa avaliação, de forma incidental, nos processos de sua competência.

Utilizando a expressão imortalizada por Guy Debord (1997), é possível afirmar que vivemos numa “sociedade do espetáculo”. “Toda a vida das sociedades nas quais reinam as modernas condições de produção se apresenta como uma imensa acumulação de espetáculos. Tudo o que era vivido diretamente tornou-se uma representação” (DEBORD, 1997, n.p.).

Embora o célebre livro do autor francês tenha sido originalmente lançado em 1967, suas ideias continuam atuais, sendo a teoria do espetáculo perfeitamente aplicável aos nossos tempos. Como ressaltado pelo próprio Debord na “Advertência da Edição Francesa de 1992”, “Uma teoria crítica como esta não se altera, pelo menos enquanto não forem destruídas as condições gerais do longo período histórico que ela foi a primeira a definir com precisão” (DEBORD, 1997, n.p.).

Se a sociedade do século XX já era designada como “espetacular” por conta do advento e da popularização das máquinas capazes de captar e projetar imagens, como a câmera fotográfica e a televisão, o que se poderia esperar da sociedade do século XXI, marcada pela comunicação global e instantânea através das novas tecnologias digitais, com destaque para as redes sociais?

Acerca dessa realidade, são precisas as palavras de Martha Gabriel (2020), inspirada em ensaio de Deresiewicz (2009):

A câmera criou a cultura da celebridade; o computador, a cultura da conectividade e o *smartphone*, a cultura do compartilhamento. A convergência das três, por meio da banda larga e mobilidade, está criando a cultura da visibilidade, em que o que importa não é viver, mas ser visto – no *Facebook*, no *Twitter*, em vídeos etc. O que tem nos validado e nos tornado reais para nós mesmos é sermos vistos por outros (GABRIEL, 2020, p. 91).

Não há dúvida, nesse sentido, de que se vive atualmente um período de intensa espetacularização dos fenômenos, num sentido de exposição imagética de todos os aspectos da vida, a ponto de não se mostrar mais possível fazer uma oposição abstrata entre o espetáculo e a efetiva atividade social: “[...] a realidade

surge no espetáculo, e o espetáculo é real. Essa alienação recíproca é a essência e a base da sociedade existente” (DEBORD, 1997, n.p.).

Voltando os olhos ao Judiciário, pode-se perceber como a dinâmica atual de superexposição, somada ao crescente destaque midiático que vem sendo dedicado a esse Poder, traz consigo uma série de armadilhas que dificultam ainda mais a tarefa de promover uma comunicação saudável e operacional com o jurisdicionado e a sociedade.

A questão remete à leitura feita por Eugênio Bucci (2019) sobre a comunicação institucional do Supremo Tribunal Federal, sob o aspecto das distinções entre a Ordem do Simbólico e a Ordem do Imaginário.

Inspirado nos estudos de Jacques Lacan (1998, *apud* BUCCI, 2019, p. 49), o autor esclarece que, “enquanto o Simbólico, pelo significante, barra e interdita, já que diferencia e demarca, o Imaginário seria o plano da identidade com o semelhante, o plano das fantasias do Sujeito”. A *palavra*, nesse raciocínio, fincaria raízes na ordem do Simbólico, cuja função é dada pelas interdições, regras e limites que, em última análise, tornam possíveis as civilizações. Por sua vez, a *imagem* se inscreveria na ordem do Imaginário, na qual se fazem mais perceptíveis as crenças, diversões e prazeres psíquicos.

Prossegue o professor:

[...] a separação entre o lícito e o ilícito, entre o legal e o ilegal, entre o que a lei consagra e o que a lei veda resulta de operações da linguagem que têm lugar claríssimo na Ordem do Simbólico. É por palavras que a lei se manifesta e é, também, por palavras, que a interpretação da lei se converte, nos tribunais, em decisão judicial. O Judiciário opera, enfim, pela palavra, sendo, por natureza, avesso ao Espetáculo (BUCCI, 2019, p. 46).

Constata-se, portanto, que é no campo do Simbólico que têm parte a lei e a Justiça, ao passo em que as atrações da indústria do entretenimento são

comercializadas no campo do Imaginário. Embora ambas as ordens sejam inseparáveis, emaranhadas, Bucci (2019) desconfia que, nos dias atuais, a ordem do Imaginário estaria hipertrofiada, avançando, inclusive, sobre espaços pertencentes à ordem do Simbólico.

É nesse aspecto que o autor se questiona se o Judiciário, e em especial o STF, ao procurar emprestar a si próprio “ares de entretenimento, de leveza imagética ou de performance publicitária”, não teria ido “longe demais a ceder às pressões do poder midiático”, aderindo aos “caprichos da tirania da imagem” (BUCCI, 2019, p. 46). E, nessa mesma toada, ele lança o questionamento: “Quando a autoridade judicial vai por aí, será que ela não se perde de seu lugar?”, ou seja, não deveria a autoridade judicial tentar se distanciar, se distinguir do Espetáculo, que é “a ordem do imaginário potencializada pela superindústria cultural, do entretenimento e das tecnologias a seu serviço?” (BUCCI, 2019, p. 51).

Para o professor, a resposta a ambas as questões é positiva. O órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, nesse raciocínio, pecaria justamente pelo excesso de exposição de seus membros, cuja altíssima visibilidade acabaria por ocasionar uma verdadeira espetacularização dos julgamentos e, conseqüentemente, um desgaste na imagem do tribunal, além de um enfraquecimento do colegiado em comparação às posições individuais.

Levando em conta os argumentos levantados, parece-nos que cabe ao Poder Judiciário refletir sobre a forma como pretende se apresentar à população e, principalmente, aprimorar seu discurso e sua política de comunicação social, de maneira que não ignore as mudanças culturais do nosso tempo, marcado pela supervalorização da imagem e pela autoexposição, mas que preserve a necessária impessoalidade e distância em relação à tendência de espetacularização dos fenômenos da vida, mantendo uma certa reserva quanto ao totalitarismo do “imaginário superindustrial” (BUCCI, 2019).

4 O RECURSO A TÉCNICAS DE *MARKETING* INSTITUCIONAL PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O MODELO GERENCIAL DE GESTÃO

A forma como o Judiciário administra sua política de comunicação com o público e se relaciona com atores externos, a exemplo da imprensa, pode ser associada com o modelo de gestão pública que esse Poder vem priorizando nas últimas décadas.

É possível perceber, como apontado por Sauerbronn e Lodi (2012, p. 5), uma crescente preocupação das organizações públicas com o gerenciamento de sua imagem, como ferramenta para o alcance de seus objetivos, o que pode ser atribuído ao processo de aproximação da Administração Pública a perspectivas gerencialistas, que trazem para o âmbito do Estado estratégias de gestão das organizações empresariais.

Para os autores, o esforço na construção da imagem desejada e na conscientização do cidadão a respeito do funcionamento da organização pode ser notado pela crescente procura dos órgãos estatais por técnicas de *marketing* institucional, com foco na mudança de alguns conceitos e no fortalecimento de determinadas ideias perante o público. Quanto ao Judiciário, acrescentam:

A atividade jurisdicional tem o dever de satisfazer totalmente os anseios do cidadão, no sentido de ser justa, completa, efetiva e rápida. Porém, não é suficiente somente a execução destas ações, é necessário que elas sejam percebidas pelo cidadão. Por isso, torna-se necessário usar técnicas de *marketing* institucional e comunicação com o público para que o efetivo trabalho jurisdicional seja de fato notado pelo usuário, seja reposicionando sua imagem ou promovendo a conscientização do cidadão sobre os seus direitos e deveres e o funcionamento da justiça (SAUERBRONN; LODI, 2012, p. 5-6).

Nesse ponto, os autores fazem referência à atuação do CNJ, que, desde a sua instalação, em junho de 2005, acabou por assumir um papel de “condutor

das reformas” que a sociedade vinha exigindo do Poder Judiciário, seja através do controle administrativo destinado ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, seja por meio de iniciativas voltadas a mudar a imagem desse Poder perante a sociedade (SAUERBRONN; LODI, 2012, p. 2).

Nesse sentido, ganham relevo as campanhas publicitárias lançadas pelo CNJ com o objetivo de sensibilizar o público acerca do trabalho desenvolvido pelo Judiciário e de criar um horizonte comum entre Justiça e cidadão, a partir da associação a valores caros à população, como equidade, proteção à mulher, liberdade e ressocialização (SAUERBRONN; LODI, 2012, p. 20).

Essa preocupação também se faz notável quando observados os estudos na área da comunicação levados a efeito pelo CNJ. No relatório da pesquisa “Gestão da Comunicação nos Tribunais” (CNJ, 2010, p. 9), por exemplo, é ressaltada a crescente importância que a comunicação possui em uma sociedade complexa, diante da extraordinária influência que exerce no equilíbrio, desenvolvimento e expansão das organizações.

No referido relatório, fica evidente o incentivo para que as iniciativas dedicadas à aproximação entre Judiciário e sociedade sejam pensadas estrategicamente, como uma forma de impulsionar a conquista de melhores resultados (CNJ, 2010, p. 10), o que envolveria uma atuação conjunta de todos os tribunais do País, num esforço ordenado por tornar a Justiça informativa e explicativa.

O relatório em questão recomenda a elaboração de um minucioso planejamento, com uma abordagem sistêmica, coesa e alinhada, e nesse ponto adverte para a necessidade de uma mudança cultural no Judiciário nacional, que tem tradição de atuar de forma fragmentada, por meio de unidades compartimentadas, com pouca interação, e tende a encarar as áreas de comunicação como mais uma unidade de despesas ou custos (CNJ, 2010, p. 11).

A perspectiva voltada à formulação de metas e de planejamento estratégico também se faz presente na edição, pelo CNJ, da Resolução n. 85/2009, alterada pela Resolução n. 326/2020, que cria o Sistema de Comunicação do Poder Judiciário (SICJUS), composto pela Secretaria de Comunicação Social do CNJ,

na qualidade de órgão central, pelas Secretarias de Comunicação dos Tribunais Superiores, como órgãos de subsistema, e, na condição de órgãos operacionais, pelas Coordenadorias ou unidades administrativas de Comunicação Social dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Federais.

A Resolução apresenta, entre os objetivos principais desse sistema integrado, o de “promover o Poder Judiciário junto à sociedade de modo a conscientizá-la sobre a missão exercida pela Magistratura”, o que implica otimizar a “visão crítica dos cidadãos a respeito da importância da Justiça como instrumento da garantia dos seus direitos e da paz social” (artigo 1º, inciso VI).

Quanto às diretrizes a serem observadas pelo SICJUS, destacam-se a necessária “atenção ao caráter educativo, informativo e de orientação social” das ações de comunicação (artigo 2º, inciso II) e a “adequação das mensagens, linguagens e canais aos diferentes segmentos de público”, mediante a utilização de formas simples e acessíveis à população (artigo 2º, inciso VIII).

Como se pode perceber, o referencial que sustenta a política de comunicação proposta pelo CNJ, que prioriza a formulação de estratégias direcionadas a alcançar os objetivos almejados, é o modelo gerencial de gestão, também chamado de gerencialismo ou nova administração pública.

Segundo Bliacheriene, Ribeiro e Funari (2013, p. 2), esse modelo surgiu no início dos anos 1980, nos Estados Unidos e na Inglaterra, e trouxe como projeto político o ideal de eficiência administrativa, num sentido de combate à excessiva hierarquização e formalidade do antigo modelo burocrático e de busca pela maximização de resultados, com redução de custos.

A gradual introdução dessa mentalidade na política nacional fica clara com a edição da Emenda Constitucional n. 19, de 1998, que incluiu a eficiência no artigo 37 da Constituição Federal, elevando-a a princípio regente da atividade administrativa.

Embora o modelo gerencial tenha representado significativo avanço na construção de políticas públicas pautadas na produtividade e na economicidade, sobretudo pela internalização da noção de eficiência como um “termômetro entre

a atuação do Estado e a satisfação do cidadão” (BLIACHERIENE; RIBEIRO; FUNARI, 2013, p. 10), a avaliação dos efeitos de sua aplicação na prática tem levantado questionamentos sobre sua (in)suficiência e sobre a necessidade de formulação de uma teoria mais arrojada de gestão administrativa, inclusive no que diz respeito às políticas de comunicação.

De fato, passados mais de dez anos da edição da Resolução n. 85/2009 do CNJ, a impressão que fica é de que ainda há um longo caminho a ser percorrido na busca por uma efetiva aproximação da sociedade, e de que a política de comunicação nos tribunais brasileiros ainda se encontra num estágio incipiente de desenvolvimento, já que o abismo que separa o Judiciário do cidadão se torna mais perceptível a cada dia.

5 O DISTANCIAMENTO ENTRE JUDICIÁRIO E SOCIEDADE E A BUSCA POR UM MODELO PARTICIPATIVO DE GESTÃO

Quando questionados, na pesquisa “Quem somos, a magistratura que queremos” (VIANNA; CARVALHO; BURGOS, 2018, p. 102-103), sobre as dificuldades atuais do Poder Judiciário, juízes e juízas de todos os segmentos apontaram como “muito importante ou essencial” o problema do distanciamento da maioria da população (Questão nº 69).

A pesquisa também menciona entre as dificuldades citadas a forma negativa com que a imprensa retrata, no geral, a atividade do(a) magistrado(a) (VIANNA; CARVALHO; BURGOS, 2018, p. 103, Questão 70). Em contrapartida, observa-se que prepondera entre os juízes e juízas respondentes a visão de que “a divulgação de atos e decisões pela imprensa contribui para a transparência do Poder Judiciário” (VIANNA; CARVALHO; BURGOS, 2018, p. 110-111).

Como se vê, apesar de os membros do Judiciário reconhecerem o papel fundamental da imprensa numa democracia, a relação desse Poder com a mídia apresenta-se essencialmente como problemática, sendo comuns, por exemplo, reclamações no sentido de que a atividade dos(as) juízes(as) não é adequadamente retratada nas matérias jornalísticas.

Também se nota que o apontado distanciamento da população é visto pela magistratura não num sentido positivo, de garantia da atuação imparcial e independente do Judiciário, mas num viés negativo, de incompreensão acerca do desenvolvimento do seu papel constitucional.

E, de fato, como bem apontado por Pinto e Gabriel (2020, p. 171), a análise das respostas obtidas no Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro (LAVAREDA; MONTENEGRO; XAVIER, 2019, p. 33) demonstra que algumas ideias comumente associadas ao Judiciário, a exemplo de que “A Justiça é lenta” (93%) e de que “A Polícia prende e a Justiça solta” (89%), em parte também se devem ao alto nível de desinformação sobre o funcionamento da Justiça.

Com efeito, apenas uma parcela de 5% dos entrevistados afirmou considerar-se bem-informada a respeito da questão, tendo 50% se autoavaliado como relativamente informada e 42% reconhecido ser mal-informada. Esse último percentual, vale destacar, aumenta para 49% entre os jovens, 50% entre os que têm instrução Fundamental e 49% na faixa de renda até 2 salários-mínimos (LAVAREDA; MONTENEGRO; XAVIER, 2019, p. 30).

Esse levantamento revela que o desafio de promover uma aproximação entre Judiciário e cidadão esbarra não apenas na cultura organizacional arcaica e resistente a mudanças que se faz presente em grande parte dos tribunais brasileiros, mas também na dificuldade em se conciliar o modelo gerencial de gestão, marcado pelo discurso publicitário próprio do *marketing* institucional, que claramente se insere na chamada Ordem do Imaginário (BUCCI, 2019), com a independência, imparcialidade e autoridade que o Poder Judiciário deve preservar, considerando suas raízes fincadas na Ordem do Simbólico (BUCCI, 2019).

A solução para a dificuldade aqui apresentada certamente não combina com respostas fáceis ou saídas mágicas, mas, a nosso sentir, passa pela superação de algumas deficiências notadas no gerencialismo, principalmente no que diz respeito à sua incapacidade de construir canais de participação popular.

Considerando que, de acordo com Denhardt e Denhardt (2000, p. 533-557, *apud* BLIACHERIENE; RIBEIRO; FUNARI, 2013, p. 6), o princípio

da governança pública prega uma gestão que busque *servir* em vez de *dirigir*, torna-se claro que cabe ao gestor não apenas pensar estrategicamente, mas, também, agir democraticamente, focalizando nas demandas do público-alvo e garantindo o envolvimento ativo da sociedade em todas as etapas do processo decisório de políticas públicas e até de questões orçamentárias.

Essa noção advém da própria Constituição Federal, que fez surgir uma nova forma de gestão pública, pautada na governança colaborativa, ou governança em rede, a qual, segundo Goldsmith e Eggers (2011, p. 24-35, *apud* SOUZA; RAMOS; PERDIGÃO, 2018, p. 236), significa a síntese de quatro tendências atuais: a inserção dos cidadãos nas decisões públicas, a coordenação da gestão governamental, a garantia de acesso digital e, por fim, a incrementação do fornecimento de bens e serviços públicos.

Essa nova metodologia de governança passa por tornar o Estado mais permeável à influência da população, propiciando um processo compartilhado de tomada de decisões, o que implica a necessidade de efetivo diálogo com a sociedade civil, assegurando o respeito à pluralidade de ideias.

É isso, a nosso sentir, que deve ser introjetado nos tribunais brasileiros, é dizer, a busca por uma comunicação que não seja unidirecional, de cima para baixo, mas que consista numa verdadeira troca, o que envolve não apenas a tentativa de informar os usuários e influenciar a demanda pelos serviços jurisdicionais, mas, também e principalmente, a apreensão dos anseios sociais, no intuito de promover os necessários redimensionamentos e alterações das políticas em curso.

A respeito do tema, ensina Castro (2019, p. 47-48):

Herdeira de períodos marcados pelo coronelismo e pelo autoritarismo, a população brasileira, em geral, não tem o hábito de adotar comportamentos ativos no que se refere à busca pelo conhecimento e pela validação de seus direitos ou do acesso à informação. A essa tendência à passividade, à submissão e à desmobilização (BEZZON, 2004), alia-se a postura de distanciamento presente na maioria das

organizações, nas quais ainda prevalecem procedimentos formais e estruturas compartimentalizadas e hierarquizadas, pouco afeitas ao diálogo e, por vezes, pouco acessíveis. O resultado é um círculo vicioso que não contribui para o amadurecimento das relações sociais, tampouco para o aperfeiçoamento dos serviços públicos prestados.

Desta forma, sugere a autora que a comunicação seja vista como um instrumento de transformação social, com uma visão integrada e sistêmica das instituições, que privilegie a interação em detrimento da simples informação e, ainda, atente-se para as diversas formas pelas quais o diálogo é construído, a exemplo da própria disposição arquitetônica das unidades e da postura do atendente no balcão de informação (CASTRO, 2019, p. 48-49).

A comunicação, para ser real, deve começar dentro da própria organização, com engajamento do corpo funcional em relação à visão e aos valores que formam a identidade institucional. Também é necessário que os servidores e colaboradores tenham uma visão ampla dos papéis desempenhados, conhecendo as razões e fundamentos dos procedimentos que devem realizar dentro da estrutura organizacional. Somente assim seria possível a construção de um significado que possa ser efetivamente compartilhado pelo público (CASTRO, 2019, p. 50-51).

O fortalecimento dos setores de comunicação dos tribunais também é imprescindível, já que são eles os principais responsáveis pela formulação de medidas criativas de interlocução com a sociedade, devendo atuar de forma conjunta com outros setores, inclusive com os próprios magistrados.

Nesse ponto, vale destacar que as políticas comunicacionais devem, sim, envolver a participação da magistratura – aqui ganham relevância, por exemplo, as iniciativas de alguns tribunais e escolas judiciais de disponibilizar cursos de “*media training*” a juízes e juízas, voltados ao aprimoramento de suas habilidades

de comunicação verbal e não verbal³. Consideramos recomendável, porém, que se preserve, o quanto possível, a imagem do(a) julgador(a), inclusive por conta dos deveres éticos de comedimento, prudência e abstenção que envolvem a função exercida, e pelo risco, tratado em linhas pretéritas, de uma excessiva exposição redundar numa verdadeira espetacularização da atividade jurisdicional.

A tarefa de comunicar demanda não apenas a transmissão de uma mensagem, mas também e principalmente a sua compreensão pelo receptor, evitando-se interpretações equivocadas ou distorcidas, e a abertura para apreensão de percepções e novas ideias. A formação de um diálogo horizontalizado e de mão dupla entre o Judiciário e o público, portanto, exige um alto grau de profissionalismo e o uso de técnicas específicas, o que requer investimento, capacitação e, evidentemente, engajamento dos profissionais lotados nos setores de comunicação.

A esses setores deve ser atribuída a função de disponibilizar informações sobre o papel, as ações e iniciativas da instituição. Também o andamento dos processos judiciais e administrativos, os dados orçamentários e de desempenho operacional dos membros e servidores devem ser passados à população de maneira compreensível e, também, colocados para discussão e recebimento de sugestões.

Quanto às decisões judiciais de maior complexidade ou de grande repercussão, deve haver, sempre que possível (nos casos em que a publicidade não represente afronta aos direitos fundamentais em jogo), uma espécie de “tradução” do pronunciamento, tanto ao jurisdicionado quanto a outros interessados, é dizer, uma explicação, em linguagem acessível e com ampla divulgação nos meios disponíveis, dos fundamentos fáticos e jurídicos utilizados na decisão, preferencialmente com um suporte teórico simplificado dos institutos que, em geral, são tão pouco compreendidos pelo cidadão comum.

3 Cite-se, a título de exemplo, o treinamento recentemente oferecido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em parceria com a Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes. Disponível em: <http://ejef.tjmg.jus.br/curso-media-training-relacionamento-de-magistrados-com-a-imprensa-modalidade-a-distancia-com-tutoria/>. Acesso em: 30 jul. 2021.

Considerando que a construção de uma relação de confiança com o público é um esforço contínuo, a ser desempenhado, analisado e corrigido dia após dia, é importante que os tribunais possuam, ainda, um trabalho de prevenção de possíveis crises de imagem institucional, com o mapeamento constante dos riscos potenciais. E, caso venha a ocorrer uma situação de crise, que os setores responsáveis pela comunicação institucional estejam preparados para fornecer suporte ao(à) magistrado(a) ou servidor(a) envolvido, no sentido de desenvolver um plano conjunto para abordagem do problema, o qual pode envolver pronunciamentos oficiais ou não, a depender da estratégia escolhida.

Todos esses objetivos em torno de uma interação ágil, assertiva, fluida e transparente com a sociedade devem ser buscados de forma estratégica, com planejamento e através de profissionais capacitados, mas também democrática, garantindo-se uma efetiva participação social e a valorização das pessoas, e não apenas da produtividade. Adota-se, nessa perspectiva, os aspectos positivos da visão gerencial, adaptando-os ao modelo de governança colaborativa, pautada na transparência e no diálogo.

Levando em conta que um dos fatores que geram frustração e descrédito e, portanto, prejudicam o estabelecimento de vínculos entre as instituições e a sociedade é justamente a incongruência dos discursos com a realidade percebida (CASTRO, 2019, p. 50), tem-se que o mais importante, na elaboração de uma política comunicacional pelo Judiciário, é que sua preocupação não esteja somente na construção de uma imagem desejada perante o público, mas principalmente no constante aperfeiçoamento técnico e racional das decisões proferidas, no afastamento das máculas que tanto prejudicam a adequada prestação jurisdicional e no aumento do acesso à justiça pelos mais necessitados ou, em outras palavras, na efetiva melhoria do sistema de justiça para aqueles que a ele recorrem.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das pesquisas recentemente publicadas em torno da realidade atual do Poder Judiciário, é possível extrair dados relevantes para o desenvolvimento de

uma comunicação mais transparente, horizontal e assertiva desse Poder com a sociedade.

Fatores como o crescimento da litigiosidade no Brasil, com o número de processos aumentando ano após ano; o maior protagonismo do Poder Judiciário desde a democratização advinda da Constituição Federal de 1988; e, ainda, o desenvolvimento tecnológico e a globalização, que tanto afetam as relações sociais, acrescentando um dinamismo à vida contemporânea, têm desafiado o sistema de justiça a buscar novos caminhos para recuperar a confiança da sociedade, entendida como fundamental num Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Conforme apurado nas pesquisas mencionadas, um entrave existente na concretização desse objetivo tem sido a incompreensão de grande parte da população acerca do papel do Judiciário e de seu funcionamento no sistema político, o que revela a urgente necessidade de os tribunais brasileiros se dedicarem ao desenvolvimento de diálogos interinstitucionais saudáveis e construtivos, bem como à construção de uma política eficiente e coesa de comunicação social.

As estratégias de *marketing* institucional, apesar de relevantes, não podem perder de vista o dever de reserva e máxima impessoalidade dos julgadores e julgadoras, cuja função se acha inserida na ordem do Simbólico, sendo, por isso, avessa às arenas do entretenimento e do Espetáculo que ocupam o campo do Imaginário (BUCCI, 2019).

Nesse cenário, o presente artigo defende ser indispensável a implantação de um modelo colaborativo de governança no âmbito do Poder Judiciário, assim como o fortalecimento dos setores de comunicação dos tribunais, com contínua capacitação de seus profissionais, para que possam operar de maneira articulada, coordenada e próxima de todos os atores relevantes, com linguagem homogênea e, principalmente, sintonizada com as necessidades dos usuários.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília,

v. 12, n. 96, p. 05-43, fev./maio 2010. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/25/21>. Acesso em: 14 out. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 14 out. 2021.

BLIACHERIENE, Ana Carla; RIBEIRO, Renato Jorge Brown; FUNARI, Marcos Hime. Governança pública, eficiência e transparência na administração pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 133, 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=84228>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

BUCCI, Eugênio. Dissonâncias estruturais na comunicação do Poder Judiciário no Brasil: perguntas. **MATRIZES**, v. 13, n. 2, p. 45-60, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/matrizes/article/view/155199>. Acesso em: 12 jul. 2021.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Saraiva, 2011. *E-book*.

CASTILLO, Alexandra; SILVER, Laura; WIKE, Richard. **Many across the globe are dissatisfied with how democracy is working**. Pew Research Center, 29 Apr. 2019. Disponível em: <https://www.pewresearch.org/global/2019/04/29/many-across-the-globe-are-dissatisfied-with-how-democracy-is-working/>. Acesso em: 18 set. 2021.

CASTRO, Aline. Comunicação Pública como Cultura Organizacional. In: NASSAR, Paulo; SANTOS, Hamilton. **Comunicação Pública**: por uma prática mais republicana, São Paulo: Aberje, 2019. p. 47-55.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Gestão da Comunicação nos Tribunais**. Brasília: CNJ, 2010. (Série CNJ Acadêmico, 1). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/1-5-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília, CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 85 de 8 de setembro de 2009**. Dispõe sobre a Comunicação Social no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/98>. Acesso em: 09 fev. de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 326 de 26 de junho de 2020**. Dispõe sobre alterações formais nos textos das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3366>. Acesso em: 09 fev. 2021.

DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Trad. por Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. *E-book*.

GABRIEL, Martha. **Você, eu e os Robôs**: Pequeno Manual do Mundo Digital. São Paulo: Atlas, 2020.

GLOBAL BAROMETER SURVEYS. **Exploring Support for Democracy Across the Globe**: report on key findings. [Taiwan?]: [Jain University Press], 2018. Disponível em: <https://www.globalbarometer.net/FileServlet?method=DOWNLOAD&fileId=1532652452008.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2021.

LAVAREDA, Antonio; MONTENEGRO, Marcela; XAVIER, Roseane. **Estudo da Imagem do Poder Judiciário**. Brasília: AMB: FGV: IPESPE, 2019. Disponível em: <https://cpj.amb.com.br/wp-content/uploads/2021/05/2019-Estudo-da-Imagem-do-Judiciario-Brasileiro.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2021.

PINTO, Esdras Silva; GABRIEL, Anderson de Paiva. O Futuro da Justiça: prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável. *In*: REZENDE FILHO, Durval Augusto *et al.* **Magistratura do Futuro**. Rio de Janeiro: Editora JC, 2020. p. 167-197.

PORTO, Noemia. O Desafio da Relação Sincrônica entre Poder Judiciário, Sociedade e Democracia: O Olhar de Dentro da Magistratura Brasileira. *In*: REZENDE FILHO, Durval Augusto *et al.* **Magistratura do Futuro**. Rio de Janeiro: Editora JC, 2020. p. 59-80.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. Almedina: Coimbra, Portugal, 2014. *E-book*.

SAUERBRONN, João Felipe Rammelt; LODI, Marluce Dantas de Freitas. Construção da Imagem Institucional do Poder Judiciário: uma análise baseada nas campanhas publicitárias do Conselho Nacional de Justiça. **Cadernos EBAPE. BR**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 925-945, dez. 2012.

SOUZA, Luciana Cristina; RAMOS, Karen Tobias França; PERDIGÃO, Sônia Carolina Romão Viana. Análise crítica da orientação de cidadãos como método para otimizar decisões públicas por meio da técnica nudge. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 234-250, ago. 2018.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos, a magistratura que queremos**. Brasília: PUC-Rio, 2018. Disponível em: <https://cpj.amb.com.br/wp-content/uploads/2021/05/2018-Quem-somos-a-Magistratura-que-queremos.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

SUBMETIDO: 21/08/2021

APROVADO: 14/10/2021

**RESSIGNIFICARTE: UMA EXPERIÊNCIA DE TRABALHO DO
SERVIÇO SOCIAL JUNTO ÀS MULHERES ASSISTIDAS PELO
1º JUIZADO DA MULHER DE FORTALEZA**

***RESSIGNIFIARTE: AN EXPERIMENT OF SOCIAL WORK ADDRESSING
WOMEN ASSISTED BY THE 1ST COURT OF DOMESTIC AND FAMILY
VIOLENCE AGAINST WOMEN FROM FORTALEZA***

Jordianne Moreira Guedes

Mestra em História pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Especialista em Estratégias no Enfrentamento à Violência contra a Mulher pela Escola de Saúde Pública do Ceará. Especialista em Educação Especial pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Técnica em Música pela UECE. Bacharela em Serviço Social pela UECE. Assistente social do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Cantora e compositora.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-9376-6870>

E-mail: jordianne.guedes@tjce.jus.br

Resumo

O presente artigo tem como objetivo relatar a experiência de trabalho desenvolvida pelo Serviço Social do 1º Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Fortaleza. Parte de uma metodologia de atendimento às mulheres que denunciaram seus agressores e solicitaram arquivamento dos processos e das medidas protetivas. O referido trabalho tem na linguagem artística musical o fio condutor do processo, visando facilitar o debate sobre a Lei Maria da Penha, os tipos de violência previstos na legislação e a cultura machista e patriarcal ainda fortemente presente na sociedade. Com caráter descritivo, o artigo se referencia em bibliografia que dialoga com o tema, e sua construção pautou-se em metodologia ao mesmo tempo quantitativa e qualitativa. O trabalho desenvolvido mostra-se relevante à medida que dialoga com as mulheres sobre seus direitos, o contexto e as especificidades da violência doméstica, e as possibilidades de superação do

ciclo da violência. Os resultados alcançados podem ser considerados significativos no que diz respeito à utilização da dimensão estética e lúdica da linguagem musical para estimular a reflexão das mulheres participantes sobre as violências domésticas, por elas vivenciadas, e suas interrelações com a sociedade, ainda estruturada no machismo e no patriarcado.

Palavras-chave: Violência Contra a Mulher. Música. Serviço Social. Lei Maria da Penha.

Abstract

This paper aims to report a work experiment performed by the Social Work department of the 1st Court of Domestic and Family Violence against Women from Fortaleza. It is based on a methodology of providing support for women, victim of domestic violence, who have denounced their aggressors and afterwards decided to drop the charges and waive protective measures. The referred experiment has the artistic language of music as its main principle, in order to smooth the debate regarding the Maria da Penha Act, the types of violence against women specified in the law and the culture of sexism and patriarchy, still strong in society. The article is a descriptive study based on related bibliography. It was built over both quantitative and qualitative methodologies. The experiment is relevant because it dialogues with women with regard to their rights, to the context and specificities of domestic violence and to the possibility of overcoming the cycle of violence. The results achieved could be considered significant with regard to the use of the aesthetic and playful dimension of the musical language to stimulate women's reflection about the domestic violence they have experienced. And also, these women's interrelations with the society still characterized by sexism and by patriarchy.

Keywords: Against Women. Song. Social Service. Maria da Penha Law.

1 INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha, Lei 11.340, promulgada em 2006, foi resultado de muitos debates, lutas e articulações dos movimentos feministas. O título da

Lei consistiu em homenagem a uma cearense que buscou justiça nos organismos internacionais, após sofrer com recorrentes atos de violência doméstica praticados pelo então marido, o qual também tentou assassiná-la.

Frutos da Lei Maria da Penha, os Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher integram a Rede de Atendimento às Mulheres em Situação de Violência¹ e contam com Equipes Multidisciplinares, as quais têm como atribuições, dentre outras, atuar no atendimento às mulheres vítimas de violência, aos agressores e familiares das partes dos processos.

O Serviço Social faz encaminhamentos para as demais instituições da Rede de Atendimento às Mulheres em Situação de Violência e/ou para instituições parceiras. Além dessa atuação, presta orientações quanto aos direitos das mulheres e aos trâmites processuais; e desenvolve ações socioeducativas de cunho preventivo, através de palestras e oficinas em escolas, empresas e outras entidades.

O presente artigo é um relato de experiência, que se mostra relevante na medida em que descreve uma metodologia de trabalho empregada com mulheres que passam e passaram por situações de violência doméstica, e puderam refletir sobre este fenômeno e sobre seus projetos para o futuro, mediante os atendimentos realizados pelo Serviço Social do 1º Juizado da Violência contra a Mulher de Fortaleza.

O referido trabalho se apoia na utilização de instrumentais que traçam o perfil socioeconômico das mulheres atendidas, e no aporte da arte, especificamente a música, como veículo de sensibilização e estímulo para o debate acerca da violência doméstica e da Lei Maria da Penha. A utilização da música popular

1 A “[...] rede de atendimento faz referência ao conjunto de ações e serviços de diferentes setores (em especial, da assistência social, da justiça, da segurança pública e da saúde), que visam à ampliação e à melhoria da qualidade do atendimento, à identificação e ao encaminhamento adequado das mulheres em situação de violência e à integralidade e a humanização do atendimento.” Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/rede-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 01 fev. 2021.

brasileira como instrumento de sensibilização e reflexão sobre a violência contra as mulheres, se deve a experiência da profissional da área de serviço social, que também é cantora e compositora, e se sentiu impelida a criar uma metodologia para o atendimento às mulheres que solicitam arquivamento de seus processos, visto que há a alta demanda por desistência por parte das mulheres atendidas pela Equipe Multidisciplinar.

Neste sentido, o objetivo do presente artigo é descrever a experiência do Serviço Social no 1º Juizado da Mulher de Fortaleza, considerando o trabalho realizado juntamente às mulheres que solicitam arquivamento dos processos e das medidas protetivas, em particular, a experiência de facilitação do grupo ResignificArte.

2 METODOLOGIA

Para Yamamoto (1998), o Serviço Social é uma profissão ao mesmo tempo investigativa e interventiva, no sentido de que precisa analisar e compreender criticamente a realidade na qual se insere para propor ações que interfiram em sua transformação. Entendendo que a investigação e a intervenção devem se pautar em parâmetros teórico-metodológicos, ético-políticos e técnico-operativos, a criação de estratégias metodológicas para o atendimento às mulheres que solicitam desistência de seus processos no 1º Juizado da Mulher de Fortaleza, nortearam-se pela busca de compreensão e análise do perfil socioeconômico destas mulheres, dos contextos socioculturais nos quais estão inseridas, e das motivações para a desistência. Para tanto, a criação e aplicação de instrumentais de coleta de dados, associados à escuta qualificada e ao trabalho em grupo foram fundamentais.

Com metodologia ao mesmo tempo qualitativa e quantitativa, este artigo é um relato de experiência, com caráter descritivo, referenciado em bibliografia que dialoga com o tema. Desse modo, converge com a compreensão de Minayo (2001), quando a autora associa a abordagem qualitativa ao universo de significados, crenças, valores e atitudes. Já o quantitativo vincula-se à apreensão do tamanho e

da magnitude de um fenômeno, por meio de sua quantificação. Fonseca (2002), acrescenta, ainda, que a utilização dos dois métodos “permite recolher mais informações do que se poderia conseguir isoladamente.” (FONSECA, 2002, p. 20).

A abordagem quantitativa relaciona-se à aplicação de instrumentais durante os atendimentos individuais, cujas tabulações resultam na sistematização e compilação de dados estatísticos sobre o perfil das mulheres atendidas, traçado anualmente pelas profissionais da Equipe Multidisciplinar, e sobre o perfil da desistência propriamente dita. Por meio destes dados é possível investigar e analisar os motivos pelos quais as mulheres declinaram de suas decisões iniciais, além de outras informações, a exemplo do tipo de relação mantida com o agressor e o tempo decorrido entre a denúncia e a solicitação do arquivamento do processo.

Já o aspecto qualitativo diz respeito à realização do grupo ResignificArte, o qual complementa o atendimento individual, fortalecendo o aspecto coletivo, através das trocas de experiências entre as mulheres participantes, tendo como objetivos: provocar, através da música, reflexões sobre os diversos tipos de violências previstas na Lei Maria da Penha; e sensibilizar para uma interpretação crítica sobre a cultura machista e patriarcal que (re) produz e naturaliza as violências de gênero no cotidiano das mulheres.

Os aspectos quantitativos e qualitativos da metodologia empregada se cruzam quando se observa o resultado da tabulação dos dados colhidos na primeira etapa do atendimento com a identificação do perfil das mulheres. Os números, ou percentuais, em torno de cada questão levantada, convertem-se em problemática a ser estudada para o planejamento dos atendimentos e das diretrizes do trabalho realizado. Nesse sentido, é fundamental ultrapassar uma

[...] visão pragmática e reducionista de instrumentalidade, passando a uma compreensão para além do tecnicismo do uso de instrumentos e técnicas no fazer profissional com uma reflexão dos significados dessas ações; apreendida como categoria de mediação que viabiliza a superação da imediatividade, das singularidades das demandas postas à profissão, que tem como foco de intervenção as expressões da questão social (SOUSA; VALE, 2020, p. 101)

A metodologia de atendimento às mulheres subdivide-se em duas etapas. No primeiro momento a mulher é atendida individualmente, quando narra a situação de violência vivenciada e os motivos da solicitação da desistência. Durante o atendimento são aplicados instrumentais que vão traçar seu perfil socioeconômico, e o perfil da desistência. São solicitadas informações acerca da idade, escolaridade, estado civil, local de moradia, trabalho, renda, religião, raça/etnia, número de filhos, quantos deles são filhos do acusado, tempo de relacionamento com o agressor, tipos de violência sofrida, problemas de saúde, dependência química, motivos da desistência, e tempo entre a denúncia e o pedido de arquivamento. Esses dados são tabulados e o resultado converte-se em relatório no final de cada ano.

No segundo momento, já encaminhadas após a realização do atendimento individual, as mulheres participam do grupo ResignificArte, quando são recebidas em uma sala privativa, com cadeiras dispostas em círculo, numa perspectiva de quebra de hierarquia e compreensão de troca de saberes, diferente de um modelo professoral, ou propriamente de palestra, em que a plateia se dispõe em fileiras.

Conduzida pela Assistente Social e por uma estagiária, a reunião se inicia com a apresentação das participantes, quando estas têm oportunidade de falar além de seus nomes, suas expectativas em relação ao momento do grupo, e, caso se sintam à vontade para fazê-lo, compartilhar um pouco da situação de violência doméstica vivenciada. À medida que as apresentações avançam, seguindo o círculo formado, cada mulher deve lembrar o nome das anteriores. Sendo assim, a última a se apresentar cita o nome de todas. Tal dinâmica facilita a quebra de uma tensão observada, já que as mulheres não se conhecem, e enfrentam, em certa medida, um constrangimento pela exposição, apesar de todas estarem na mesma condição. As profissionais também seguem o ritual de apresentação e explicam o objetivo do grupo, que é refletir sobre a violência doméstica contra a mulher e a sociedade na qual todas estamos inseridas.

Abre-se então a conversa, provocada pela escuta de músicas, cujas letras são projetadas, através de *slides*, e distribuídas de forma impressa entre as participantes. Geralmente, a canção é escolhida a partir do levantamento prévio do tipo de violência que mais predominou naquele grupo, conforme os tipos preconizados pela Lei Maria da Penha. Contudo, cabe destacar que a maioria das mulheres costuma sofrer mais de um tipo de violência, para além do que consta em Boletim de Ocorrência. Também são ouvidas canções que enaltecem a mulher e estimulam a denúncia.

Após a escuta das canções e a roda de conversa em torno de seus conteúdos, quando se tem oportunidade de discutir o patriarcado e o machismo como geradores da violência contra a mulher, passa-se ao diálogo sobre os tipos de violências previstos na Lei Maria da Penha, e sobre os crimes passíveis de arquivamento das denúncias. Momento em que as participantes compreendem que há situações em que poderão arquivar apenas as medidas protetivas, como é o caso, por exemplo, do crime de lesão corporal, quando a mulher sofreu violência física².

O grupo então se encerra e as participantes que mantêm a decisão de arquivarem seus processos e medidas protetivas são encaminhadas para audiência com a Magistrada, quando assinam o termo de desistência, e são orientadas a acessar a Lei quantas vezes seja necessário, bem como acessar a Equipe Multidisciplinar, caso sintam necessidade.

2 “O crime de lesão corporal decorrente da violência doméstica e familiar contra a mulher, [...] deve ser processado mediante ação penal pública incondicionada, sendo, por essa razão, irrelevante a falta de representação da vítima ou sua retratação”. O Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424/DF, e a Súmula 542 do Superior Tribunal de Justiça atribuíram interpretação conforme a Constituição Federal às disposições da Lei Maria da Penha. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/crimes-e-procedimentos/crime-de-lesao-corporal-acao-penal-publica-incondicionada>. Acesso em: 23 jan. 2021.

Dialoga-se com as mulheres sobre o ciclo da violência³ e os tipos de violência previstas pela Lei Maria da Penha, tanto no atendimento individual, como no trabalho realizado em grupo.

O veículo para o debate em grupo é a dimensão estética e lúdica, acessada pela música, mais especificamente o cancionário brasileiro, com “ênfase no discurso como forma de ação” (GARCIA; SANTANA, 2020, p. 443). Através de escuta atenta às mensagens trazidas nas letras das canções, a reflexão se dá no sentido da compreensão de que a música não é mero entretenimento, podendo ser instrumento de respaldo ou questionamento da cultura vigente.

Em face do reduzido número de profissionais, e da alta demanda por desistência dos processos, não é possível realizar um acompanhamento ou monitoramento dos casos de forma continuada, o que denota as dificuldades enfrentadas, reflexo da realidade na qual se insere a profissão em diversos campos de atuação. Conforme afirmam Cruz e Netto (2020, p. 196):

Em meio à rotina estafante de trabalho, diretamente relacionada ao aumento da complexidade e da diversidade das manifestações da questão social, à minimização das políticas públicas pelas diretrizes neoliberais na condução do Estado, ao processo de precarização do trabalho que atinge o Serviço Social e os usuários, pode parecer difícil para o(a) assistente social refletir sobre as demandas que se apresentam e acerca dos meios e dos fins desse atendimento.

Ao longo de cinco anos, somados do ano de 2015, quando o trabalho teve início, ao ano de 2019, já que 2020 foi um ano atípico, em face do isolamento social imposto pela pandemia da COVID 19, foram realizadas cerca de 60 reuniões do grupo ResignificArte pelo Serviço Social do 1º Juizado da Mulher de Fortaleza,

3 “O termo foi criado pela psicóloga norte-americana Lenore Walker em 1979 e passou a ser usado para identificar padrões abusivos em uma relação afetiva. Segundo Walker, o ciclo da violência divide-se em três fases: aumento de tensão, ataque violento e a calma ou ‘lua de mel’”. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/destaques/o-que-e-como-enfrentar-e-como-sair-do-ciclo-da-violencia/>. Acesso em: 01 fev. 2021.

considerando a frequência de um grupo por mês. Com uma média de 15 participantes por grupo, têm-se o total de cerca de 900 mulheres atendidas.

Ressalta-se que para a elaboração da metodologia de trabalho aqui descrita e para a sua implementação junto às mulheres atendidas, prezou-se pelo respeito aos princípios do Código de Ética Profissional da(o) Assistente Social, entendendo que este último preconiza o questionamento da cultura machista patriarcal e as ações no sentido de transformação dessa cultura; a defesa intransigente dos direitos humanos; o empenho da eliminação de todas as formas de preconceito, incentivando o respeito à diversidade, a participação de grupos socialmente discriminados, a discussão das diferenças; e o posicionamento em favor da equidade e da justiça social.

3 RESULTADOS

Os resultados observados, a partir do trabalho realizado com mulheres que solicitam arquivamento de seus processos e das medidas protetivas expedidas em seu favor, têm vertentes que se relacionam tanto com o público alvo atendido, como com o exercício da profissão e suas implicações teórico-metodológicas, técnico-operativas e ético-políticas. E por que não dizer socioculturais?!

São mulheres que buscaram arquivamento de seus processos, e puderam, mesmo que de forma pontual, refletir com a ajuda da música – linguagem artística presente no cotidiano e que atravessa classes, gêneros, raças e gerações - sobre a violência que sofreram, a relação desta com uma cultura historicamente marcada pelo patriarcado, as possibilidades de superação de tal situação, e a legislação em vigor, a qual tem por objetivo coibir a violência doméstica contra a mulher.

No tocante ao exercício profissional, no campo sociojurídico, mais especificamente voltado às mulheres em situação de violência doméstica que acessaram a Lei Maria da Penha, pode-se considerar como resultado o elo entre a prática reflexiva e o processo de definição de finalidades e dos meios utilizados para seu alcance. Mediações necessárias e possíveis, afinadas ao projeto ético-político do

Serviço Social (CRUZ; NETO, 2020), permeadas por ações criativas. E particularmente no caso do Serviço Social do 1º Juizado da Mulher de Fortaleza, por que não dizer, mediações artísticas?

4 DISCUSSÃO

De acordo com pesquisa realizada pelo Instituto Maria da Penha em 2016, neste mesmo ano Fortaleza ocupava o 3º lugar entre as capitais com maior número de casos de violência doméstica, do tipo física, contra as mulheres. Ainda segundo o referido Instituto, 19% das entrevistadas na capital cearense sofreram algum tipo de agressão pelo menos uma vez na vida.

Já no âmbito nacional, pesquisa realizada pelo Fórum de Segurança Pública e pelo Instituto Data Folha, em 2019, mostrou que 16 milhões de mulheres brasileiras com 16 anos ou mais sofreram algum tipo de violência no ano de 2018. Conforme a referida pesquisa, 76,4% das mulheres declararam ter sofrido grave agressão cometida por um conhecido, sendo 23,8% namorado, cônjuge, ou companheiro, e 15,2% ex-namorados e ex-companheiros. Afirma Minayo (2005, p. 118):

A violência contra a mulher, vista a partir das relações de gênero, distingue um tipo de dominação, de opressão e de crueldade nas relações entre homens e mulheres, estruturalmente construído, reproduzido na cotidianidade **e subjetivamente assumido pelas mulheres**, atravessando classes sociais, raças, etnias e faixas etárias. (grifo nosso)

Nesse sentido, Scott (1995, p.75), entende que

[...] o termo “gênero” torna-se uma forma de indicar ‘construções culturais’ - a criação inteiramente social de ideias sobre os papéis adequados aos homens e às mulheres. Trata-se de uma forma de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas de homens e de mulheres. “Gênero” é, segundo esta definição, uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado.

A partir desse parâmetro, a violência contra as mulheres pode ser considerada a expressão mais severa da desigualdade de gênero, sendo compreendida como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ, 1994).

Bandeira (2017, p. 19) denomina a violência contra as mulheres como uma forma de violência que está para além de um instrumento ou de uma ferramenta, constituindo-se em um fim em si mesmo, “pois se trata de uma ‘força social’ que estrutura as relações de [poder] entre os gêneros, que modela as dinâmicas sociais”. Ainda, “a violência contra a mulher não ocorre aleatoriamente. Deriva de uma organização social de gênero que privilegia o masculino.” (OSTERNE, 2011, p. 133)

A lei Maria da Penha é seguramente uma das maiores conquistas das mulheres brasileiras na história recente. No entanto, o grande desafio para coibir a violência doméstica do ponto de vista institucional se apresenta em vários níveis: primeiro, transformando as mentalidades, os valores e as ideias; segundo, o da constituição de uma vontade política em direção à democratização das relações sociais de gênero; como terceiro obstáculo, têm-se as restrições orçamentárias e a falta de treinamento dos recursos humanos dos operadores do direito para lidar com as mulheres vítimas de violência doméstica. (MELO; THOMÉ, 2018, p. 169) (grifo nosso)

Os olhares para esse fenômeno, no sentido de seu enfrentamento, são relativamente recentes no Brasil, datando da década de 70, do século XX, as primeiras manifestações dos movimentos feministas, no sentido de dar visibilidade à questão (ARAUJO, 2017). O combate a essa violência passou também pela reivindicação de políticas públicas voltadas para a proteção das mulheres, consistindo assim numa das principais bandeiras de lutas dos movimentos feministas em meio ao contexto da redemocratização do país.

A campanha com o lema “*Quem ama não mata*”, realizada nos anos 1980, a partir de um manifesto em decorrência dos assassinatos de mulheres em Minas Gerais, marcou a atuação dos movimentos feministas no combate à violência contra as mulheres no Brasil (MEDEIROS, 2011). Nesse contexto, surgiram as primeiras Delegacias de Defesa da Mulher, os Centros de Orientação Jurídica à Mulher, as Casas Abrigos, dentre outros equipamentos que sinalizaram para iniciativas de políticas públicas voltadas para o enfrentamento à violência contra as mulheres.

A Lei Maria da Penha também foi fruto de muitos debates, lutas e articulações dos movimentos feministas nacionais e internacionais. O nome dado à legislação foi homenagem a uma cearense. Uma de tantas mulheres que compõem a alta estatística da violência doméstica no Brasil.

Faz-se relevante definir o que se entende por violência doméstica contra a mulher. Osterne (2011, p. 138), tomando por base Saffioti e Guerra, definem a partir de suas especificidades, as quais estariam relacionadas ao local onde ocorre predominantemente o ambiente do domicílio, sua rotinização, seu caráter interpessoal e intrafamiliar.⁴

A violência doméstica contra a mulher está estreitamente relacionada a um modelo de sociedade patriarcal, o qual consiste no poder simbólico atribuído aos homens no que concerne ao controle dos corpos e das sexualidades das mulheres, mediante o uso legítimo da força (SAFFIOTI, 2015). As ideias que sustentam o patriarcado podem ser violentas, e se manifestam nas mais diversas expressões da vida, a exemplo das artes, e mais especificamente da música.

Desse modo, a atuação do Serviço Social do 1º Juizado da Mulher de Fortaleza baseia-se na problematização da violência endêmica contra as mulheres

4 “A violência doméstica também apresenta suas especificidades e sobreposições parciais em relação aos outros conceitos. Ocorre, predominantemente, no interior do domicílio e uma de suas características mais relevantes, na concepção de Saffioti, é sua rotinização. Por levarem uma vida mais reclusa, as mulheres estão infinitamente mais expostas à violência doméstica. Incide sempre sobre as mesmas vítimas e poderá tornar-se habitual. A sociedade, via de regra, é complacente com este tipo de violência”. (OSTERNE, 2006, p. 23)

e das dinâmicas sociais que a sustentam na sociedade, mediante o questionamento e a tentativa de desconstrução da cultura patriarcal juntamente às mulheres atendidas, destacando-se, em um dos trabalhos realizados, a utilização da música brasileira como veículo de comunicação, sensibilização e reflexão acerca da violência doméstica contra as mulheres, e de suas raízes históricas e estruturais.

A música, sobretudo a chamada ‘música popular’, ocupa no Brasil um lugar privilegiado na história sociocultural, lugar de mediações, fusões, encontros de diversas etnias, classes e regiões [...]. O Brasil, sem dúvida, uma das grandes usinas sonoras do planeta, é um lugar privilegiado não apenas para ouvir música, mas também para pensar a música. (NAPOLITANO, 2005, p.7)

Diante do alto índice de demanda por desistência dos processos, em 2018, por exemplo, 78% das mulheres atendidas pela Equipe solicitaram arquivamento de seus processos e medidas protetivas⁵, ou seja, apenas 22% deram continuidade às ações judiciais, e pensando na música como linguagem artística que tem o poder tanto de referendar a violência, e reproduzir ideias vinculadas à cultura machista e opressora, como de questionar essa cultura, concebeu-se o grupo ResignificArte.

Cabe salientar que a denominação grupo está relacionada à reunião de mulheres que têm em comum a violência sofrida e a demanda de arquivamento dos processos após terem denunciado, ou seja, a abordagem é feita coletivamente, e não individualmente, como na primeira etapa do atendimento. Contudo, o trabalho realizado aproxima-se mais de um modelo de oficina, facilitada pelo Serviço Social, e vivenciada por mulheres diferentes a cada encontro.

É importante destacar que “a instrumentalidade do Serviço Social é entendida como a capacidade adquirida pela profissão em seu amadurecimento histórico e social para responder às demandas que lhe são colocadas” (VALE;

5 Relatório anual do ano de 2018, dos atendimentos realizados pela Equipe Multidisciplinar do 1º Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Fortaleza.

SOUSA, 2020, p. 100). Desse modo, entre os instrumentais utilizados para a abordagem das mulheres, destaca-se o uso de canções⁶, meio de comunicação empregado pela profissional da área, que também é cantora e compositora.

Observa-se, em diversos estilos musicais do repertório brasileiro, a recorrência de mensagens que aludem às representações de gênero e à violência contra as mulheres, desde as músicas mais antigas, de compositores como Noel Rosa, datadas do início do século XX, até as canções atuais do estilo sertanejo, por exemplo. Há também aquelas que se contrapõem a uma cultura opressora e falam da emancipação e autonomia femininas. Canções com esses vieses são utilizadas no debate com as mulheres atendidas no 1º Juizado da Mulher de Fortaleza. “A importância em estudar as possibilidades de produção de sentido da música popular, no que se refere às questões de gênero [...], deve-se à inquestionável centralidade desse artefato cultural nos ambientes urbanos atualmente” (SENRA, 2014, p. 29).

“Sabe-se que o sistema das relações de gênero está ligado às atribuições sociais de papéis, poder e prestígio, sendo sustentado por ampla rede de metáforas e práticas culturais associadas ao masculino ou ao feminino” (LIMA; SANCHES, 2009, p. 181). Dentre estas redes de metáforas e práticas culturais destacam-se aqui canções selecionadas para discussão no grupo, por trazerem em suas letras passagens que aludem à violência contra a mulher, a exemplo das músicas: “*Mulher Indigesta*”, de Noel Rosa, cuja composição data de 1932, representando a violência física; “*Ciúme de Você*”, de Luiz Ayrão, gravada por Roberto Carlos em 1968, a qual remete à violência psicológica; e “*Se te agarro com outro te mato*”, versão gravada por Sidney Magal, em 1976, da canção de mesmo nome, do argentino Cacho Castaña. Esta última, representando o feminicídio, que tem sua Lei específica, a Lei n. 13.104/2015, mas que guarda estreita relação com a violência doméstica, pois pode representar um ponto final trágico do ciclo da violência.

6 “O canto sempre foi uma dimensão potencializada da fala.” (TATI, 2008, p. 41) A canção, para Tati, está relacionada a sua regularidade rítmica, algumas com temas recorrentes em refrões, e a entoação coloquial do canto, que se aproxima da fala.

Na primeira canção, as mulheres atendidas se defrontam com um refrão que diz: “*mas que mulher indigesta, indigesta, merece um tijolo na testa*”. Outro trecho da letra diz: “*E quando se manifesta, o que merece é entrar no açoite...*”. Conforme Garcia e Santana (2020, p. 446) “No repertório de Noel Rosa, os fatores de objetificação física e social da mulher, o sentimento de posse do homem e o julgamento moral quando ela não cumpre com os pré-requisitos da normatividade são latentes”.

Na segunda música, o refrão diz: “*Mas é ciúme, ciúme de você...*”, após estrofes que remetem claramente ao controle relacionado à violência psicológica, mas que culturalmente se travestem de amor e cuidado. “*Se você demora mais um pouco, eu fico louco de ciúme de você...Se você põe aquele seu vestido, lindo, e alguém olha pra você, digo que já não gosto dele... Esse telefone que não para de tocar... quero então saber logo quem lhe telefonou...*”.

Já a terceira canção destacada fala abertamente de um crime de assassinato, que ao longo da história foi entendido como crime passional, associado à suposta legítima defesa da honra masculina, remetendo aos muitos feminicídios que ocorrem porque o autor do crime não aceita o fim do relacionamento. “*Se te agarro com outro te mato, te mando algumas flores e depois escapo*”, refrão cantado com toda a irreverência da performance de Sidney Magal. A música tem ainda versos que dizem: “*Posso até ser ciumento, mas ninguém esquece tudo que passou...Fico até aborrecido, quando telefona para os teus amigos...*”.

Segundo Garcia e Santana (2020, p. 446), ao se traçar uma linha do tempo ao longo das décadas, “começando pelos sambas da década de 1930 até músicas de hoje, pode-se perceber que o padrão comportamental machista é tão evidente na sociedade”. Contudo, há também na música brasileira, principalmente tomando por referência os últimos anos, já no século XXI, canções que questionam o machismo e os papéis de gênero tradicionalmente estabelecidos.

Como exemplo de canções utilizadas durante o grupo, que enaltecem a figura da mulher e estimulam a denúncia da violência, destaca-se “*Respeita as Mina*”, de Kell Smith, lançada em 2017, e “*Maria da Vila Matilde*”, de Douglas

Germano, gravada por Elza Soares no disco “*A Mulher do Fim do Mundo*”, lançado em 2015.

Na primeira o refrão diz: “*Respeita as mina, toda essa produção não se limita a você, já passou da hora de aprender, que o corpo é nosso, nossas regras, nosso direito de ser*”. Destaque também para alguns trechos de estrofes que dizem: “*Cê fica em choque por saber que eu não sou submissa, e quando eu tenho voz ‘cê grita ‘ah lá a feminista!’ Não aguenta pressão, arruma confusão, para que ‘tá feio, irmão!... Não leva na maldade não, não lutamos por inversão, igualdade é o x da questão, então aumenta o som. Em nome das Marias, Quitérias, da Penha Silva, empoderadas, revolucionárias, ativistas...*” A música representa um recado das mulheres para os homens, e sua mensagem fala de uma autonomia feminina que ainda incomoda.

Já a canção “*Maria da Vila Matilde*” faz menção à Lei Maria da Penha e cita o número 180, veículo de comunicação para denúncia. A música inicia-se dizendo: “*Cadê meu celular? Eu vou ligar pro 180, vou entregar teu nome, e explicar meu endereço. Aqui você não entra mais, eu digo que não te conheço...*”. Já o refrão adverte o agressor: “*Cê vai se arrepender de levantar a mão pra mim*”. “*Maria da Vila Matilde*” é um recado claro ao agressor, no qual a mulher diz que sabe de seus direitos e da legislação que a protege.

A música, mais propriamente a canção, linguagem artística de largo alcance entre classes, gêneros e raças diferentes, tem o poder de (re) produzir valores e condutas ou de questioná-los, pois “[...] irrompe como uma manifestação cultural e retrato social em um corte espaço-temporal que relata os valores e costumes da população” (GARCIA; SANTANA, 2020, p. 446). Desse modo, pode legitimar a violência ou contestá-la em denúncia, pois reproduz ou tenciona a ordem de gênero vigente. Lançar mão dessa linguagem para uma comunicação lúdica e direta com as mulheres atendidas, possibilita reflexões e questionamentos sobre a ordem social estabelecida. Sua audição atenta e transformada

em debate tem o poder de suscitar questionamentos acerca da manutenção de um *status quo* relacionado à cultura hegemônica, que ainda se referencia nos valores do patriarcado.

A metodologia de trabalho utilizada no grupo ResignificArte oportuniza às mulheres participantes uma visão mais ampla sobre a violência doméstica vivenciada. Uma reflexão que se baseia no lúdico, com o aporte da música, a qual permite que um assunto doloroso e cruel, presente na vida das mulheres, possa ser debatido, mesmo que de forma pontual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei estadual n. 13.925, de 26 de julho de 2007, cria os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher nas Comarcas de Fortaleza e Juazeiro do Norte, no Ceará, como desdobramento do que preconiza a Lei Federal n. 11.340/2006. A referida legislação prevê, também, a criação dos cargos de Assistente Social e Psicóloga(o), em face da necessidade de uma Equipe Multidisciplinar que atue nos referidos Juizados.

O 1º Juizado da Mulher de Fortaleza, conta em com tais profissionais em sua Equipe Multidisciplinar, sendo uma profissional de cada área citada, as quais assessoram a Magistrada, através da elaboração de estudos de casos, com emissão de relatórios e pareceres técnicos.

O Serviço Social do 1º Juizado da Mulher de Fortaleza depara-se com todos os desafios supracitados e compreende que a questão social se apresenta em suas diversas facetas, uma das quais diz respeito à violência doméstica contra a mulher e as dificuldades de romper o ciclo da violência, o que se expressa na elevada demanda por arquivamento dos processos e das medidas protetivas.

Como contraponto a esses desafios, o trabalho desenvolvido através do grupo ResignificArte alia arte, mais precisamente música popular brasileira, aos

preceitos do Código de Ética da profissão e ao que preconiza a Lei Maria da Penha, no intuito de garantir direitos, e facilitar o processo reflexivo em torno do ciclo da violência, do patriarcado e de uma cultura opressora que ainda atinge muitas mulheres no Brasil e no mundo. A realização do referido trabalho faz-se importante e necessária, assim como são necessárias “ações educativas permanentes que permitam, num futuro próximo, o empoderamento feminino e uma melhor vida social.” (MELO; THOMÉ, 2018, p. 171)

REFERÊNCIAS

A Mulher do Fim do Mundo. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/A_Mulher_do_Fim_do_Mundo. Acesso em: 3 jan. 2021.

Letra da música disponível em: <https://www.lettras.mus.br/elza-soares/mulher-do-fim-do-mundo/> Acesso em: 08 nov. 2021.

ARAUJO, M. L. G. *et al.* **Caderno diálogos sobre experiências no enfrentamento a violência.** Fortaleza: Escola de Saúde Pública, 2018.

BANDEIRA, L. M. Violência, gênero e poder: múltiplas faces. *In:* STEVENS, Cristina *et al* (org). **Mulheres e Violências: interseccionalidades.** Brasília: Technopolitik, 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.662/93 de regulamentação da profissão.** Código de ética do/a assistente social. 10. ed. rev. e atual. Brasília: Conselho Federal de Serviço Social, 2012.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher... Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 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... Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 23 jan. 2021.

BRASIL. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as mulheres; Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Rede de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres**, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/rede-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 01 fev. 2021.

CEARÁ. 1º Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Fortaleza. **Relatório da Equipe Multidisciplinar 2018**. Fortaleza, CE.

CEARÁ. **Lei nº 13.925/2007 de 25 de julho de 2007**. Cria os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher nas Comarcas de Fortaleza e de Juazeiro do Norte e dá outras providências. Disponível em: <https://bela.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/organizacao-tematica/trabalho-administracao-e-servico-publico/item/4741-lei-n-13-925-de-26-07-07-d-o-de-31-07-07>. Acesso em: 20 ago. 2020.

COMO SURTIU A CANÇÃO. Disponível em: <http://comosurgiuacancao.blogspot.com/2013/10/ciumes-de-voce-de-roberto-carlos-1968.html>. Acesso em: 23 jan. 2020.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, 24., 1994, Pará. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CRUZ, David Pereira; NETTO, Edméia Corrêa. Desafios e perspectivas da dimensão técnico-operativa da instrumentalidade do Serviço Social no Sociojurídico. In: VALE, Erlenia *et al.* (org.). **Trabalho e Instrumentalidade do Serviço Social**. Fortaleza: UECE, 2020. p. 192-218.

DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS (Brasil). Tribunal de Justiça. Crime de lesão corporal: ação penal pública incondicionada. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/crimes-e-procedimentos/crime-de-lesao-corporal-acao-penal-publica-incondicionada>. Acesso em: 01 fev. 2021.

FERNANDES, T. O que é e como enfrentar o ciclo da violência. **Agência Patrícia Galvão**, 10 dez. 2018. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/destaques/o-que-e-como-enfrentar-e-como-sair-do-ciclo-da-violencia/>. Acesso em: 01 fev. 2021.

FERREIRA, M. Sidney Magal traça perfil generoso e raso de si mesmo em autobiografia. **G1**, 19 nov. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/musica/blog/mauro-ferreira/post/sidney-magal-traca-perfil-generoso-e-raso-de-si-mesmo-em-autobiografia.html>. Acesso em: 23 jan. 2021.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da Pesquisa Científica**. Fortaleza: UECE, 2002.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil**. 2. ed. 2019. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/visivel-e-invisivel-a-vitimizacao-de-mulheres-no-brasil-2-edicao/. Acesso em: 21 ago. 2020.

GARCIA, R. M.; SANTANA, W. K. Objetificação da Mulher na Música Brasileira: perspectivas discursivas com base nos estudos de gênero. **Macabea: Revista Eletrônica do Netlli**, v. 9, n. 3, p. 441-457, 2020.

IAMAMOTO, M. V. **O Serviço Social na contemporaneidade: trabalho e formação profissional**. São Paulo: Cortez, 1998.

INSTITUTO MARIA DA PENHA (Ceará). **Violência Doméstica e seu Impacto no Mercado de Trabalho e na Produtividade das Mulheres**. Fortaleza: IPECE, 2016. Disponível em: http://www.institutomariadapenha.org.br/assets/downloads/relatorio_II.pdf. Acesso em: 02 ago. 2019.

LIMA, C. D.; SANCHES, N. P. A construção do eu feminino na música popular brasileira. **Caderno Espaço Feminino**, v. 1, n. 1, p. 181-205, 2009.

MEDEIROS, L. A. Quem ama não mata: a atuação do movimento feminista fluminense no enfrentamento da violência doméstica contra a mulher perpetrada pelo parceiro íntimo. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 26., 2011, São Paulo. **Anais** [...]. São Paulo: [s. n.], 2011.

MELO, H. P.; THOMÉ, D. **Mulheres e Poder**. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

MINAYO, M. C. S. (org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 2001.

MINAYO, M. C. S. Violência contra a mulher: uma questão transnacional e transcultural das relações de gênero. *In*: SOUZA, Edinilsa Ramos; MINAYO, Maria Cecília (org.). **Impacto da Violência na Saúde dos Brasileiros**. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. p. 117-140.

NAPOLITANO, M. **História & Música: história cultural da música popular**. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

OSTERNE, M. S. F. A. Violência contra a mulher na dimensão cultural da prevalência do masculino. **O Público e o Privado**, n. 18, p. 129-145, jul./dez., 2011.

OSTERNE, M. S. F. O sentido da violência e as especificidades da violência contra a mulher no contexto das relações de gênero. **O Público e o Privado**, n. 8, p. 15-32, jul./dez., 2006.

PRADO, C.; MOREIRA, M. C. Há 80 anos, mulher já levava tijolo na testa na música brasileira. **Folha de São Paulo**, 03 jul. 2014. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/06/1777550-ha-80-anos-mulher-ja-levava-tijolo-na-testa-na-musica-brasileira.shtml>. Acesso em: 23 jan. 2021.

SAFFIOTI, H. **Gênero Patriarcado Violência**. 2. ed. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2015.

SENRA, I. Z. M. **Canções Vadias**: mulheres, identidades e música brasileira de e grande circulação no rádio. 2014. Dissertação (Mestrado em Comunicação) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

SCOTT, J. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez., 1995. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>. Acesso em: 01 fev. 2021.

SOUSA, R. B.; VALE. E. S. Trabalho e instrumentalidade do Serviço Social: a dimensão técnico-operativa em ONGs, instituições públicas e privadas. *In*: VALE, Erlenia *et al.* (org.). **Trabalho e Instrumentalidade do Serviço Social**. Fortaleza: UECE, 2020. p. 95-117.

SMITH, K. **Respeita as mina**. São Paulo: Midas Music, 2017. Disponível em: <https://soundcloud.com/kellsmithofficial/respeita-as-mina>. Acesso em: 23 jan. 2021.

TATI, L. **O Século da Canção**. 2. ed. Cotia: Ateliê Editorial, 2004.

SUBMETIDO: 02/08/2021

APROVADO: 05/10/2021

(DES)IGUALDADES DE GÊNERO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA NO BRASIL: UM ESTUDO SOBRE OS CARGOS DE JUÍZES E JUÍZAS AUXILIARES

GENDER (IN)EQUALITIES IN THE FRAMEWORK OF COURTS OF JUSTICE IN BRAZIL: A STUDY ON THE POSITION OF MALE AND FEMALE AUXILIARY JUDGES

Marcela Santana Lobo

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Maranhão. Aluna do Mestrado Profissional em Direito e Poder Judiciário da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados (ENFAM). Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-5387-7488>
E-mail: marcelalobo@gmail.com

Mariana Rezende Ferreira Yoshida

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Aluna do Mestrado Profissional em Direito e Poder Judiciário da ENFAM. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-7889-3457>
E-mail: marianarefe@hotmail.com

Adriana Ramos de Mello

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Doutora em Direito Público e Filosofia jurídico-política pela Universidade Autônoma de Barcelona. Professora da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e do Mestrado Profissional em Direito e Poder Judiciário da ENFAM. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-1756-6786>
E-mail: mello.adriana25@gmail.com

Resumo

O presente estudo reúne e analisa de forma crítica os dados sobre a participação feminina na alta administração do Poder Judiciário brasileiro, observando os cargos de juizes/as auxiliares junto às Presidências e Corregedorias dos Tribunais de Justiça, haja vista a inexatidão das pesquisas existentes acerca da temática.

A intenção do trabalho é responder às seguintes perguntas: qual o percentual de juízas convocadas para auxiliar as Presidências e Corregedorias da Justiça Estadual brasileira? E, caso haja sub-representação feminina nesse espaço, quais os prováveis motivos de tal assimetria? Esta é uma pesquisa quantitativa e qualitativa, que se vale do estudo de caso para produção de dados primários e da revisão bibliográfica. Para tanto, na etapa de quantificação, consultaram-se os repositórios na *internet* dos Tribunais dos 26 estados e do Distrito Federal, enviando-se *e-mail* oficial para aqueles onde os dados não estavam identificados com clareza nas páginas oficiais. Em sequência, esses dados foram tabelados em gráficos a fim de proporcionar uma identificação visual do gênero dos/as ocupantes desses cargos. Os dados primários obtidos foram, então, analisados à luz da teoria feminista do direito e do direito da antidiscriminação, comparando-os, ainda, com dados produzidos por trabalhos nacionais correlatos. Os resultados demonstraram que a magistratura brasileira reproduz o modelo patriarcal e sexista da sociedade em geral, o que implica na ausência de paridade de gênero e perspectiva das mulheres nos altos escalões da administração judiciária.

Palavras-chave: Desigualdade de gênero. Poder Judiciário. Magistratura. Discriminação. Sexismo.

Abstract

This study gathers and critically analyzes data on female participation in the high administration of the Brazilian Judiciary, observing the positions of auxiliary judges in the Presidencies and Internal Affairs of the State Courts, given the inaccuracy of existing research about the theme. The intention of the work is to answer the following questions: what is the percentage of judges called up to assist the Presidencies and Internal Affairs of the Brazilian State Justice? And, in there is female under-representation in this space, what are the probable reasons for such asymmetry? This is a quantitative and qualitative research, which uses a case study to produce primary data and a bibliographic review. For that, in the quantification stage, the internet repositories of the Courts of the 26 states and

the Federal District were consulted, sending an official email to those were the data was not clearly identified on the official pages. Subsequently, these data were tabulated with the production of graph in order to provide a visual identification of the gender of the occupants of these positions. The primary data obtained were then analyzed in the light of the feminist theory of law and anti-discrimination law, comparing them with data produced by related national works. The results showed that Brazilian judiciary reproduces the patriarchal and sexist model of society in general, which implies the absence of gender parity and the perspective of women at highest levels of the judiciary administration.

Keywords: *Gender inequality. Judicial Power. Magistracy. Discrimination. Sexism.*

1 INTRODUÇÃO

As desigualdades entre homens e mulheres são objeto de múltiplas pesquisas que visam a identificar distorções e produzir dados que colaborem para a implementação de políticas públicas voltadas a erradicar a discriminação e a violência contra as mulheres. Nesse sentido, estatísticas de gênero fornecidas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontam que os homens dedicam em média 10,5 horas semanais aos cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos, ao passo que as mulheres dedicam 18,1 horas semanais. Outrossim, as mulheres ocupam apenas 10,5% dos assentos da Câmara de Deputados e o percentual de mulheres concludentes do Ensino Superior supera o de homens. Conhecer essas e outras estatísticas permite a construção de diagnósticos adequados da sociedade e a reflexão sobre as políticas públicas essenciais à efetivação de direitos e ao seu exercício de forma igualitária (IBGE, 2018).

Por outro lado, no quesito violência, durante o ano de 2020, em plena pandemia da COVID-19, cerca de 17 milhões de brasileiras sofreram violência física, psicológica ou sexual, e 1.350 foram vítimas de feminicídios, das quais mais de 81% pelas mãos de seus companheiros e ex-companheiros (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2021).

No âmbito do Poder Judiciário, o interesse por levantamentos sobre o perfil da magistratura brasileira é recente e remonta a 1996, quando a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) publicou a pesquisa “O perfil do Magistrado Brasileiro”, que, à época, contou com a adesão de cerca de 1/3 dos/as associados/as, número considerado expressivo para esse tipo de abordagem. Naquela oportunidade, com relação à mulher na magistratura, destacou-se que o recente ingresso delas era um dos fatores responsáveis por transmutar a visão que julgadores/as tinham sobre o Direito, a qual passou a ser voltada mais para a perspectiva da Justiça. Quanto à representatividade feminina na carreira, verificou-se que, no primeiro grau, somente 20,7% dos/as participantes eram mulheres. No segundo grau, esse número caiu para 9,3%. Nos Tribunais Superiores, nenhuma ministra. A Justiça do Trabalho era a mais feminizada, com 33,8% de mulheres em seu quadro, e essa quantificação dos/as respondentes foi a única parte do levantamento com recorte de gênero (AMB, 1996).

Depois dessa pesquisa, houve um vácuo na produção de dados sobre os/as magistrados/as brasileiros/as, panorama que somente foi mudado em 2014, quando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), impelido pela necessidade de refletir acerca de políticas voltadas ao preenchimento de cargos no Poder Judiciário por pessoas negras e indígenas, realizou o denominado “Censo do Judiciário”, ao qual responderam 64% dos/as magistrados/as em atividade, uma amostra também bastante significativa. No que tange à participação feminina na carreira, o questionário endereçado aos/às respondentes pretendeu, entre outros pontos “[...] coletar percepções acerca da discriminação e desigualdades de gênero porventura existentes no ingresso, movimentação [na carreira]” (CNJ, 2014, p. 22).

Portanto, além de ser o primeiro censo do Poder Judiciário brasileiro, o levantamento em tela também pode ser considerado a primeira pesquisa dessa natureza que se valeu de uma metodologia feminista, nos moldes propostos por Facio (1999) e Barlett (2020), na medida em que se buscou identificar onde estavam as mulheres na magistratura e o que elas pensavam sobre assuntos que

lhes dizem respeito. Os resultados mostraram que, de 1974 a 2013, o número de mulheres que ingressaram na magistratura foi persistentemente inferior ao de homens, de modo a se estabelecer um padrão nesse sentido. Por outro lado, esse número, embora tenha, em regra, crescido ao longo dos anos, ainda não era equalizado, mesmo nos ramos mais femininos da carreira, como a Justiça do Trabalho (CNJ, 2014).

Já em 2017, sobreveio a “Nota Técnica 1”, publicada pela Associação dos Juizes Federais (AJUFE), que resultou do levantamento realizado junto a 185 magistradas federais. Ali, constou que 40,5% delas acreditam não ter mais dificuldades para ingresso na carreira quando comparadas aos colegas homens, desde que não tenham filhos. E mais de 80% informaram, entre outros pontos, que a vida pessoal é afetada pelo exercício da magistratura em maior medida que a de colegas juizes e que percebe mais dificuldades nos processos de promoção por merecimento ao Tribunal, sobretudo porque menos mulheres se candidatam, e desembargadores se identificam com candidatos do sexo masculino. Quando questionadas sobre como assegurar maior representatividade da mulher na magistratura federal, mais de 70% revelaram que a medida adequada é garantir maior presença feminina em posições de planejamento e de administração do Poder Judiciário (AJUFE, 2017).

Em 2018, o CNJ levantou novos dados sobre a temática na pesquisa “Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros”, que obteve a adesão de 11.348 respondentes. Nessa pesquisa, ficou assentado que as mulheres eram 41,5% da magistratura de 1º grau e 23% no 2º grau. A pesquisa revelou, ainda, que, em números proporcionais, há mais magistradas solteiras e divorciadas do que magistrados nas mesmas condições, além de existir, comparativamente aos colegas, um índice muito inferior no exercício de atividade docente (CNJ, 2018a).

Nesse mesmo ano, sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia, o CNJ editou a Resolução nº 255, para instituir a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, que é considerada um grande marco normativo e político para o debate e ações voltados à maior inserção

de mulheres na carreira, haja vista que, para além do visual predominantemente masculino dos Tribunais Brasil afora, os dados até então levantados demonstram a nítida sub-representação feminina no ambiente judiciário.

Eis que, na esteira dessa política, foi criado um grupo de trabalho, cuja primeira ação foi encomendar ao CNJ um amplo e verdadeiro diagnóstico quantitativo sobre a participação feminina no Poder Judiciário, resultando na pesquisa publicada em 2019, designada “Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário”, que teve a participação de 76% dos órgãos dos Tribunais brasileiros. O levantamento demonstrou que as mulheres correspondiam a 38,7% da magistratura de 1º grau; 25,7% do 2º grau; e 19,6% dos Tribunais Superiores. Também salientou que “o percentual de magistradas nos cargos de Desembargadoras, Corregedoras, Vice-Presidentes e Presidentes aumentou em relação aos últimos 10 anos, entretanto, ainda permanecem no patamar de 25% a 30%” (CNJ, 2019).

Para a nomenclatura “Juizes Convocados”, a pesquisa indicou o percentual de 31,1% de mulheres (“único caso de retração na participação das mulheres” se comparado ao patamar dos últimos 10 anos), mas não especificou quais atribuições exatamente essas magistradas estavam exercendo (se substitutas em 2º grau ou auxiliando a cúpula, por exemplo), sendo que na Justiça Estadual esse quantitativo era de cerca de 30% (CNJ, 2019).

É precisamente sobre esse ponto que se debruça o presente trabalho. Embora existam levantamentos posteriores sobre o tema, que poderiam ser aqui mencionadas por trazerem ricos conteúdos, considera-se, para o desenvolvimento da pesquisa ora apresentada, a inexatidão desse número levantado pelo CNJ no que diz respeito à atribuição exercida pelas magistradas convocadas. Nesse sentido, buscou-se, então, estabelecer quantas delas estavam na função de auxílio à Presidência e à Corregedoria dos Tribunais de Justiça.

De acordo com a Resolução nº 72/09, do CNJ, a atuação de juizes/as de 1º grau em 2ª instância, na modalidade convocação, pode dar-se para fins de

substituição (art. 118, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional) ou de auxílio, e neste último caso, a Presidência dos Tribunais poderá convocar até 2 juizes/as, e no máximo 2, para a Vice-Presidência. Além disso, a Corregedoria-Geral dos Tribunais pode nomear juizes/as na proporção de um para cada cem juizes/as efetivos/as em exercício no estado ou região, devendo justificar ao referendo do CNJ quando o número exceder a seis (CNJ, 2009).

Como se pode verificar, portanto, a função de juiz/a auxiliar da Presidência, da Vice-Presidência ou da Corregedoria-Geral dos Tribunais é um espaço importante na alta administração do Poder Judiciário, tanto que muitas leis locais permitem que tais magistrados/as pratiquem atos administrativos/jurispcionais por delegação do/a Presidente/a, Vice-Presidente/a e Corregedor/a-Geral, daí porque tais funções podem ser consideradas o segundo escalão administrativo do Poder Judiciário nacional.

Vale lembrar que a garantia de maior participação feminina nessas posições foi apontada na Nota Técnica nº 1 da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) como uma das medidas cabíveis para assegurar maior representatividade da mulher na magistratura federal (AJUFE, 2017), por isso também, passados 03 anos do último levantamento do CNJ sobre o assunto, mostra-se relevante investigar o atual cenário. Destarte, o objetivo desta pesquisa é quantificar as magistradas convocadas pelos Tribunais de Justiça para auxiliar as Presidências e as Corregedorias-Gerais e, a partir dos resultados, discutir acerca da participação feminina nesse espaço de poder institucional, valendo-se dos aportes teóricos pertinentes. Em outras palavras, a intenção é responder às seguintes perguntas: “Qual o percentual de juizas convocadas para auxiliar as Presidências e Corregedorias da Justiça Estadual brasileira?” e “Caso haja sub-representação feminina nesse espaço, quais os prováveis motivos de tal assimetria à luz da teoria feminista e do direito da antidiscriminação?”

Utiliza-se, para tanto, do método do estudo de caso, com quantificação de dados primários, a partir de consulta a repositórios oficiais, e com análise de

dados secundários, referentes a pesquisas conduzidas pelo Conselho Nacional de Justiça e associações de magistrados, identificando em tais dados onde está a mulher, conforme orientado por Barlett (2020), em seu método feminista.

Na primeira seção, explica-se a metodologia aplicada na análise dos dados produzidos e apurados. Em sequência, em nova seção, os resultados são apresentados graficamente e discutidos. Os dados são, nesse sentido, debatidos à luz da teoria feminista do direito e do direito da antidiscriminação para apresentação das considerações finais.

2 METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa quantitativa e qualitativa, de caráter analítico, que utiliza como técnica o estudo de caso, sobre a qual Chizzotti (1995, p. 102), explica ser “a pesquisa para coleta e registro de dados de um ou vários casos, para organizar um relatório ordenado e crítico ou avaliar analiticamente a experiência com o objetivo de tomar decisões ou propor ação transformadora”.

Para os objetivos iniciais deste artigo foram utilizados como referenciais a Resolução nº 255, de 04 de setembro de 2018, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2018c), que instituiu a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário e dados secundários produzidos, especialmente, pelo CNJ e por Associações de Magistratura.

O recorte foi realizado considerando os cargos de juízes/as auxiliares de Presidência e Corregedoria-Geral dos Tribunais de Justiça. No curso da coleta de dados, verificou-se a ausência de uniformidade quanto ao número de Vice-Presidências na Justiça Estadual e a (in)existência de juízes/as vinculados/as, daí porque se optou por direcionar a análise somente aos cargos comuns em todas Cortes estaduais.

Na etapa quantitativa, considerando o imperativo de disponibilidade de dados públicos, foi realizada, inicialmente, consulta aos repositórios na *internet* dos Tribunais dos 26 estados e do Distrito Federal para identificação de páginas com indicação dos/as ocupantes dos cargos de juizes/as auxiliares da Presidência e Corregedoria¹. Naqueles em que se constataram dificuldades

1 As consultas foram realizadas nos repositórios oficiais dos Tribunais estaduais brasileiros (jus.br). Identificaram-se organogramas nos sites e páginas dedicadas à identificação dos juizes auxiliares de Presidência e Corregedoria-Geral da Justiça. Assim, para a coleta de dados, entre os dias 01 de agosto de 2021 e 31 de agosto de 2021, foram consultados os seguintes endereços eletrônicos: <https://www.tjap.jus.br/portal/home/administracao.html>; <https://www.tjap.jus.br/portal/cgj2-institucional/consultas.html>; <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/institucional>; <http://www5.tjba.jus.br/portal/wp-content/uploads/2011/01/0-Ju%C3%ADzes-da-Mesa-Ju%C3%ADzes-Substituindo-15-07-2020.pdf>; <http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/institucional/>; <https://www.tjce.jus.br/vice-presidencia/>; <https://www.tjce.jus.br/corregedoria-geral/>; <https://www.tjce.jus.br/noticias/juizes-auxiliares-que-atuarao-na-gestao-do-poder-judiciario-2021-2023-sao-referendados-pelo-pleno-do-tjce/>; <https://www.tjdf.jus.br/institucional/administracao-superior/presidencia>; <https://www.tjdf.jus.br/institucional/administracao-superior/corregedoria>; <http://www.tjes.jus.br/institucional/presidencia-2/presidencia-e-mesa-diretora-do-tjes-desembargadores-supervisores-secretarios-e-coordenadores/>; <http://www.tjes.jus.br/institucional/vice-presidencia/composicao-3/>; <http://www.tjes.jus.br/corregedoria/composicao/>; http://docs.tjgo.jus.br/comarcas/foruns/RCL_listajuiz.pdf; <http://www.tjma.jus.br/institucional/cgj/juizes-auxiliares/>; <https://www.tjmt.jus.br/Lotacionograma>; https://www5.tjms.jus.br/secretarias/csm/lotacao_dos_magistrados.php; <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/institucional/presidencia/#.YP26q-hKiUk>, <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/institucional/1-vice-presidencia/#.YP27AuhKiUk>, <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/institucional/2-vice-presidencia/#.YP27OuhKiUk>, <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/institucional/3-vice-presidencia/#.YP27Z-hKiUk>, <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/institucional/corregedoria/#.YP27uehKiUk>; <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Vice-Presidencia/6235-Vice---Presidencia.xhtml>, <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Corregedoria-Geral-de-Justica/655277-composicao.xhtml>; <https://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=983461>; <https://corregedoria.tjpb.jus.br/institucional/equipe-tecnica/>; <https://www.tjpr.jus.br/composicao1>; https://www.tjpr.jus.br/1vice?p_p_id=101_INSTANCE_V1aWfV5JjSW&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&a_page_anchor=47365823; https://www.tjpr.jus.br/corregedoria?p_p_id=101_INSTANCE_hBdlYcS1yEFH&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column1&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&a_page_anchor=52520533; <https://www.tjpe.jus.br/institucional/mesa-diretora/presidencia>; <https://www.tjpe.jus.br/web/vice-presidencia/primeiravicepresidencia>; <https://www.tjpe.jus.br/web/vice-presidencia/segundavicepresidencia>; <https://www.tjpe.jus.br/web/corregedoria/composicao1>; <http://cgj.tjrj.jus.br/institucional/ju%C3%ADzes-auxiliares-da-corregedoria>; http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/vice_pres/3vice_pres/juizes-aux;; http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/vice_pres/2vice_pres/2vice_pres/

no acesso, como nos tribunais do Ceará e Maranhão², encaminhou-se *e-mail* à assessoria das presidências. Iniciou-se a coleta de dados em 1º de agosto de 2021 e finalizou-se em 31 de agosto de 2021, com foco nos cargos denominados juízes auxiliares nos respectivos repositórios. Após a coleta de dados, organizaram-se tabelas e gráficos, com estratificação por cargos (juízas auxiliares das Presidências dos Tribunais de Justiça e juízas auxiliares das Corregedorias dos Tribunais de Justiça) e por unidades da federação. Num segundo momento, esses dados são analisados de acordo com teorias e conceitos do feminismo, como gênero, sexismo e patriarcado, e do direito da antidiscriminação, em especial a categoria discriminação institucional.

Na etapa qualitativa, para a análise crítica das informações coletadas, valeu-se de pesquisa bibliográfica e de método indutivo. A partir dos resultados apurados, evidencia-se um diagnóstico parcial no Poder Judiciário, que pode destacar práticas patriarcais e contribuir para o avanço na equidade de gênero.

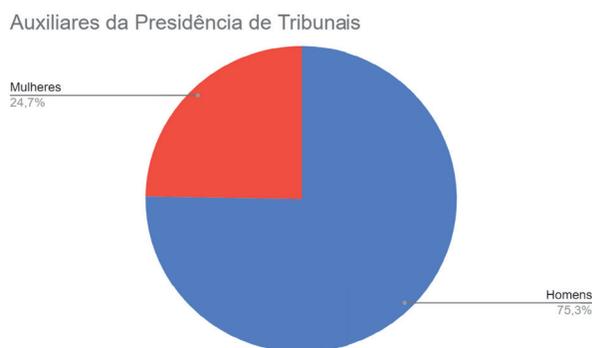
lista-dos-juizes-auxiliares; http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/presidencia/juiz_auxiliares; <http://corregedoria.tjrj.jus.br/index.php/features-2/juizes-corregedores>; <https://www.tjrs.jus.br/novo/institucional/administracao/corregedoria-geral-da-justica/institucional-cgj/>; <https://www.tjro.jus.br/corregedoria/index.php/institucional/conheca-cgj>; <https://www.tjrr.jus.br/index.php/institucional/composicao>; <https://www.tjsc.jus.br/lotacao-de-magistrados>; <https://www.tjse.jus.br/presidencia>; <https://www.tjst.jus.br/QuemSomos/Presidencia>; <https://www.tjst.jus.br/Corregedoria>; <https://www.tjse.jus.br/portal/poder-judiciario/estrutura-administrativa>; https://gestaodepessoas.tjto.jus.br/site/transparencia/funcao_gratificada_membro?utf8=%E2%9C%93&tipo_relatorio=html&transparencia_tb_membro_funcao_gratificada%5Bano%5D=2021&transparencia_tb_membro_funcao_gratificada%5Bmes%5D=5&transparencia_tb_membro_funcao_gratificada%5Bcdg_ordem%5D=&transparencia_tb_membro_funcao_gratificada%5Bcdg_unidade%5D=801010010000&button=

- 2 Como achado incidental da pesquisa, constatou-se que há diversidade na comunicação de dados ao público, com variadas disposições das informações. Há tribunais com dados extremamente intuitivos, ao passo que outros não indicam com clareza os caminhos para localização de organogramas, documentos ou descrições da composição de Presidência e Corregedoria. No Tribunal de Justiça do Maranhão, por exemplo, a inclusão dos dados referentes aos Juízes Auxiliares foi realizada após o encaminhamento de e-mail à Assessoria da Presidência. Quanto ao Tribunal de Justiça do Ceará, a resposta ao e-mail solicitando dados sobre juízes auxiliares da presidência foi respondida com a indicação de uma matéria no site. No Tribunal de Justiça da Paraíba, os dados foram obtidos por consulta à Intranet realizada por pesquisadora e integrante daquela corte. Os dados referentes aos juízes auxiliares da corregedoria nos dois casos já estavam disponibilizados no site para acesso público.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

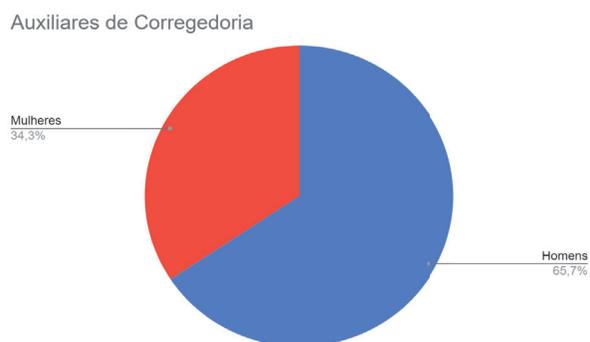
Os dados obtidos revelam que existem nos Tribunais de Justiça brasileiros 93 cargos de juízes/as auxiliares da Presidência, dos quais 70 são ocupados por homens, e 23 por mulheres; e 134 cargos de juízes/as auxiliares da Corregedoria, dos quais 88 são homens, e 46 são mulheres.

Figura 1 - Juízes e Juízas auxiliares da Presidência de Tribunais Estaduais e do Distrito Federal e Territórios



Fonte: elaborado pelos autores.

Figura 2 - Juízes e Juízas auxiliares da Corregedoria de Tribunais Estaduais e do Distrito Federal e Territórios



Fonte: elaborado pelas autoras.

Quadro 1 - Cargos de Juízes Auxiliares por Tribunal de Justiça na região Norte

Juízes - Juízas	AC	AP	AM	PA	RO	RR	TO
Cargos Total Auxiliares da Presidência	2	1	3	3	3	1	2
Cargos Total Auxiliares da Corregedoria	1	1	3	3	3	1	2
Homens auxiliares da Presidência	1	1	3	2	3	1	2
Mulheres auxiliares da Presidência	1	0	0	1	0	0	0
Homens Auxiliares da Corregedoria	0	1	1	1	3	1	1
Mulheres Auxiliares da Corregedoria	1	0	2	2	0	0	1

Fonte: elaborado pelas autoras.

Quadro 2 - Cargos de Juízes Auxiliares por Tribunal de Justiça na região Nordeste

Juízes - Juízas	AL	BA	CE	MA	PB	PE	PI	RN	SE
Cargos Total Auxiliares da Presidência	3	4	3	3	3	2	4	3	3
Cargos Total Auxiliares da Corregedoria	3	9	5	6	3	7	3	2	2
Homens auxiliares da Presidência	3	2	2	3	3	1	4	2	2
Mulheres auxiliares da Presidência	0	2	1	0	0	1	0	1	1
Homens Auxiliares da Corregedoria	2	5	3	5	2	6	2	2	0
Mulheres Auxiliares da Corregedoria	1	4	2	1	1	1	1	0	2

Fonte: elaborado pelas autoras.

Quadro 3 - Cargos de Juízes Auxiliares por Tribunal de Justiça na região Sul

Juízes - Juízas	PR	RS	SC
Cargos Total Auxiliares da Presidência	4	3	3
Cargos Total Auxiliares da Corregedoria	8	15	7
Homens auxiliares da Presidência	3	1	2
Mulheres auxiliares da Presidência	1	2	1
Homens Auxiliares da Corregedoria	7	8	6
Mulheres Auxiliares da Corregedoria	1	7	1

Fonte: elaborado pelas autoras.

Quadro 4 - Cargos de Juízes Auxiliares por Tribunal de Justiça na região Sudeste

Juízes - Juízas	ES	MG	RJ	SP
Cargos Total Auxiliares da Presidência	3	5	5	14
Cargos Total Auxiliares da Corregedoria	4	10	7	18
Homens auxiliares da Presidência	2	4	3	11
Mulheres auxiliares da Presidência	1	1	2	3
Homens Auxiliares da Corregedoria	2	8	4	7
Mulheres Auxiliares da Corregedoria	2	2	3	11

Fonte: elaborado pelas autoras.

Quadro 5 - Cargos de Juízes Auxiliares por Tribunal de Justiça na região Centro-Oeste

Juízes - Juízas	DF	GO	MT	MS
Cargos Total Auxiliares da Presidência	2	4	4	3
Cargos Total Auxiliares da Corregedoria	3	3	3	2
Homens auxiliares da Presidência	2	2	2	3
Mulheres auxiliares da Presidência	0	2	2	0
Homens Auxiliares da Corregedoria	2	3	3	2
Mulheres Auxiliares da Corregedoria	1	0	0	0

Fonte: elaborado pelas autoras.

Para se contextualizarem esses resultados, é fundamental lembrar os obtidos pelo CNJ referente ao ano base de 2018, segundo os quais “o Poder Judiciário brasileiro é composto em sua maioria por magistrados do sexo masculino, com apenas 38,8% de magistradas em atividade” (CNJ, 2019, p. 07). Por outro lado, como visto acima, na condição de convocadas para auxílio às Presidências e Corregedorias dos Tribunais de Justiça, o número médio de mulheres é ainda menor e atinge o percentual de 29,5% (figuras 1 e 2).

Outrossim, vale notar que, de acordo com o CNJ, os estados com maior participação feminina na Magistratura são Rio de Janeiro (47%), Rio Grande do Sul (47%) e Sergipe (44%), enquanto a menor participação foi detectada em Roraima (23%), Rondônia (23%) e Mato Grosso do Sul (26%) (CNJ, 2019). Já com relação aos/às juízes/as auxiliares das Presidências e Corregedorias, verificou-se que os estados do Pará, Bahia e Rio Grande do Sul são os que possuem equidade de gênero, ao passo que Amapá, Roraima, Rondônia e Mato Grosso do Sul destacam-se por não terem uma mulher sequer nessas funções. Os únicos estados em que o número de auxiliares mulheres suplanta o de homens são Acre e Sergipe, que apresentam os percentuais de 41% e 44% de participação feminina, respectivamente (CNJ, 2019).

Portanto, no universo dos três estados com maior participação feminina em geral, somente Rio Grande do Sul reproduz a igualdade de gênero nos cargos de juízes/juízas auxiliares do seu Tribunal de Justiça. Sergipe e Acre, cujo número total de magistradas está acima da média nacional de 38,8%, surpreendem por apresentarem mais mulheres do que homens nesses espaços. O Pará também adota esse padrão igualitário, sendo interessante notar que possui participação feminina pouco acima da média nacional (39%), como aponta o CNJ (2019).

Sobre o Estado do Pará, ganha destaque o estudo empírico de Kahwage e Severi, que, investigaram o motivo pelo qual em 2014, o Tribunal de Justiça daquela unidade da federação contava com o exorbitante índice de 64% de desembargadoras. Em sua investigação assinalaram ainda que esse Tribunal foi o primeiro a nomear uma mulher para a presidência (1979) e nos últimos 10 anos fora presidido na maior parte do tempo por presidentas. Após a coleta de dados, as pesquisadoras concluíram que esse quadro incomum poderia ter relação com o histórico dos vencimentos auferidos pela magistratura paraense ao longo do tempo, pois de início era uma carreira que remunerava pouco, e os homens, “enquanto esteio da família, acabavam migrando para a advocacia” (KAHWAGE; SEVERI, 2020, p. 11).

Com efeito, ao aprofundarem o levantamento sobre a remuneração da magistratura paraense entre os anos 1970 e 2016, as autoras tomaram como parâmetro a magistratura paulista e confirmaram que, de fato, o estado do Pará

sempre remunerou seus/suas juizes/as com valores menores (em 1995, por exemplo, recebiam 38% do montante auferido pelos/as paulistas), embora tenha havido uma tendência de equalização ao longo do tempo (KAHWAGE; SEVERI, 2020, p. 11-12). Portanto, plausível supor que o estado do Pará tenha essa representatividade atual por conta desse fator remuneratório mais retraído, o qual inicialmente atraiu menos os homens e possibilitou o maior ingresso de mulheres.

Por outro lado, os estados referidos pelo CNJ como aqueles que possuem a menor participação feminina (Roraima, Rondônia e Mato Grosso do Sul) (CNJ, 2019) são justamente os que não possuem uma mulher sequer auxiliando na administração. Já o Amapá, embora tenha 36% de magistradas ativas (CNJ, 2019), também não logrou convocar uma delas para tão importante função.

Destarte, as seções seguintes buscarão integrar esses dados aos estudos já produzidos acerca da representatividade feminina no Poder Judiciário e outros espaços públicos de poder, a fim de problematizá-los.

4 ANÁLISE DOS DADOS DE ACORDO COM A TEORIA FEMINISTA DO DIREITO E O DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO

Como se constata, essa é uma pesquisa feminista, valendo-se da metodologia de Faccio (1999) e Barlett (2020) para fazer a pergunta pela mulher, questionando práticas tidas como neutras, qual seja, uma presença amplamente majoritária de homens em espaços de poder. Assim procedendo, anima-se pelos aportes do movimento feminista e da teoria feminista, conceitos inspirados nos apontamentos de Dorlin (2021, p. 13-14), segundo a qual o feminismo associa-se aos movimentos históricos norteados pela luta por igualdade entre homens e mulheres “rastreamento os preconceitos relativos à inferioridade das mulheres ou denunciando a iniquidade da sua condição”.

Nesse contexto, as lentes da categoria de análise gênero serão a chave de interpretação dos dados coletados e, para tanto, o norte será aquele oferecido por Scott (1995, p. 86) nos seguintes termos: “(1) o gênero é um elemento

constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos e (2) o gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder”.

E, como teoriza Facio (1999, p. 186), “fazer uma análise de gênero é fazer uma análise que toma a variável sexo/gênero como central, explicitando a todo momento de que sexo/gênero baseia essa análise e quais são os efeitos ou circunstâncias em mulheres e homens”. Sobre a metodologia de análise das práticas jurídicas, há que se considerar, também, a lição de Barlett (2020, p. 251) que, ao discorrer sobre os métodos jurídicos feministas, reforça que uma pergunta “torna-se um método quando é feita regularmente”, e a pergunta a ser feita é a “pergunta pela mulher”, sem a qual normas e práticas poderiam se passar por neutras ou objetivas.

Nesse contexto, de acordo com os dados levantados no curso de diversas pesquisas conduzidas acerca da participação institucional feminina no Poder Judiciário, inclusive aquelas citadas na parte introdutória deste trabalho, é possível afirmar que “a magistratura brasileira é predominante e verticalmente masculina, ou seja, quanto maior o grau de ascendência, menor é a participação de mulheres” (YOSHIDA; HELD, 2019).

Esse fenômeno não é exclusivo no Poder Judiciário brasileiro, tanto que, ao analisarem estudos mundiais sobre a composição dos espaços públicos de poder, Connell e Pearse (2015, p. 259) destacam que são ocupados por homens e que “as mulheres obtiveram ‘*status*’ jurídico e o direito ao voto depois dos homens – e em algumas partes do mundo ainda não têm igualdade legal”³. A esse claro padrão de gênero, as autoras deram o nome de “estados generificados”, caracterizados pela ausência de mulheres nas esferas de poder. Assim, é preciso compreender os motivos pelos quais isso acontece, sem perder de vista o contexto social brasileiro e os dados primários ora trazidos.

Para tanto, necessário debater o conceito de sexismo, que, sob o enfoque puramente jurídico, está enunciado pelo Art. 1º da Convenção sobre a

3 Grifo no original.

Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, sigla em inglês⁴), da seguinte forma:

A expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (BRASIL, 2002).⁵

Já o conceito analítico de sexismo está fortemente ligado às pesquisas feministas sobre gênero e pode ser sintetizado na discriminação sofrida pelas mulheres pelo fato de serem mulheres, “assim, faz-se indispensável pensar o conceito de sexismo relacionando-o com sistema patriarcal que perpassa a sociedade atual e que serve como um mantenedor do ‘status quo’ social” (BOTTON *et al.*, 2019, p. 667).

A respeito do patriarcado, sustenta Lerner (2019) que se trata de uma criação histórica que levou quase 2.500 anos até ser finalizada. Remonta ao período neolítico e é baseado na ideia de família patriarcal, em que o homem/pai definia os rumos da família com um poder absoluto. Esse modelo ainda resiste na atualidade e demonstra sua força sobretudo com a hegemonia masculina nas instituições. Saffioti (2015, p. 60) arremata que o patriarcado é “um tipo hierárquico de relação, que invade todos os espaços da sociedade”.

Inclusive, dentro do espaço privado e da lógica de afeto, a divisão sexual do trabalho, anuída nos primórdios do patriarcado (LERNER, 2019), é um entrave ainda imposto à mulher para ocupação dos espaços públicos e decisórios, pois, “[...] quem realiza trabalho doméstico enfrenta restrições no acesso a recursos

4 *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.*

5 Grifo no original.

políticos fundamentais, entre os quais estão: tempo livre, remuneração e redes de contato” (BIROLI, 2018, p. 44).

O patriarcado traduz, destarte, uma relação hierárquica de poder dos homens sobre as mulheres, sendo o sexismo um dos seus desdobramentos no mundo dos fatos pela adoção de práticas discriminatórias contra as mulheres, de maneira que tanto o patriarcado quanto o sexismo forjam, em certa medida, todas as relações sociais e, por conseguinte, as instituições que delas decorrem. Com efeito, as instituições sociais exercem papel fundamental para a regulação da sociedade e, na perspectiva sociológica, são os entes responsáveis por ditar o comportamento humano e ordenar a vida em sociedade, daí porque legitimam, disseminam e conservam os valores vigentes por aquele determinado agrupamento de pessoas (JOHNSON, 1997).

Na visão de Fairchild (1944, p. 296), as instituições sociais são a soma de padrões, relações, processos e instrumentos construídos em torno de qualquer interesse social relevante, sendo as principais componentes da cultura⁶. Assim, se na gênese do contrato social ocupou-se o patriarcado de manter a hegemonia masculina, é razoável pensar a instituição política como resultado desse processo histórico, ou seja, o Estado moderno traria em seu DNA essa mesma característica e, por corolário, o sexismo. Essa manobra do patriarcado foi tão bem-sucedida, que o reproduziu nas mais diversas instituições da sociedade civil e tem se adaptado ao longo do tempo, resistindo com força até os dias atuais, como demonstram os índices econômicos e sociais das mulheres na sociedade contemporânea.

6 Tradução livre do trecho original: “The sum total of the patterns, relations, processes, and material instruments built up around any major social interest. Any particular institution may include traditions, mores, laws, functionaries, conventions, along with such physical instruments as buildings, machines, communication devices, etc. The more generally recognized social institutions are the family, the church or religion, the school or education, the state, business, and such minor items as recreation, art, etc. Institutions are the major componentes of culture”.

Com efeito, nos mais diversos recortes de estudos e pesquisas realizadas mundo afora, é possível observar que na mídia, espaços de poder e vida doméstica, as mulheres continuam a ocupar os espaços marginais e subalternizados, sendo alvo de discriminações e violências múltiplas. Tais dados, para os estudos de gênero, não são fruto do mero acaso, na medida em que constituem “um padrão e fazem sentido quando vistos como parte de arranjos mais gerais do gênero, que chamamos aqui de ‘ordem de gênero’, em sociedades contemporâneas”⁷ (CONNELL; PEARSE, 2015, p. 36). A respeito, endossa Moreira (2020, p. 609), ao afirmar que:

Mulheres também são vítimas de discriminação institucional de diversas formas. Podemos classificar o sexismo como um tipo de diferenciação que informa a operação de praticamente todos os sistemas sociais. O caráter estrutural do sexismo faz com que ele esteja presente na operação de instituições públicas e privadas porque estas são controladas por homens, o que garante a eles a possibilidade de criar normas que sempre representam seus interesses. Mulheres são impedidas de terem acesso a instituições para desempenhar certas funções porque são consideradas como atividades masculinas, são discriminadas dentro das instituições porque enfrentam obstáculos para ascensão profissional, também são admitidas em cargos diferenciados em função do sexo, além de não conseguirem ter acesso a serviços nas mesmas condições que homens teriam.

Ainda nessa seara, reflete Bourdieu (2020, p. 144) que, quanto “aos fatores institucionais da reprodução da divisão dos gêneros [...]”, imprescindível

[...] levar em conta o papel do Estado, que veio ratificar e reforçar as prescrições e proscições do patriarcado privado com as de um patriarcado público, inscrito em todas as instituições encarregadas de gerir e regulamentar a existência da unidade doméstica. [...] os Estados modernos inscreveram no direito de família [...] todos os princípios fundamentais da visão androcêntrica.

7 Grifo no original.

Estabelecidas tais premissas, o foco para análise deste trabalho é o sexismo impregnado nas estruturas do Estado, mais especificamente no Poder Judiciário brasileiro, fenômeno que se designará daqui para frente de sexismo institucional. Para entender melhor o assunto, importante mencionar a teoria da discriminação institucional em geral, sobre a qual assim disserta Rios (2008, p. 136):

[...] as ações individuais e coletivas produzem efeitos discriminatórios precisamente por estarem inseridas numa sociedade cujas instituições (conceito que abarca desde as normas formais e as práticas informais das organizações burocráticas modernas até as pré-compreensões mais amplas e difusas, presentes na cultura e não sujeitas a uma discussão prévia e sistemática) atuam em prejuízo de certos indivíduos e grupos, objeto da discriminação.

Alerta o mesmo autor que a discriminação institucional é especialmente perniciosa porque “[...] se apresenta como um fenômeno onipresente e difuso, considerado ‘normal’, naturalizado, sendo raro conseguir desvencilhar-se dela”. Em seguida, conclui que “a questão não é desvendar a presença ou ausência da discriminação, mas sim aquilatar sua extensão e intensidade, particularmente na hipótese de discriminação não-intencional” (RIOS, 2008, p. 145). De modo complementar, elucida Moreira (2020) que a discriminação institucional pode surgir, entre outras formas, no âmbito interno da instituição, verificada após o ingresso, quando pessoas dos grupos discriminados não conseguem oportunidades igualitárias de ascensão no ambiente corporativo.

Nesse contexto, importante lembrar que, quando ouvidas no primeiro Censo do Poder Judiciário, 86,6% das magistradas declararam que os concursos da magistratura são imparciais com relação às candidatas mulheres; 13,6% sustentaram ter mais dificuldades do que os colegas juízes nos processos promoção e remoção na carreira; e 64,5% sentiam-se afetadas em maior medida na vida pessoal que os colegas juízes (CNJ, 2014).

Já na Nota Técnica nº 01 da AJUFE, as magistradas federais apontaram que os principais motivos para a baixa representatividade feminina na Justiça Federal são a dupla jornada (93,66%), a dificuldade em serem acompanhadas por esposos/companheiros quando têm que se mudar em razão do trabalho (83,88%) e a maior afetação da vida pessoal da mulher no exercício da magistratura, quando comparada à dos colegas homens (81,08%). A respeito da ascensão na carreira, 81,87% “entenderam que passam por maiores dificuldades sobretudo pelos dois fatores de destaque ‘ruptura da unidade familiar’ e ‘distância da família’”⁸ (AJUFE, 2017, p. 8).

Por seu turno, as magistradas da Justiça do Trabalho também se reportam à discriminação institucional, em maior proporcionalidade no Tribunal Superior e nos Tribunais de Segunda Instância, principalmente pelos próprios pares (TST, 2019). A última pesquisa do CNJ demonstra a incipiente participação feminina nas bancas e comissões de concursos para a magistratura na Justiça Estadual, a qual gira em torno de 20% (CNJ, 2020).

Esses dados levantam não só a existência do sexismo na carreira da magistratura brasileira, mas também dão pistas acerca dos seus mecanismos de atuação, que podem ser sintetizados nas barreiras invisíveis para ascensão das magistradas em seus quadros. Com efeito, ao analisarem os números disponibilizados no Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros (CNJ, 2018a), Bonelli e Oliveira (2020, p. 156) ressaltaram que

Os dados disponíveis confirmam esse argumento crítico, mostrando que juízas e juizes que iniciaram o percurso no mesmo período tiveram oportunidades de progressão distintas, alimentando a visão de que essa desvantagem é um teto de vidro persistente no Judiciário brasileiro, assim como em outros países.

[...]

A estratificação da carreira aguça a barreira para a segunda instância, constituindo-se no teto de vidro que contém a participação delas em posições de poder da cúpula dos tribunais.

8 Grifos no original.

Portanto, as estatísticas apresentadas para debate no presente artigo evidenciam a perpetuação desse modelo patriarcal, e o acesso de mulheres aos espaços de poder e de decisão é dificultado, o que exige o estabelecimento e disseminação de políticas para as mulheres, bem como a criação de ambientes acolhedores e atentos às questões de gênero.

Como leciona Carneiro (2019, p. 315), a luta das mulheres não depende apenas da superação das “desigualdades geradas pela histórica hegemonia masculina, mas exige também a superação de ideologias complementares desse sistema de opressão como é o caso do racismo”, daí porque é relevante notar que, dada a invisibilidade persistente de marcadores raciais nos repositórios públicos consultados para o presente trabalho, não foi possível realizar uma leitura interseccional dos dados, o que significa prejuízo considerável a uma análise feminista.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil possui, como é fato público e notório, índices alarmantes de todo os tipos de violência contra a mulher, de forma que em 2016 foi considerado pela Anistia Internacional como “um dos piores países da América Latina para se nascer menina, em especial devido aos níveis extremamente altos de violência de gênero e gravidez na adolescência, além das baixas taxas de conclusão da educação secundária” (ANISTIA INTERNACIONAL, 2017, p. 86).

Em outras palavras, a representatividade feminina nos espaços públicos de poder é ínfima e, no último relatório do Fórum Econômico Mundial, o Brasil perdeu 26 posições no *ranking* de igualdade de gênero, passando do 67º lugar, em 2015, para a 93ª colocação, em 2020, numa amostra de 156 nações, o que coloca o país no constrangedor 108º lugar⁹, na categoria de participação política feminina.

9 A baixa participação feminina é discutida em editorial disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2021/04/mulheres-para-tras.shtml?origin=folha>. Acesso em 7 set. 2021.

No mesmo estudo, o Fórum Econômico Mundial reconheceu que o Brasil fechou lacunas de gênero em saúde e educação, não obstante a presença de mulheres em programas técnicos de educação superior precise ser incentivada através de políticas específicas (WORLD ECONOMIC FORUM, 2020) e, a persistir os índices apurados em edições pretéritas, as brasileiras possuem bons indicadores em saúde e educação, mas carecem de representatividade política e paridade econômica (WORLD ECONOMIC FORUM, 2020).

Essa é a tônica da ordem de gênero brasileira: as mulheres continuam sofrendo todas as formas de violência no seio da sociedade, o que reflete a existência de uma forte e arraigada lógica patriarcal em nosso modelo. Quando se direciona o olhar para o interior do Poder Judiciário brasileiro, é possível observar que o desenho organizacional da carreira também parece não ser um espaço receptivo à ocupação das mulheres, haja vista os números e relatos encontrados em pesquisas a respeito da participação feminina na magistratura e os dados ora apresentados. A ampliação da participação feminina na Magistratura, visibilizando uma composição igualitária nos espaços decisórios, é fundamental para alcançar um desenvolvimento social real, em que múltiplas perspectivas e vivências sejam introduzidas e consideradas.

A participação na política institucional tem o condão de ampliar as perspectivas, viabilizando a construção coletiva de soluções para as disputas apresentadas, pois o espaço institucional é, como definiu Biroli, um “âmbito privilegiado” (2018, p. 51), e a presença de mais mulheres permitirá que interesses a elas concernentes sejam politicamente validados.

Assim, refletir sobre os impactos do sexismo e do patriarcado para as juízas dentro de suas instituições, conferindo-lhes maior visibilidade, é um passo relevante para a superação das desigualdades. Nesse sentido, a educação sobre questões de gênero, que envolva um debate sobre os conceitos estabelecidos pela teoria feminista do direito, pode contribuir razoavelmente para a derrubada do véu que mantém a naturalização das ações persistentes de desnivelamento.

REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL BRASIL. **Informe 2016/17**: o estado dos direitos humanos no mundo. Rio de Janeiro: Grafitto, 2017.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. Comissão AJUFE MULHERES. **Nota Técnica 01/2017**. Disponível em: <http://ajufe.org.br/images/pdf/NotaTecnica01Mulheres.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2021.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **O perfil do magistrado brasileiro**. 1996. Disponível em: <https://www.amb.com.br/mwg-international/de5fs23hu73ds/progress?id=MPOiaonVnbdDbp1TVkYSh-8wWZnDdZPa9p5DIIPz3ng>. Acesso em: 17 ago. 2021.

BARLETT, Katharine T. Métodos Jurídicos Feministas. *In*: SEVERI, Fabiana Cristina *et al.* (Org.). **Tecendo fios das Críticas Feministas ao Direito no Brasil**: direitos humanos das mulheres e violências. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020, v. 2, p. 242-301. Disponível em: <http://themis.org.br/wp-content/uploads/2020/12/Tecendo-Fios-das-Cr%C3%ADticas-Feministas-ao-Direito-no-Brasil-II-%E2%80%93-Volume-1.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2021.

BIROLI, Flávia. **Gênero e Desigualdades**: limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.

BONELLI, Maria da Gloria; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Mulheres magistradas e a construção de gênero na carreira judicial. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 39, n. 1, abr. 2020, p. 143-163. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002020000100143&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 17 ago. 2021.

BOTTON, Andressa *et al.* Sexo/Sexismo. *In*: COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antonio (Org.). **Dicionário Crítico de Gênero**. 2. ed. Dourados: Editora Universidade Federal da Grande Dourados, 2019. p. 666-669.

BOURDIER, Pierre. **A dominação masculina**. 17. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 72 de 31 de março de 2009**. Dispõe sobre a convocação de juizes de primeiro grau para substituição e auxílio no âmbito dos Tribunais estaduais e federais. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/77>. Acesso em: 1 set. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário**. 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/CensoJudiciario.final.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros**. 2018a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/49b47a6cf9185359256c22766d5076eb.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria n. 133 de 28 de setembro de 2018b**. Institui Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2721>. Acesso em: 3 ago. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 255 de 04 de setembro de 2018c**. Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2670>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/cae277dd017bb4d4457755febf5eed9f.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **A Participação Feminina nos Concursos para a Magistratura**. 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_RELATORIO_Participacao_Feminina-FIM.pdf. Acesso em: 17 ago. 2021.

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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 2 set. 2021.

BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho. **Dificuldades na carreira da magistrada**. [Brasil]: ENAMAT, 2019. Disponível em: http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2019/06/Relatorio_Pesquisa_magistradas.pdf. Acesso em: 1 set. 2021.

CARNEIRO, Sueli. **Enegrecer o feminismo**: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero. *In*: LORDE, Audre. et al. (org.) *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 313-321.

CHIZZOTTI, Antônio. **Pesquisa em ciências humanas e sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1995.

CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero**: uma perspectiva global. São Paulo: nVersos, 2015.

DORLIN, Elsa. **Sexo, gênero e sexualidades**. São Paulo: Ubu, 2021.

FACIO, Alda. Metodologia para el análisis de género del fenómeno legal. *In*: FACIO, Alda; FRÍES, Lorena (Org.). **Género y Derecho**. Santiago do Chile: Edições LOM, 1999. p. 99-136.

FAIRCHILD, Henry Pratt. **Dictionary of Sociology**. New York: Philosophical Library, 1944.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2021. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em 09 ago. 2021.

IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil 2018**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf>. Acesso em 21 ago. 2021.

JOHNSON, Allan G. **Dicionário de Sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

KAHWAGE, Tharuell; SEVERI, Fabiana. Por que ter mais mulheres? O argumento da “voz diferente” nas trajetórias profissionais das desembargadoras do TJPA. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], dez. 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49176/36312>. Acesso em: 02 set. 2021.

LERNER, Gerda. **A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens**. São Paulo: Cultrix, 2019.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de direito antidiscriminatório**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado e violência**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995.

WORLD ECONOMIC FORUM. **Global Gender Gap Report 2020**. Colônia/ Genebra, Suíça. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2021.pdf. Acesso em: 26 set. 2021.

YOSHIDA, Mariana Rezende Ferreira; HELD, Thaisa Rodrigues. Paridade de gênero na magistratura. **Revista do CNJ**, Brasília, v. 3, n. 2, p. 82-91, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/issue/view/4/3>. Acesso em: 20 ago. 2021.

SUBMETIDO: 12/09/2021

APROVADO: 05/10/2021

FAMÍLIA MULTIESPÉCIE, GUARDA DE ANIMAIS DOMÉSTICOS E SEU STATUS JURÍDICO

MULTISPECIES FAMILY, GUARD OF DOMESTIC ANIMALS AND THEIR LEGAL STATUS

Nayane Gonçalves Duarte

Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza. Mestranda em Direito Constitucional, com ênfase nas relações privadas no Centro Universitário Sete de Setembro (UNI7). Advogada.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-8037-1351>

E-mail: adv.nayane@hotmail.com

Germana Parente Neiva Belchior

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora do curso de graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito do UNI7.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-1870-8958>.

E-mail: germana_belchior@yahoo.com.br

Resumo

Este trabalho tem como objetivo analisar por meio dos costumes nas relações familiares a origem das famílias multiespécies e seu desenvolvimento na contemporaneidade, o que foi evidenciado por intermédio de dados quantitativos sobre o crescimento e o vínculo familiar. Busca-se descobrir qual status legal esses animais têm no ordenamento jurídico e como eles conseguem ingressar em juízo para garantir seus direitos. Entretanto, vale ressaltar que não existe legislação específica para a resolução de conflitos que envolve esse tipo de núcleo familiar. Nesse ínterim, submete-se ao poder judiciário, por analogia, resolver os litígios com o rompimento da relação. Desse modo, o trabalho tem como problemática indagar como os conflitos que engloba animais no núcleo familiar são resolvidos pelo poder judiciário. No tocante à metodologia, a pesquisa foi

realizada de natureza qualitativa, teórica, bibliográfica, descritiva e explicativa através de material bibliográfico e documental, por meio de método indutivo. Concluiu-se que é imprescindível o entendimento de novas formas familiares, ou seja, família multiespécies, que ingressam como sujeitos despersonalizados em juízo e, não existindo legislação específica sobre o tema, o poder judiciário é acionado para que então, pela vara da família, os litígios sejam resolvidos por analogia, como ocorre com os filhos humanos.

Palavras-chave: Família multiespécie; Guarda; Animais domésticos; Status jurídico.

Abstract

This work aims to analyze, through customs in family relationships, the origin of multispecies families and their contemporary development, which was evidenced through quantitative data on growth and family bonding. The aim is to find out what legal status these animals have in the legal system and how they manage to go to court to guarantee their rights. However, it is noteworthy that there is no specific legislation for the resolution of conflicts involving this type of family nucleus. In the meantime, it is submitted to the judiciary, by analogy, to resolve the disputes with the rupture of the relationship. In this way, the work has the problem of asking how conflicts involving animals in the family nucleus are resolved by the judiciary. Regarding the methodology, the research was carried out of a qualitative, theoretical, bibliographical, descriptive and explanatory nature through bibliographic and documentary material, through an inductive method. It was concluded that it is essential to understand new family forms, that is, multispecies family, which enter as non-personified subjects in court and, as there is no specific legislation on the subject, the judiciary is activated so that, by the family court, disputes are resolved by analogy, as with human children.

Keywords: *Multispecies Family. Guard. Domestic animals. Legal status.*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre as relações dos animais de estimação como integrantes das novas formas familiares, seu status jurídico e sua probabilidade de ingressar em juízo, bem como possibilidade de representação. A partir disso, com o surgimento dessas novas modificações de vínculos familiares, os animais domésticos se apresentam como substitutos de crianças no lar afetivo. Esses animais agregados são possuidores de muito afeto e carinho por parte de seus tutores, e dessa forma, são considerados como filhos adotivos de outras espécies.

Será traçada uma base histórica dessa inclusão dos animais nas famílias a fim de demonstrar que esse contato entre animais e humanos transcorre por séculos até a contemporaneidade. Com isso, o direito brasileiro deve resguardar esse arranjo familiar, de forma que acompanhe as necessidades da população. Após a ruptura dos relacionamentos dos seus guardiões, os animais, que são vistos como filhos nas famílias multiespécies, não podem ficar desamparados.

Nesse contexto, ao passar pela classificação das famílias multiespécies, é possível a comprovação do crescimento familiar por meio de estatísticas. Em pesquisas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), de 2013, atualizada pela Associação Brasileira da Indústria de Produtos para Animais de Estimação (Abinpet), é demonstrado que os animais domésticos já substituem em grande escala os filhos de sangue ou adotivos, tendo como base estatística de 139,3 milhões de animais na população brasileira. Conclui-se que os vínculos entre as espécies, independente de raça, tornam-se mais frequentes na atualidade.

A pesquisa tem sua importância no sentido de buscar uma compreensão das situações dos animais domésticos, em específico os casos em que seus guardiões solicitam ao poder público uma forma de solucionar o impasse do fim da relação. Assim, buscam não perder os laços com os seus animais e estabelecer regras para guarda, alimentos e visitas desses pets.

Tendo como objetivo analisar a problemática de como os animais são considerados no ordenamento jurídico, a preocupação é voltada ao fato de que

não há uma legislação específica, porém, deve-se resguardar os direitos na situação de rompimento do vínculo conjugal. Portanto, o que se busca no presente artigo é indagar: Como os conflitos envolvendo animais no núcleo familiar são resolvidos pelo poder judiciário?

O artigo está dividido em três partes, além da introdução e conclusão. No primeiro tópico, serão pontuadas passagens históricas dos animais com os humanos, com o intuito de demonstrar como os animais de estimação estão inseridos no cotidiano das famílias e, então, conceituar o que se entende por família multiespécies. Portanto, comprova-se por intermédio da pesquisa do IBGE, sob um olhar sistêmico sobre o tema, que as novas formas familiares estão inseridas no nosso ordenamento jurídico de modo crescente.

Em seguida, são abordados os meios de ingresso em juízo desses animais de estimação, as teorias existentes e sua capacidade de representação em juízo, o que adentra, assim, no status jurídico dos animais.

Por fim, em um terceiro momento, evidenciam-se os direitos dos pets com a ruptura do relacionamento dos guardiões, bem como o entendimento do poder judiciário para resolver as disputas desses animais em juízo.

No tocante à metodologia, a pesquisa realizada foi de natureza qualitativa, teórica, bibliográfica, descritiva e explicativa de material bibliográfico e documental, por meio de método indutivo, na qual permite que se analise o objeto para tirar conclusões gerais ou universais, ou seja, análises de status, possibilidade de ingresso em juízo e o responsável pelo poder de representação dos animais.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE FAMÍLIA MULTIESPÉCIE

A relação dos homens com os animais domésticos não é atual, esse vínculo surgiu para auxílio da caça, pesca e tração. No início da vida, os homens e animais lutavam para conseguir alimentos e, conseqüentemente, alcançarem, paralelamente, uma forma de subsistir. Com o passar dos anos, os homens se titularam como seres racionais de uma forma superior a qualquer outra espécie, e por fim, passaram a escravizar os animais ao seu bel prazer. (RODRIGUES, 2012).

Assim, esta relação é permanente e corriqueira desde o surgimento do capitalismo até a contemporaneidade, a qual os seres humanos se tornaram consumidores de uma forma desleal. Observa-se, portanto, que cada vez mais procuram explorar os animais em proveito próprio e então, acabam por, de forma direta e indireta, prejudicar a fauna por meio de uma verdadeira forma de exploração e abusividade para com os seres vivos.

Nesse sentido, a autora Danielle Rodrigues (2012, p. 40) afirma: “Nesse painel os animais deixaram de conviver em comunhão e interação com o homem e restaram submissos ao domínio, interesse e necessidades humanas, passando a serem concebidos como propriedade do homem”. Trata-se inegavelmente de um quadro desfavorável dos animais na relação com o ser humano.

Historicamente, na Antiguidade, os animais possuíam um patamar simbólico como uma forma de proteção divina que percorre na atualidade por meio do costume local, *eg*, a vaca na Índia por viés religioso. No Brasil, protege-se os cachorros e gatos pela consideração de seus aspectos domésticos. Esses fenômenos são conceituados como esquizofrenia moral: “[...] ao mesmo tempo em que as pessoas consideram determinados animais quase membros da família, elas não têm qualquer constrangimento em utilizar produtos obtidos com a dor, o sofrimento de animais como bois, galinhas e porcos” (GORDILHO, 2008, p. 17). Como demonstrado, na Índia, consomem carne de cachorro, porém a vaca é considerada sagrada; por outro ângulo, no Brasil, membros da família seriam cachorros e gatos, mas consomem carne de vaca.

Os filósofos, por sua vez, apresentavam opiniões divergentes em relação ao convívio com os animais. Pitágoras, no século VI a.C., era vegetariano e o seu posicionamento seguia na possibilidade da reencarnação e guiava-se pela ideia de que consumindo animais poderia estar consumindo seus ancestrais, o que resultava na rejeição do sacrifício animal. (GORDILHO, 2008).

No entanto, para Aristóteles, criador do sistema ético, ou seja, uma forma de pirâmide alimentar, “concebe o universo como um ente imutável e organizado, que forma um sistema hierarquizado, onde cada ser ocupa um

lugar apropriado, necessário e permanente”. (GORDILHO, 2008, p. 20). Daí a percepção de que, não só os animais estavam na base da pirâmide, mas também os escravos, mulheres e estrangeiros, que eram considerados impuros e com isso só serviam para o interesse do homem grego. (GORDILHO, 2008).

Cabe apontar que, o cristianismo sofreu a influência do pensamento de Aristóteles, como por exemplo, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino e São Paulo, que executaram as ideias de que os animais surgiram para usufruto dos homens, criados e autorizados por Deus para esse fim, uma vez que se consideravam superiores sobre todos os animais e todo o resto da natureza. Em contraponto, surgiram filósofos, como São Francisco, que traziam a compaixão pelos animais não humanos, pois salvavam os mesmos de emboscadas e armadilhas (RODRIGUES, 2012). O mais preocupante, contudo, é constatar que, o pensamento de Aristóteles, em discordância com Pitágoras, prevalece no séc. XXI.

Diante do exposto, pelas mudanças de costumes locais, surgiu a necessidade de proteção animal, na qual o Brasil e outros países são signatários de uma Declaração Universal do Direito dos Animais, anunciada pela Unesco em 1978, em Bruxelas. (UNESCO, 1978). Essa declaração trouxe como base legal a aproximação entre animais e humanos, em busca de minimizar a crueldade.

Nesse sentido, Isis Tinoco e Mary Correia (2010, p. 182) “[...]deve-se lembrar que as Declarações universal do direito dos animais não possuem força de lei, mas em geral, exercem influência no desenvolvimento de novas regras jurídicas e nas decisões tanto no plano internacional quanto no plano interno.” Portanto, pode ser destacado o reconhecimento de que toda forma de vida é merecedora de respeito, no qual os animais são detentores de uma dignidade mínima e com isso, deve-se afastar de qualquer manifestação de crueldade entre espécies.

Dessa maneira, a partir da Constituição Federal de 1988, art. 225, caput, fica claro que o Brasil trouxe parâmetros para que todos tenham direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é bem de uso comum do povo e essencial à boa qualidade de vida, impondo-se ao poder público, guardiões,

ONGs e à coletividade o dever de proteger e preservá-lo para o cotidiano e as futuras gerações. Reafirma-se assim, que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado tem bastante relevância no sistema brasileiro, sendo esse um direito fundamental de terceira geração.

Seguindo o amparo dessa proteção, os direitos defendidos na Constituição Federal não podem ser subtraídos por legislações infraconstitucionais, e com isso, não existe possibilidade de retroceder.

Nessa mesma linha de atenção sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado, sobrepõe o conceito de fauna no sentido de um conjunto de animais encontrados em certas regiões, conta-se ainda com as subdivisões em fauna silvestre, doméstica, exótica, nativa e migratória. (SILVA; FRACALLOSSI, 2010).

Dito isto, a autora Ana Stela Câmara (2017, p. 183) conceitua de uma forma ampla, “fauna significa o conjunto de todos os animais de uma região ou de um período geológico, abrangendo aí a fauna aquática, a fauna das árvores e do solo (insetos e microrganismos) e a fauna silvestre (animais de pelo e de pena)”.

Assim, ao adotar a premissa da fauna doméstica, que é o teor deste trabalho, será feito uma análise do crescimento da população brasileira e sua quebra de paradigma, sendo notório que isso resultou no surgimento de várias formas familiares, *eg*, família anaparental, adotiva, poliafetiva, natural ou nuclear, extensa ou ampliada, substituta, adotiva, mosaico ou reconstituída, eudomonista, democrática, multiparental ou pluriparental, binuclear, paralela, poliafetiva, *on-line* ou *ifamily*, ectogenético e multiespécies.

Após acompanhar essa evolução, vale citar o conceito de união estável de pessoas do mesmo sexo, também clamada de isossexual (do grego iso, igual), como possuidores dos mesmos direitos e deveres de uma união estável heteroaletiva, pois, ainda que não prevista na Constituição Federal, é inadmissível a exclusão de status de família a ser digna da proteção do Estado. (CARVALHO, 2018, p. 55). Outra forma familiar ainda exposto pelo autor Carvalho (2018, p. 482):

A união homoafetiva ou união estável homoafetiva é a família formada por pessoas do mesmo sexo. Apenas não prevista expressamente nos modelos exemplificativos da constituição federal, é reconhecida como entidade familiar com efeitos jurídicos segundo estas e com as mesmas consequências da união heteroafetiva.

Como observado em parágrafos anteriores, as formas familiares diversas ocupam cada vez mais espaço com o passar do tempo e costumes. Ademais, cada relação é possuidora de uma particularidade. Nesse sentido, Paula Caroline Wisniewski (2019, p. 24-35) conceitua famílias multiespécies.

Frente aos grandes avanços sociais principalmente diante de sua influência nas famílias, surge uma nova concepção familiar. O casal/ indivíduo que opta por não ter filhos, seja por decisão pessoal, por todas as responsabilidades, seja em função do trabalho acaba por adotar animais para tê-los como membro familiar, e no decorrer do tempo passa a tratá-los como filhos, com todo amor, afeto, carinho e dedicação que tratariam seu descendente de sangue, ou mesmo pais com filhos que adotam animais para companhia aos filhos, e que se tornam muito mais que isso, sendo tão importantes na família, que são considerados filhos de quatro patas.

Nesse mesmo entendimento, Ravelly Dias e Germana Belchior (2019, p. 71) reafirmam: “diante da ocorrência das chamadas famílias multiespécies, ou seja, aquelas famílias formadas por pessoas e seus animais de estimação (animais não humanos)”. Observa-se que, essas formas familiares ingressaram no ordenamento jurídico com suas devidas proteções de núcleos familiares, de forma que o costume se modifica como uma quebra de paradigma no cotidiano das famílias. Essa realidade, portanto, demonstra que não existe um padrão de amor, pode-se adotar e amar um animal como seu filho de quatro patas.

Desse modo, o IBGE (2013) fez um levantamento do tamanho das famílias brasileiras, no qual a taxa de natalidade cai drasticamente. Por outro lado, com base na pesquisa, o Brasil, em números de animais de estimação, está em 4º lugar

com 132,4 milhões; entre eles, cães (52,2), aves (37,9), gatos (22,1), peixes (18,0) e outros (2,21).

Diante desse quadro, finaliza-se com a pesquisa da Abinpet 2013/2018, com base no IBGE 2013 já citado acima, foram atualizados em números os animais de estimação: 139,3 milhões, sendo, cães 3,8%, gatos 8,1%, peixes 6,1%, aves 5,7%, répteis e pequenos mamíferos 5,7% e média geral 5,2%. Conclui-se que, as famílias multiespécies crescem com o passar dos tempos e, portanto, deve-se analisar suas características e seu amparo legal, já que existe um laço afetivo entre os envolvidos no contexto familiar.

Busca-se adiante analisar como esses animais, que estão inseridos nas famílias, ao ocupar o papel de integrantes, filhos e companheiros, podem ser amparados em juízo. Uma vez que já foram adotados por um núcleo familiar pelos seus donos, tutores e curadores, não devem ser rejeitados pela legislação vigente.

3 OS ANIMAIS EM JUÍZO

O destino dos animais de estimação está na adequação da legislação para auxiliar e proteger seus direitos no seio familiar, não necessariamente por colocá-los como sujeito de direito em comparação ao ser humano, mas estabelecer o amparo desses indivíduos. Será tratado no presente tópico quais status jurídicos os animais domésticos têm na legislação.

Existe uma teoria do abolicionismo animal que aborda seus direitos com base na sciência, que seria a capacidade de sentir o que está acontecendo ao seu redor e inclui sentimentos, como a dor, de forma consciente. “O princípio fundamental da teoria abolicionista é que em hipótese alguma os interesses fundamentais dos animais devem ser negligenciados, mesmo que isso possa trazer benefícios para os homens” (GORDILHO, 2008, p. 160).

Nesse sentido, Peter Singer (2010) denuncia em seu livro o tratamento desumano que os animais passam em laboratórios e nas fazendas industriais. Esse cenário demonstra a necessidade da inclusão dos animais sencientes em

nossa esfera de tratamento moral, com a justificativa de que o ser humano não deve deixar de defender os animais e tentar buscar uma solução para diminuir o sofrimento e, por conseguinte, garantir a qualidade do bem-estar comum em escala global.

Atualmente, esses animais ainda são considerados objetos no ordenamento jurídico. A constituição considera os animais silvestres como bem de uso comum do povo e, de modo contrário, os civilistas, que consideram esses animais domésticos como propriedade privada, conceito este exposto no Código Civil Brasileiro (2002) “Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.”

Nesse cenário, os animais são considerados objetos de propriedade particular como demonstrado anteriormente. Porém, existe um projeto de lei, já aprovado pelo Senado Federal, com o teor de acrescentar ao atual art. 82 do Código Civil (2002) “Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica aos animais domésticos e silvestres.” Assim, retira-se o caráter de objeto dos animais.

Para Fernanda Medeiros (2013), os animais não são considerados objetos, já que se integram como membros da família. Mesmo sem previsão legal para resolver litígios oriundo de guarda, cabe ao “poder judiciário o conhecimento de litígios envolvendo a separação de casais que disputem ao final de seus relacionamentos, para além das relações corriqueiras (e já por vezes traumáticas das relações entre os animais humanos) [...]” (MEDEIROS, 2013, p. 213). Ou seja, na partilha dos bens de valor, o Poder Judiciário deve analisar e julgar com outros olhos quando o assunto se refere à guarda de animais, visto que a autora enfatiza o fato dos animais não serem considerados simples objetos.

Como observado, existe uma controvérsia sobre o tratamento de animais como membros da família, a qual alguns autores, a exemplo de Fernanda Medeiros, não esperam a legislação exemplificar esses vínculos e, porventura, efetivar os laços e direitos a membros da família. Porém, a norma vigente trata os animais domésticos como objetos, por isso fica à cargo do Poder Judiciário resolver por analogia o litígio.

Nessa perspectiva, os entendimentos jurisprudenciais seguem nessa linha de raciocínio, posto que os animais são seres sencientes; vejamos:

GUARDA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO. DECISÃO QUE REVOGOU A COMPARTILHADA LIMINARMENTE DEFERIDA. RECURSO PROVIDO. Guarda de animais de estimação. Insurgência contra decisão que revogou a guarda compartilhada dos cães, com alternância das visitas. Efeito suspensivo deferido. Afastada a preliminar de não conhecimento suscitada pelo agravado. Possibilidade de regulamentação da guarda de animais de estimação, seres sencientes, conforme jurisprudência desta C. Câmara e deste E. Tribunal. Probabilidade do direito da agravante, em vista da prova da estreita proximidade com os cães, adquiridos durante o relacionamento das partes. Fatos controvertidos que demandam dilação probatória, justificada, por ora, a divisão da guarda dos cães para que ambos os litigantes desfrutem da companhia dos animais. Risco de dano à recorrente em aguardar o julgamento final da demanda. Requisitos do art. 300 do CPC configurados. Decisão reformada. Recurso provido. (TJ-SP - AI: 22074432320198260000 SP 2207443-23.2019.8.26.0000, Relator: J.B. Paula Lima, Data de Julgamento: 05/11/2019, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/01/2020). (BRASIL, *on-line*)

Assim, busca-se identificar qual capacidade jurídica advém aos animais, já que os mesmos são amparados em juízos. É oportuno resgatar que a capacidade para ser parte em processo é a personalidade jurídica.

Nesse diapasão, Heron Gordilho (2008, p. 72): “Considerar o homem como único ser digno de status jurídico é uma visão equivocada, pois muitos animais, especialmente as aves e os mamíferos, possuem capacidades psicológicas e emocionais bastante desenvolvidas.”

Tese essa que, evidencia a não exclusividade da personalidade jurídica atribuída somente aos seres humanos, a não aceitação dessa corrente de pensamento, reafirma e continua o ciclo vicioso da realidade histórica e atual da sociedade, em face da falta de interesse aos casos animais.

No atual ordenamento jurídico brasileiro, é acolhida a tese que os animais devem ser assistidos em juízo como entes despersonalizados, ou seja, sem a devida titularidade de personalidade jurídica atribuída aos seres humanos. “Seja como for, abolição da escravidão animal independente de uma legislação infraconstitucional que outorgue, por exemplo personalidade jurídica aos animais, pois assim como ocorreu com condomínios, massas falidas, heranças jacentes, nascituros, etc.” (GORDILHO, 2008, p. 163).

Nesse ponto, deve-se acentuar que, não existe uma justificativa plausível para negar o ingresso em juízo dos animais, uma vez que esses têm a capacidade processual como sujeitos despersonalizados.

Dado o exposto, de uma forma subjetiva, os animais dependem de uma representação, pois não são detentores de personalidade jurídica, contrário ao que ocorre com os animais humanos. Cabe apontar que serão representados pelos seus guardiões, sociedade protetora dos animais e pelo Ministério Público.

Tal como assegurado o decreto n. 24.645/34, representados pelas sociedades protetoras ou por seus guardiões, os animais têm capacidade processual para litigar em juízo pelos seus direitos. Além disso, o ministério público está legitimado, na condição de substituto processual, a pleitear em nome próprio os direitos dos animais, podendo inclusive utilizar os remédios constitucionais disponíveis, como o habeas corpus e o mandado de segurança. (GORDILHO, 2008, p. 163)

Não restam dúvidas de que cabe ao Poder Público a proteção da fauna por norma constitucional como exposto pelo autor Gordilho. Ademais, vale ressaltar que existe uma norma legal para punir os agressores dos animais domésticos e garantir a proteção ambiental.

Empreende-se que, a representação não é exclusiva do Estado, estende-se também aos tutores, cidadãos, proprietários, donos dos animais, detentores e ONGs. Dessa forma, a legislação constitucional e infraconstitucional atribui valores morais e jurídicos nas relações envolvendo homens e animais. Por fim,

busca-se agora entender como esses animais, até o presente momento detentores de status de objetos, podem recorrer ao judiciário para resguardar laços e direitos familiares com seus tutores.

4 O DESTINO DOS ANIMAIS NOS CASOS DE DISSOLUÇÃO CONJUGAL

Em todo esse processo já exposto das famílias multiespécies, observa-se a interação afetiva entre humanos e animais, a qual os casais abdicam de filhos humanos e firmam uma composição interespécies (MEDEIROS, 2013, p. 213). Neste contexto, reafirma-se a atuação do Poder Judiciário para resolver os litígios oriundos do fim do relacionamento, com o objetivo de obter a guarda dos seus filhos de quatro patas e preservar o vínculo familiar.

Conforme verificado, o relacionamento do ser humano com os animais segue uma linha de reconhecimento, como bem exposto pelos autores, Ricardo Waldman e Cristiane Dutra (2016, p. 7-35).

O ser humano deve reconhecer os animais como formas de existência independentes do mesmo. Essa independência existe no sentido de que eles fazem parte de uma ordem maior do que o interesse ou ponto de vista de um ser humano ou de todos os seres humanos. O reconhecimento desse fato, o qual está além de toda ciência, mas que faz parte da experiência prática humana, torna a humanidade, os animais e todo o restante da natureza fonte de obrigações para os próprios seres humanos.

De toda sorte, surge o princípio da afetividade nas relações familiares que vem sendo utilizado pelos juristas como um norte na lacuna do sistema jurídico brasileiro, conforme verificado por Flávio Tartuce (2016, p. 24): “E não resta dúvidas de que a afetividade constitui um código forte no direito contemporâneo, gerando alterações profundas na forma de se pensar a família brasileira”.

Nesse enquadramento, não é exagero afirmar que a quebra de paradigma, do ponto da valorização do afeto nas relações advindas da livre manifestação de

vontade, deixa de lado o antigo sistema familiar, a qual se apresenta meramente como de procriação e patrimonial. Destaca-se na contemporaneidade, o afeto e a felicidade como topo das questões familiares, independentemente de qualquer formação parentada e sem nenhum tipo de discriminação, conforme bem demonstrado pela ministra Nancy Andrichi em um julgado:

[...]A proteção do estado ao ser humano deve ser conferida com os olhos fixo na vedação a condutas preconceituosas, discriminatórias e estigmatizantes, forte nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da solidariedade e da busca da felicidade. A inegável superação de antigos paradigmas do direito de família tem se operado pela gradativa evanescência da função procracional a definir a entidade familiar, bem como, pela dissipação do conteúdo de cunho marcadamente patrimonialista, para dar luz a comunhão de vida e de interesse pautada na afetividade, tendo como suporte a busca da realização pessoal de seus integrantes. É certo que o direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos. (STJ - Resp.: 1026981 RJ 2008/0025171-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/02/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/02/2010). (BRASIL, *on-line*).

Aliás, as famílias afetivas estão em paralelo com a despadronização do direito de família. “Esse ramo jurídico, realmente, se dedica cada vez mais a questões como direito de visita, guarda conjunta, primazia dos interesses dos filhos e outros que transcendem os aspectos meramente patrimoniais.” (COELHO, 2016, p. 28).

Com o fim do relacionamento, casais disputam a guarda dos filhos a partir de uma verdadeira competição judicial, a qual o Código Civil estabelece a possibilidade de guarda compartilhada e partilha de responsabilidade de ambos os genitores, sob dever de buscar o interesse das crianças prioritariamente. “O fim

da sociedade ou vínculo conjugal, portanto, não implica nenhuma alteração nos deveres e direitos que os pais têm em relação aos filhos.” (COELHO, 2016, p. 113).

Conforme verificado, as famílias multiespécies seguem a tendência jurisprudencial de proteger os animais por analogia com os mesmos direitos das crianças expostos anteriormente. Para embasar, Ravelly Dias e Germana Belchior (2019, p. 71) afirma:

A tendência jurisprudencial é no sentido de aplicar a estas famílias o instituto da proteção da pessoa dos filhos aos animais de estimação quando do rompimento das relações familiares a fim de proporcionar aos mesmos uma convivência familiar continuada com seus tutores baseado no princípio do melhor interesse do animal.

Do mesmo modo, vale ressaltar que existiu um projeto de lei para tratar da guarda, alimentos e visitas dos animais de estimação, porém foi arquivado e segue a resolução judiciária.

No Brasil, nenhuma legislação dispõe sobre a situação dos animais de estimação nesses casos. O Projeto de Lei n. 7196/10, do deputado Márcio França (PSB-SP), que pretendia regulamentar a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal, está arquivado. Essas demandas estão sendo resolvidas pelo Judiciário. (IBDFAM, 2018)

Diante da ausência do legislador em acompanhar as mudanças do cotidiano que regule a situação discutida, o entendimento majoritário segue pela aplicação das normas da proteção dos filhos (humanos) aos animais de estimação, uma vez que eles não podem ser objetos como demonstrado no Código Civil, no seu art. 82, já que esses animais são integrantes familiares.

A partir da abordagem de Ravelly Dias e Germana Belchior (2019), deve-se garantir a manutenção dos laços e convivência familiar, com o objetivo de atender à situação legal inadequada na atualidade de ainda considerar animais

como objetos, o que viola a dignidade tanto animal quanto humana. Prioriza-se então, a qualidade dos relacionamentos interespécies como qualquer outra relação entre pais e filhos.

Finalmente, cabe aos magistrados tomar uma decisão sobre a situação dos animais nas famílias ao aplicar, por analogia, as disposições do Código Civil quanto ao direito à companhia dos filhos, a fim de observar como ponto crucial a relação de afeto nas respectivas varas de família.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica evidente que, a passagem histórica do direito dos animais desde a época dos filósofos e religiosos da Antiguidade já demonstrava que o assunto estava em constante evolução das garantias constitucionais ao longo dos anos. Com isso, observa-se que a legislação não está engessada, pois ela se modifica com o passar do tempo e da cultura dos seres humanos.

Ora, essas consequências permanecem bem-marcadas até a atualidade em nossos costumes, afinal, como já demonstrado, os animais estão inseridos no cotidiano dos humanos como integrantes das famílias, ao serem considerados “filhos de quatro patas” e recebem todo o afeto que uma criança humana receberia. Nessa realidade, o Brasil se tornou signatário na Declaração Universal dos Direitos dos Animais, na qual originalmente estabelecem parâmetros para cada país editar e direcionar suas próprias leis e processos legislativos com o intuito de evitar crueldades com os animais para a melhoria de vida. Contudo, essa declaração não é obrigatória, ou seja, não tem força de lei, mas de um princípio norteador.

É importante considerar que existe um levantamento estatístico tratado no presente artigo da Abinpe 2013/2018, com base em dados do IBGE, o qual demonstra que o ingresso de animais pets no seio familiar está cada vez mais em crescimento e, porventura, as famílias humanas tendem a renunciar aos filhos crianças aos substituí-los por “filhos animais”. Logo, confirma-se a tese de crescimento das famílias multiespécies.

Com isso, classificam as famílias multiespécies como aquelas formadas por pessoas e seus animais de estimação. Nesse raciocínio, entende-se que todos os direitos inerentes aos filhos seguem por analogia para aplicação e uso aos pets. Pelos costumes, o Poder Judiciário, em parceria com o Legislativo, deve resguardar e acompanhar a demanda dos costumes locais vigentes.

Nesse ponto, sabe-se de antemão que, o status jurídico para ingressar em juízo desses animais serão de forma despersonalizadas, visto que, são considerados objetos, porém, existe uma emenda legislativa para modificar essa situação. Ao passo que até ser concretizada essa modificação na lei, o ingresso em juízo desses animais precisa de representação para lutar pelos seus direitos, tanto pelo poder público, quanto pela sociedade e ONGs. Conclui-se que, não é preciso colocar status de pessoa com personalidade para proteger os animais e enfatiza-se também que esses devem deixar de ser considerados objetos.

O importante, portanto, é modificar o entendimento de que os animais são apenas bens para então concluir que eles são seres sencientes e fazem parte de uma forma familiar. Com isso, por exemplo, após o fim do vínculo conjugal, em face da inexistência de legislação específica sobre o tema, aplicam-se as regras do direito de família às relações familiares com os animais, como alimentos, guarda e visitas, sob o princípio da afetividade para o bem-estar do animal ao usar a analogia.

Finalmente, a tendência de dirimir o conflito fica a cargo do Poder Judiciário nas respectivas varas de família. Observa-se que, mesmo sem legislação específica, a atividade judicial segue pela busca de entender e decidir a manutenção e proteção das famílias multiespécies, princípios basilares da afetividade dos membros familiares.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE PRODUTOS PARA ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO. **AgroANALYSIS**. Disponível em: <http://abinpet.org.br/mercado/>. Acesso em: 11 out. 2019.

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

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 janeiro 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.026.981/RJ**. Direito Civil... Recorrente: Severino Galdino Belo. Recorrido: Caixa da Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil Previ. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 04 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19165773/recurso-especial-resp-1026981-rj-2008-0025171-7/inteiro-teor-19165774>. Acesso em: 05 jul. 2020.

CÂMARA, Ana Stela Vieira Mendes. **Direito constitucional ambiental brasileiro e ecocentrismo**: um diálogo possível e necessário a partir de Klaus Bosselmann. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: família, sucessões. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Ravelly Martins Soares; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. A guarda responsável dos animais de estimação na família multiespécie. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 14, n. 2, p. 64-79, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/33325>. Acesso em: 09 out. 2019.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo Animal**. Salvador: Evolução, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Animais de estimação são alvos de disputa na justiça, 25 de abr. 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>

org.br/noticias/6605/Animais+de+estima%C3%A7%C3%A3o+s%C3%A3o+alvos+de+disputa+na+justi%C3%A7a. Acesso em: 11 out. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **População de Animais de Estimação no Brasil**. Rio de Janeiro, 2013.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direito dos animais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

RODRIGUES, Danielle Tetu. **O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 22074432320198260000/SP**. Guarda de animais de estimação. Decisão que revogou a compartilhada liminarmente deferida. Recurso provido... Relator: J.B. Paula Lima, 05 de novembro de 2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/894456431/agravo-de-instrumento-ai-22074432320198260000-sp-2207443-2320198260000>. Acesso em: 01 out. 2020.

SILVA, Anderson Furlan Freire da; FRACALOSSI, William. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Direito animal e ensino jurídico: formação e autonomia de um saber pós-humanista**. Salvador: Evolução, 2014.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual**. Salvador: Evolução, 2012.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TINOCO, Isis Alexandra Pincella; CORREIA, Mary Lúcia Andrade. Análise crítica sobre a declaração universal dos direitos dos animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 5, n. 7, p. 169-195, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11043/7964>. Acesso em: 09 out. 2019.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Bruxelas –Bélgica, 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <https://www.crmv-ce.org.br/images/PDF/DECLARAO-UNIVERSAL-DOS-DIREITOS-DOS-ANIMAIS.pdf> Acesso em: 18 out. 2012.

WALDMAN, Ricardo Libel; DUTRA, Cristiane Feldman. Direito humano à saúde e dignidade animal: experimentação com animais em benefício da saúde humana e a diretriz brasileira referente ao tratamento desses animais. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, Rio Grande do Sul, v. 6, n. 1, p. 7-35, 2016. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3869>. Acesso em: 14 mar. 2020.

WISNIEWSKI, Paula Caroline. Animais de estimação como seres de direito e a (im) possibilidade da guarda nos casos de ruptura do vínculo conjugal dos guardiões. **Revista Interdisciplinar de Ciência Aplicada**, Rio Grande do Sul, v. 4, n. 7, p. 24-35, 2019. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/ricaucs/article/view/7306>. Acesso em: 11 out. 2019.

SUBMETIDO: 18/05/2020

APROVADO: 21/10/2021

**O DIREITO DE CONSULTA E OS PROTOCOLOS DOS
POVOS INDÍGENAS COMO INSTRUMENTOS DA
DEMOCRACIA PARTICIPATIVA**

***THE RIGH OF CONSULTATION AND THE PROTOCOLS
OF INDIGENOUS PEOPLES AS INSTRUMENTS OF
PARTICIPATORY DEMOCRACY***

Raffaella Cássia de Sousa

Mestranda em Direito e Poder Judiciário
(mestrado profissional) pela Escola Nacional de
Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
(ENFAM). Juíza Federal – Tribunal Regional
Federal da 1ª Região.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-0338-5631>

E-mail: raffasousa@yahoo.com.br

Resumo

A consulta é um importante mecanismo de participação dos povos indígenas por permitir que essas coletividades discutam seus próprios direitos, justificando-se o seu estudo. O objetivo deste artigo é analisar o direito de consulta dos povos indígenas como instrumento da democracia participativa, bem como os protocolos autônomos como materialização desse direito. O artigo será estruturado em três partes. Na primeira, será analisada a participação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) na construção dos direitos dos povos indígenas. Na sequência, será examinado o direito de consulta na ordem interna e internacional, bem como a sua natureza jurídica e a relação com a democracia participativa. Na terceira parte, serão examinados os protocolos comunitários como materialização do direito de consulta. Como metodologia, adotou-se abordagem qualitativa, por meio da análise da doutrina, da legislação nacional e internacional sobre o assunto, bem como de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos

e de processos e decisões de tribunais nacionais e da Corte colombiana. Como resultados e conclusões, será apontado que o direito de consulta e os protocolos elaborados pelos povos indígenas produzem mais transparência e segurança jurídica e contribuem para a efetivação da democracia participativa.

Palavras-chave: Protocolos de consulta. Povos indígenas. Convenção 169. Democracia participativa.

Abstract

The consultation is important mechanism of participation of indigenous peoples because it allows this group talk about their rights, justifying this paper. The purpose of this paper is to analyse the right of consultation of indigenous peoples as an instrument of participatory democracy, as well the consultation protocols as effective implementation of this right. The paper is going to be divided in three parts. First, the participation of International Labor Organization (ILO) in the creation of rights of indigenous peoples is going to be analysed. After, the right of consultation in the internal and international legal order is going to be examined, as well the legal nature and the relation with participatory democracy. In the third part, the consultation protocols are going to be examined like an efetivation of the righth of consultation. As a methodoly, this paper is going to use qualitative method to analyse doctrine, domestic and international law, as well decision of Interamerican Court of Human Rights and actions and decisions of national courts and Colombian Court. As results and conclusions, it is going to be demonstrated that the right of consultation and consultation protocols of indigenous peoples creat more transparency and legal security and help for efetivation of the participatory democracy.

Keywords: Consultation protocols. Indigenous peoples. Convention 169. Participatory democracy.

1 INTRODUÇÃO

O direito de consulta está previsto no art. 6º da Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) para os povos indígenas e grupos tribais, denominada Convenção nº 169. Este documento internacional é voltado tanto para os povos indígenas quanto para os grupos tribais. Por povos indígenas, a Convenção considera aqueles que descendem das populações que habitavam o país ou determinada região geográfica na época da conquista ou colonização e que conservam suas tradições ou parte delas. Já por grupos tribais, consideram-se aqueles povos que, por suas condições culturais e organizacionais específicas, diferenciam-se do restante da coletividade nacional, como os quilombolas. Embora a Convenção nº 169 abranja todos esses povos, neste artigo serão analisados apenas os aspectos referentes aos direitos dos povos indígenas.

Além da consulta, a Convenção nº 169 trouxe o reconhecimento de diversos outros direitos dos povos indígenas, como o direito à autodeterminação de assuntos de seu interesse, o direito à terra e a práticas culturais e religiosas. No entanto, este artigo abordará tão somente o direito de consulta e os protocolos autônomos ou comunitários elaborados pelos próprios povos indígenas, tendo em vista que pretende analisar a relação entre esse direito e a democracia participativa.

O trabalho está estruturado em três partes. Na primeira, será analisada a participação da OIT na construção dos direitos dos povos indígenas. Na sequência, será examinado o direito de consulta tanto na ordem interna quanto internacional, bem como a sua natureza jurídica e a relação com a democracia participativa. Na terceira parte, serão examinados os protocolos comunitários dos povos indígenas como materialização do direito de consulta tanto no Brasil quanto em alguns países da América Latina.

Como metodologia, adotou-se uma abordagem qualitativa, por meio da análise da doutrina, da legislação nacional e internacional sobre o assunto, bem como de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do tema e de processos e decisões dos tribunais nacionais e da Corte colombiana.

2 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS: A PARTICIPAÇÃO DA OIT NO ESTABELECIMENTO DO DIREITO DE CONSULTA NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

O direito de consulta tem previsão expressa na ordem jurídica internacional desde a adoção pela OIT da Convenção nº 169, em 27 de junho de 1989. De acordo com o art. 6º da Convenção nº 169, os governos devem consultar os povos interessados toda vez que houver medidas legislativas ou administrativas capazes de afetá-los, devendo a consulta ser feita por meio de procedimentos apropriados. Ainda segundo o art. 6º, o direito de consulta deve ser livre, sem opressões e de boa-fé, com a exposição clara e acessível de todas as informações necessárias aos povos afetados.

A previsão do direito de consulta na Convenção nº 169, ainda no ano de 1989, representou importante paradigma no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas. No entanto, a inserção desse direito na ordem jurídica ocorreu por meio de uma entidade vinculada especificamente à questão trabalhista (OIT) e não por outras organizações internacionais relacionadas à proteção dos direitos humanos em geral. Diante disso, para entender a construção do direito de consulta dos povos indígenas no âmbito da OIT, é necessário retornar à criação dessa entidade e do momento histórico envolvido.

A OIT é uma agência da Organização das Nações Unidas (ONU) criada em 1919. A sua missão é “promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade.”¹ Apesar de a questão indígena por si só não constar entre os objetivos de abrangência da OIT, a disciplina dessa temática surgiu do intento protetivo dessa organização internacional em relação aos

1 As informações sobre a missão da OIT encontram-se disponíveis no site da organização. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/comeca-a-oit/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

trabalhadores indígenas. Antes mesmo da Convenção nº 169, que foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004, a OIT já dispunha sobre a proteção dos direitos dos povos indígenas por meio da Convenção nº 107, de 5 de junho de 1957. Contudo, a preocupação da OIT com a questão indígena remonta a um período anterior.

De acordo com Paulo de Bessa Antunes (2019, p. 33), no ano de 1921, essa organização internacional já adotava medidas relativas aos “trabalhadores nativos” dos países. Em 1939, a OIT aprovou a Convenção de nº 29 que dispunha sobre o trabalho forçado e “tinha como foco de sua atenção a situação dos trabalhadores indígenas e não indígenas” (ANTUNES, 2019, p. 33). Ainda segundo o autor (2019, p. 33-34), nos anos de 1952 a 1972, foi desenvolvido no âmbito da OIT um programa piloto para tratar de questões indígenas nos Andes, tendo, após, a ONU requerido que essa organização criasse um documento internacional sobre os povos indígenas. Assim, surgiu inicialmente a Convenção nº 107/1957 e, após, a Convenção nº 169 que foi adotada pela OIT em 27 de junho de 1989.

Pablo Maximiliano Macarón (2017, p. 123) destaca que a OIT foi a primeira organização internacional a tratar da questão indígena, surgindo depois outros regramentos internacionais e nacionais protetivos. Entre os principais regramentos internacionais que também tratam das questões indígenas, além da Convenção nº 169, estão a Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, sendo que todos esses documentos dispõem sobre o direito de participação dos povos na tomada de decisões, mencionando de maneira expressa o direito de consulta.

3 DO INTEGRACIONISMO AO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS: O DIREITO DE CONSULTA COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Antes da Convenção nº 169 da OIT, vigia a Convenção nº 107 fundada no integracionismo, doutrina que sustentava a necessidade de integrar o índio à sociedade dos não indígenas. Tal doutrina compreendia que os povos indígenas

estavam em um estágio inicial de desenvolvimento, de forma que seria necessária sua integração às formas de vida dos não índios, pois estes estariam em um estágio evolutivo superior (KAYSER, 2010, p. 160-161). Dessa maneira, em face da concepção vigente à época, não havia a percepção da necessidade de participação dos indígenas na tomada de decisões em projetos que lhes atingissem, o que somente foi modificado com a aprovação da Convenção nº 169, deixando de lado o integracionismo.

De forma semelhante, no Brasil também predominou a doutrina do integracionismo, inclusive com a edição do Estatuto do Índio em 1973, que trazia (e ainda traz) no art. 1º a necessidade de integrar os indígenas à comunhão nacional. Apenas com a Constituição de 1988 houve o reconhecimento do direito de os índios serem índios (SOUZA FILHO, 2017, p. 107), com a previsão expressa de seus direitos no artigo 231, abandonando-se o integracionismo.

Antes de 1988, algumas Constituições brasileiras já tinham inserido, ainda que parcialmente, a questão indígena em seus textos. A Constituição de 1934² foi a primeira norma constitucional a dispor expressamente sobre o reconhecimento dos direitos desses povos em seu artigo 129. No entanto, tal reconhecimento ocorreu apenas sob o aspecto territorial, sem que fossem estendidos outros direitos à coletividade indígena. Além disso, a norma constitucional de 1934, no art. 5º, inciso XIX previa expressamente o integracionismo, cuja regulamentação competia à União. Essa situação perdurou nas Constituições posteriores, vindo somente em 1988 a Constituição assegurar os direitos de organização social própria, costumes, línguas, crenças e tradições, além do direito ao território.

A Constituição de 1988, embora tenha abandonado o integracionismo, não trouxe um dispositivo específico sobre o direito de consulta, vindo esse direito a ingressar na ordem jurídica interna somente com a adoção da Convenção nº 169 em 2004. Não obstante isso, a norma constitucional trouxe, no parágrafo terceiro

2 O texto da Constituição de 1934 encontra-se disponível na *internet*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

do art. 231, a oitiva prévia, instrumento que, embora não se confunda com o direito de consulta, indica a preocupação do constituinte de 1988 em garantir a participação da coletividade indígena nos assuntos de seu interesse.

A oitiva prévia do parágrafo 3º do art. 231 visa à que os povos indígenas sejam ouvidos antes de o Congresso Nacional decidir sobre autorizar ou não o aproveitamento de recursos energéticos e a mineração em terras indígenas, esgotando-se após a sua formalização. Essa oitiva, embora seja uma importante forma de participação dos povos indígenas, não se trata do mesmo direito de consulta da Convenção nº 169, porque a consulta, além de dever se iniciar previamente ao empreendimento, ali não se finaliza, continuando, inclusive, após a execução do ato (FAJARDO, 2009, p. 383)³.

3.1. O direito de consulta como instrumento de democracia participativa

No Brasil, não obstante a Constituição de 1988 não tenha previsto expressamente o direito de consulta em seu texto originário, ele se encontra internalizado por meio do Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004, que promulgou a Convenção nº 169 da OIT. Esse Decreto foi revogado pelo Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019, que consolidou os atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal relativos a convenções e recomendações da OIT. Desta forma, no ordenamento jurídico nacional, o texto da Convenção nº 169 encontra-se no Anexo LXXII do Decreto de 2019, mantendo-se inalterada a sua redação.

Embora vigente a referida Convenção no território nacional, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) há uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) proposta pelo Poder Executivo do Estado de Roraima. Trata-se da ADI nº 5905. Na inicial do procedimento (BRASIL, 2018), o poder executivo de Roraima questiona a validade do art. 6º, 1, a) e de outros dispositivos da Convenção,

3 *“Pasada la consulta, seguirá funcionando el derecho de participación, pues este comprende además la aplicación y evaluación de las políticas, programas y proyectos de desarrollo.”*

trazendo como um dos argumentos que “as consultas às comunidades indígenas não podem ser num formato que, por exemplo, extinga a existência ou esvazie a autonomia e o direito ao desenvolvimento regional assegurado constitucionalmente [...]”⁴ A ADI em questão ainda aguarda decisão da Corte Constitucional.

O direito de consulta não está previsto somente na Convenção n° 169, sendo encontrado também em outros normativos internacionais. A Declaração sobre o direito das pessoas pertencentes a minorias nacionais, étnicas, religiosas e linguísticas é um documento internacional aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 1992 e dispõe sobre diversas medidas e direitos das minorias existentes nos países. Nessa Declaração, o art. 2º, item 3 prevê o direito de participação efetiva das pessoas pertencentes a grupos minoritários nas decisões tomadas a nível nacional e regional. Esse documento internacional, ainda que não mencione expressamente a palavra consulta, tem um importante papel contramajoritário, garantindo que as decisões relativas à determinada comunidade dentro de um país sejam tomadas com a sua participação.

Além desse documento internacional, a Declaração das Nações Unidas sobre o direito dos povos indígenas também traz o direito de consulta. A Declaração em comento foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 13 de setembro de 2007 e, no art. 19, prevê que os Estados deverão consultar os povos indígenas interessados. De forma semelhante à Convenção n° 169, a Declaração dos direitos dos povos indígenas da ONU prevê que a consulta deverá ocorrer de boa-fé e por meio de instituições representativas dos povos indígenas.

Há ainda, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas aprovada em 15 de junho de 2016. O artigo 23 da Declaração Americana reúne o direito de consulta dentro do artigo que dispõe sobre o direito de participação. O item 1 do art. 23 dessa Declaração da OEA assegura que os povos indígenas têm direito

4 Na data de fechamento deste artigo (08 de agosto de 2021) ainda não havia uma decisão do STF na ADI.

de participação plena e efetiva na tomada de decisões e na elaboração de leis e políticas públicas que envolvam seus direitos. No item 2, prevê o direito de consulta e de colaboração de boa-fé por meio das instituições representativas dos povos indígenas antes de os governos adotarem quaisquer medidas legislativas ou administrativas que os afetem.

A partir do momento em que se passa a garantir o direito de participação e consulta aos povos indígenas, ocorre um novo olhar internacional sobre eles, pois se reconhece não só sua cultura própria como também o direito de se auto-organizar social e politicamente. O direito de consulta é tão importante que é possível compará-lo ao direito de voto, que é condição que confere a efetiva cidadania para o indivíduo. Contudo, enquanto no voto se escolhe os representantes para que estes decidam sobre a condução do país; a consulta confere o poder de os próprios indígenas expressarem diretamente seus interesses e elevarem as suas manifestações de um caráter meramente opinativo para a expressão de um interesse jurídico garantido.

O direito de consulta tem importante papel democrático, vez que permite a participação dos povos indígenas no destino da própria comunidade. A Constituição de 1988, em seu preâmbulo, traz o país como um Estado democrático de direito, assegurando “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, de forma que admite a convivência e a participação de todas as culturas e povos. Sendo, portanto, o Brasil um Estado democrático de direito e fundado no pluralismo, evidencia-se que o direito de consulta é um “instrumento de fortalecimento da democracia participativa e de inclusão de grupos culturalmente diferenciados, exprimindo a ideia de cidadania ativa, inclusão nas deliberações públicas e protagonismo da soberania popular.” (PERUZZO, 2017, p. 5) Além disso, esse direito é fundamental para promover e garantir o respeito à cultura das diversas comunidades indígenas (MACARÓN, 2017, p. 163).

José Afonso da Silva explica que a democracia participativa “caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo” (2020, p. 143) e que a democracia, enquanto governo feito pelo povo,

pode ser direta, quando os próprios cidadãos daquele Estado exercem os atos de governo, e indireta (democracia representativa), quando o exercício dessas funções é delegado a seus representantes (2020, p. 138). Há ainda a democracia semidireta em que há tanto a participação direta do povo como a indireta.

Sobre a democracia participativa, José Afonso da Silva ainda esclarece que ela se diferencia da representativa porque não depende de eleição para a indicação de representantes (2020, p. 143). O mesmo autor menciona que os primeiros institutos da democracia participativa eram semidiretos, ou seja, uniam pontos de participação direta e indireta, como a iniciativa popular de leis, em que, após a apresentação do projeto pelos cidadãos, ele ainda seria submetido à votação entre os congressistas, e o referendo, pois, apesar de a votação ser feita pelos cidadãos, os projetos a serem levados à escolha popular são definidos pelos parlamentares.

De acordo com Paulo Bonavides (2001, p. 60), a verdadeira substância da democracia participativa é aquela direta. No entanto, não seria possível que ela fosse exercida efetiva e diretamente pelo povo sem nenhum intermediário, tal como na antiguidade clássica. Ela seria, portanto, uma fórmula mista, mantendo-se elementos representativos, mas deslocando a autoridade para o povo. Segundo o mesmo autor (2011, p. 60), poder-se-ia dizer que a “democracia participativa direta é noventa por cento mais direta que representativa.”

Conforme Baraldi e Peruzzo (2015, p. 362-365), dentre os tipos de democracia, aquele que dialoga em melhores condições com a existência das minorias é a democracia participativa, pois ela abre mais espaço para o diálogo político. Assim, podem ser considerados exemplos de abertura à participação dos povos indígenas o direito de consulta (art. 6º da Convenção 169) e a oitiva prévia (parágrafo 3º do art. 231 da Constituição).

Diante disso, embora o direito de consulta não tenha sido expressamente incorporado ao texto da Constituição brasileira de 1988, ele pode ser considerado decorrente do próprio sistema democrático e do reconhecimento, pelo art. 231, dos povos indígenas como grupos culturalmente diferenciados, com seus

costumes, línguas, crenças e tradições. A consulta é, ao mesmo tempo, instrumento de respeito dos direitos dos indígenas, enquanto povos culturalmente diferenciados, e também instrumento de democracia participativa, abrindo espaço para que as comunidades potencialmente afetadas por medidas legislativas ou administrativas possam, de maneira prévia, receber as informações sobre o empreendimento e deliberar junto a seus membros sobre as implicações dessas medidas para a sua cultura e bem-estar, além de terem a oportunidade de apresentar o seu posicionamento.

3.2 Consulta ou consentimento?

Raquel Fajardo (2009, p. 380) aponta que, a partir do desenvolvimento das normas de direito internacional, é possível destacar quatro direitos dos povos indígenas relativos à participação nos assuntos de seu interesse. Ela identifica o direito de decidir de forma autônoma os assuntos que lhes dizem respeito e três outros direitos baseados na relação com o Estado: trata-se dos direitos de participação nas discussões políticas sobre seus interesses, de consulta prévia no caso de medidas administrativas ou legislativas e o consentimento livre, prévio e informado quando há risco à integridade desses povos.

O primeiro direito (decidir de forma autônoma os assuntos de seu interesse) relaciona-se ao direito de os povos indígenas serem reconhecidos como tais, ou seja, como povos culturalmente diferenciados, com organização social própria, cabendo-lhes tomar as decisões relativas à comunidade em que vivem.

O direito de participação nas discussões políticas refere-se a um direito presente no Estado democrático, em que todos os cidadãos podem contribuir com suas experiências e opiniões, apresentando seus pontos de vista sobre diversos assuntos, seja em órgãos oficiais ou por meio de audiências públicas e outros mecanismos. Quanto a esse direito de participação destacado por Raquel Fajardo, é preciso distingui-lo do direito de consulta.

Não obstante o direito de consulta represente uma espécie de direito de participação, trata-se de institutos que não se confundem. O direito de participação é previsto em diversos artigos da Convenção n° 169 e em outros documentos internacionais e se refere ao direito de integrar grupos oficiais ou instituições para que os indígenas possam contribuir com suas experiências quando se discutam atos relacionados a eles. Por exemplo, ao falar do direito de participação, a Convenção n° 169 refere-se ao direito de atuar coordenadamente com o Estado para proteger os direitos dos povos indígenas (art. 6°), inclusive na formulação de planos e programas (art. 7°); e ao direito de participar da utilização, administração e conservação dos recursos naturais existentes no seu território (art. 15).

Na Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, o art. 23 tem como título justamente a participação dos povos indígenas e as contribuições dos sistemas legais e de organização indígenas. Nesse artigo, houve a divisão entre o item 1 que trata do direito de participação, que é definido como o direito de atuar na tomada de decisões que tenham relação com a elaboração e execução de leis, políticas públicas, programas, planos e ações, por meio de seus representantes; e o item 2 que menciona especificamente do direito de consulta. Por esse artigo, percebe-se a diferença entre os dois institutos, sendo que o direito de participação é mais abrangente e o direito de consulta é mais específico, pois se refere ao direito, não só de participar da decisão, mas de efetivamente construí-la, buscando o consentimento entre as partes.

Os dois últimos direitos apontados por Fajardo (consulta prévia e consentimento) estão relacionados ao direito de consulta previsto no art. 6° da Convenção n° 169 da OIT. De acordo com a autora (2009, p. 383), o Estado está obrigado a implementar um processo de diálogo com os povos indígenas antes de adotar medidas que possam afetá-los e esse diálogo deve se efetivar por meio da consulta ou do consentimento. A autora, portanto, diferencia essas duas hipóteses.

Fajardo (2009, p. 384) apresenta que o objetivo da consulta é chegar a um acordo, por meio do consentimento dos povos afetados. No entanto, caso isso não seja possível, o Estado deverá tomar uma decisão de forma fundamentada

e não discricionária, respeitando as prioridades de desenvolvimento dos povos indígenas. Por outro lado, quando o resultado da consulta puder ocasionar risco à integridade dos povos indígenas, como o caso de traslados populacionais, Raquel Fajardo (2009, p. 385) manifesta o entendimento de que o consentimento, ou seja, o efetivo cumprimento do que for decidido pelos povos indígenas na consulta, terá natureza obrigatória.

O ponto levantado pela autora diz respeito à discussão se o direito de consulta teria natureza discricionária ou vinculante. É preciso destacar que essa discussão se refere ao resultado do processo de consulta e não ao ato em si de realizar o procedimento, pois este é um requisito prévio antes de se implantar medidas administrativas ou legislativas que possam afetar os povos indígenas, em razão da adoção da Convenção nº 169 pelo Brasil. A discussão mencionada, portanto, reside no resultado dessa consulta, ou seja, se o que for deliberado pelos povos consultados teria natureza de mera consulta ou se seria vinculante para o Estado. No primeiro caso, o Estado não seria obrigado a adotar a decisão dos indígenas, já no segundo o resultado da consulta deveria ser obrigatoriamente acatado.

O posicionamento indicado por Raquel Fajardo é uma posição intermediária entre a vinculação do resultado da consulta e a sua absoluta ineficácia, pois considera que, se a medida legislativa ou administrativa não colocar em risco a integridade dos povos indígenas e não se chegar a um acordo quanto ao resultado da consulta, cabe ao Estado decidir, de forma motivada, qual a posição a ser adotada. Por outro lado, quando a medida representar risco à integridade dos povos, o resultado da consulta seria vinculante.

Esse entendimento também já foi adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Saramaka vs. Suriname*, em que a Corte decidiu que, quando as medidas administrativas ou legislativas se referirem a projetos de desenvolvimento ou de investimento que possam causar impacto profundo no território da comunidade, além da consulta, seria necessário obter também o consentimento.

Não obstante os posicionamentos citados, é importante destacar que, por ocasião da análise dos embargos de declaração na Pet 3.388, que se refere ao caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, o STF fixou 17 condicionantes, entre as quais encontram-se duas referentes ao afastamento do direito de consulta. Elas estão relacionadas à questão da defesa militar e da expansão de vias de transporte e alternativas energéticas. Para o STF, na Pet 3.388, a instalação de bases, unidades e postos militares e a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas e de riquezas de cunho estratégico não dependeriam de consulta aos povos indígenas. Da mesma forma, a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal dentro de terras indígenas também poderiam acontecer independentemente de consulta.

Na oportunidade daquele julgamento, o Ministro Relator dos Embargos, Luís Roberto Barroso, em seu voto aduziu que, ainda que a consulta seja um elemento central para os povos indígenas na Convenção nº 169, esse direito de participação não seria absoluto e encontraria limites na defesa nacional. No mesmo voto do relator dos Embargos de Declaração, constou menção ao resultado da consulta. Conforme o excerto que se transcreve abaixo, por ocasião da análise do caso Raposa Serra do Sol, o STF entendeu que não se pode concluir que a decisão dos povos indígenas no processo de consulta deverá ser necessariamente acatada pelo Governo:

Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios. (BRASIL, 2013, p. 27)

Ainda que a decisão adotada na Pet 3.388 não tenha conteúdo vinculante para os demais processos, como reconhecido pela própria Corte, já sinaliza o posicionamento do STF sobre a natureza do direito de consulta.

No âmbito da América Latina, a Corte Constitucional da Colômbia possui diversos julgados sobre o direito de consulta dos povos indígenas. A experiência no julgamento desse tipo de ação levou ao estabelecimento de critérios de aplicação desse direito. Conforme delineado na sentença nº T-063/10, de 15 de fevereiro de 2019, da Corte Constitucional colombiana, o direito de consulta é irrenunciável e reconhecido em face de comunidades etnicamente diferenciadas, de forma que foram estabelecidos critérios essenciais para a consulta prévia, os quais foram divididos em específicos e gerais.

Os critérios gerais apontam que o objetivo da consulta é alcançar um diálogo intercultural para diminuir as desigualdades e que a boa-fé deve conduzir todo o procedimento como marco de confiança mútua, respeitando-se as tradições dos povos indígenas. Ainda como condições essenciais gerais, a Corte colombiana aduziu que a consulta deve ser ativa e efetiva. Como ativa, a consulta deve ser ato que permita a real participação da comunidade em todo o processo e, sob o ponto de vista efetivo, ela deve ter a capacidade de influenciar a tomada de decisões.

Outro critério destacado na sentença é a percepção de que a consulta é realizada entre iguais, no sentido de que nenhuma das partes pode impor de forma unilateral sua vontade, devendo-se chegar a um acordo por meio de um diálogo intercultural. Dessa forma, a consulta deve ser flexível para que se permita abrigar todas as diferenças culturais e os diversos assuntos a serem abordados, com linguagem de fácil acesso e informação adequada e suficiente para o conhecimento dos aspectos da medida que se pretenda adotar. Além disso, a Corte colombiana, também na sentença nº T-063/10, de 15 de fevereiro de 2019, mencionou que, por se dar entre iguais, a consulta não teria o efeito de veto dos indígenas. Retomando, portanto, a questão da natureza jurídica do direito de consulta, o posicionamento da Corte colombiana expresso na sentença demonstra que não seria reconhecida a natureza vinculante desse instituto.

No que diz respeito aos critérios específicos da consulta, a Corte colombiana expõe a necessidade de que ela ocorra de maneira prévia e dentro de uma estrutura de planejamento, mediante um procedimento definido pelo Estado e

pelas comunidades. Nesse ponto, ou seja, no que diz respeito ao modo e a forma de sua ocorrência, o direito de consulta deve ser efetivado conforme os costumes e tradições de cada comunidade e deve ser de conhecimento prévio do órgão consulente, a fim de que se possa efetivar esse direito dentro do planejamento do empreendimento ou da medida legislativa. Assim, é muito importante que tanto a comunidade afetada quanto os órgãos consulentes conheçam de forma prévia o procedimento que será adotado para consultar as comunidades. Quanto a isso, a Corte Colombiana dispõe sobre uma pré-consulta ou consulta da consulta que seria o momento em que as partes definiriam a forma como o ato aconteceria.

No Brasil, em que pese não exista essa pré-consulta para que as partes prevejam o procedimento a ser adotado, as comunidades indígenas, atentas à necessidade de previsão de formas necessárias à efetivação do direito de consulta, começaram a elaborar seus próprios protocolos autônomos, dando publicidade de seu conteúdo e permitindo que os entes consulentes conheçam previamente a forma como a consulta deve ocorrer em cada comunidade.

4 OS PROTOCOLOS AUTÔNOMOS OU COMUNITÁRIOS: MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO DE CONSULTA

Os protocolos autônomos ou também chamados de protocolos comunitários dos povos indígenas são instrumentos que permitem a materialização do direito de consulta previsto na Convenção nº 169 da OIT.

O art. 6º da Convenção nº 169 prevê que a consulta deverá ser realizada mediante procedimentos apropriados e por meio de instituições representativas. Não obstante a Convenção nº 169 não se refira a protocolos autônomos de consulta de cada povo indígena, mas tão somente a procedimentos apropriados, as comunidades indígenas no Brasil têm cada vez mais elaborado seus próprios protocolos, informando o Governo e os entes consulentes como desejam ser consultadas, diante de medidas legislativas ou administrativas que possam vir a afetar seus direitos.

No Brasil, chegou-se a discutir o modo pelo qual o direito de consulta deveria ocorrer, objetivando uma regulamentação aplicável a todas as comunidades indígenas. Em 27 de janeiro de 2012, foi criado um grupo de trabalho para discutir a regulamentação do direito de consulta previsto na Convenção nº 169, por meio da Portaria Interministerial nº 35. O grupo de trabalho envolvia membros de diversos Ministérios, como o Ministério das Relações Exteriores, do Meio Ambiente, da Justiça, da Casa Civil, da Secretaria de Direitos Humanos, da Secretaria-Geral da Presidência da República, representantes da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), da Advocacia-Geral da União (AGU), do Ministério da Defesa, do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (DNIT), entre outros.

Os trabalhos da comissão se desenvolveram até o ano de 2014⁵. No entanto, não se chegou a uma proposta de regulamentação geral do direito de consulta para todos os povos indígenas. Diante da dificuldade de criação de uma regulamentação única, cada povo começou a elaborar seus próprios protocolos, informando os interessados a maneira pela qual pretendiam ser consultados, conforme seus costumes e suas tradições (YAMADA; GRUPIONI, 2019, p. 10), inserindo nesses documentos as suas peculiaridades quanto à forma de tomada de decisão.

Tal formato se difere de uma regulamentação geral que estabeleceria um procedimento único para todos, sem observar as peculiaridades de cada povo. A criação de um procedimento único de consulta para todas as comunidades indígenas no Brasil seria tarefa de enorme complexidade já que, conforme o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a quantidade total de pessoas que se declararam indígenas no quesito cor ou raça foram 817,9 mil pessoas (2010, p. 54), sendo observadas 305 etnias diferentes (2010, p. 85).

5 Para mais informações, acessar: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/governo-aberto/a-ogp/planos-de-acao/2o-plano-de-acao-brasileiro/secretaria-geral-da-presidencia-a-republica/elaboracao-de-processos-para-a-consulta-previa-da-convencao-169-da-organizacao-internacional-do-trabalho>>. Acesso em: 1 mar. 2021.

Tendo em vista que, para o censo do IBGE (2010, p. 85), “considerou-se etnia ou povo a comunidade definida por afinidades linguísticas, culturais e sociais.”, pode-se perceber que seria muito difícil no Brasil estabelecer um procedimento único de consulta com tantos povos indígenas diferenciados dentro do território.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Saramaka vs. Suriname*, a Corte se manifestou no sentido de que as consultas devem ser realizadas “através de procedimentos culturalmente adequados” e que elas devem ser efetivadas conforme as tradições do povo a ser consultado (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 286). Não obstante naquela oportunidade a Corte não tenha se referido à criação de protocolos de consulta, restou claro que o entendimento daquela organização é de que a consulta deve respeitar os costumes e tradições de cada povo e deve ser realizada conforme as especificidades de cada cultura.

Diante disso, homogeneizar as diferenças das diversas etnias e comunidades indígenas para criar um protocolo único não se adequaria à previsão do art. 6º da Convenção nº 169, quando esse dispositivo estabelece que a consulta deve ser feita por meio de procedimentos apropriados. Tal inadequação decorre do fato de que o que pode ser adequado para uma determinada etnia pode não ser para as outras 304 existentes no Brasil. Por isso, tornam-se relevantes os protocolos de consulta estabelecidos por cada comunidade indígena, sendo que a previsão de único procedimento “violaria as peculiaridades de cada etnia, seus modos de debater e de tomar decisões, de escolher representantes etc.” (VITORELLI, 2018, p. 331).

4.1. Os protocolos de consulta

De acordo com dados do Observatório de Protocolos de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado, de 2014 a 2020 no Brasil foram criados 44 protocolos autônomos. Desses, 22 são protocolos de povos indígenas, sendo inclusive contabilizado nesse número o protocolo da etnia Warao, que são

indígenas em situação de refúgio no Brasil; e um protocolo conjunto elaborado entre indígenas e quilombolas que compartilham o mesmo território.⁶

Os Wajãpi⁷ foram os primeiros indígenas a elaborar um protocolo de consulta conforme seus costumes e tradições ainda no ano de 2014 (YAMADA; GRUPIONI; GARZÓN, 2019, p. 14). A partir daí, outros protocolos de consulta foram criados, como o protocolo do povo Waimiri-Atroari⁸ e do povo Krenak⁹.

Os protocolos de consulta formalizam a oitiva dos povos indígenas, materializando o direito previsto no art. 6º da Convenção nº 169, permitindo um diálogo adequado. Eles concretizam a forma como os indígenas desejam ser consultados, conferindo segurança jurídica a todo o procedimento e permitindo o conhecimento prévio de todos os atos, difundindo com transparência a forma pela qual se realizará o ato, bem como as suas etapas. Além disso, pode-se dizer que “os protocolos de consulta preparam, politicamente, os povos e comunidades tradicionais para o diálogo com o governo, empoderando-os nas arenas de discussão com governo e legisladores [...]”, buscando trazer a segurança e a legitimidade necessárias para todo o procedimento (YAMADA; GRUPIONI; GARZÓN, 2019, p. 14).

Na América Latina, outros países além do Brasil também possuem

6 O Observatório de Protocolos de Consulta e Consentimento Livre Prévio e Informado foi criado em 2017 por pesquisadores do Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS) e do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica, da PUC Paraná. Disponível em: <http://observatorio.direitosocioambiental.org/observatorio-2/>. Acesso em: 26 fev. 2021.

7 Para acessar o Protocolo de Consulta Wajãpi: <<http://observatorio.direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2020/10/Protocolo-de-Consulta-e-Consentimento-Wajapi.pdf>>. Acesso em: 1 mar. 2021.

8 Para acessar o Protocolo de Consulta Waimiri-Atroari: <<http://observatorio.direitosocioambiental.org/protocolo-de-consulta-ao-povo-waimiri-atroari-2018/>>. Acesso em: 1 mar. 2021.

9 Para acessar o Protocolo de Consulta Krenak: <<http://observatorio.direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2020/10/Protocolo-de-Consulta-Previa-do-Povo-Krenak.pdf>>. Acesso em: 1 mar. 2021.

protocolos de consulta elaborados por comunidades indígenas. É possível citar, por exemplo, na Colômbia, o protocolo de consulta do povo indígena *Nasa del Resguardo de Cerro Tijeras, Municipio de Suarez Departamento del Cauca*¹⁰ e, na Argentina, o protocolo de consulta prévia, livre e informada dos povos originários¹¹.

No âmbito nacional, observam-se normativos internos que também preservem ou adotam os protocolos de consulta. O Conselho Nacional de Direitos Humanos, que foi criado com a atual nomenclatura pela Lei nº 12.986, de 02 de junho de 2014, e cujo objetivo, conforme o art. 4º dessa Lei é zelar pelo efetivo respeito aos direitos humanos; editou, em 10 de dezembro de 2020, a Resolução nº 44, que dispôs sobre princípios, diretrizes e recomendações para a garantia dos direitos humanos dos povos indígenas isolados e de recente contato. Não obstante esse normativo tenha tido como foco inicial os povos isolados ou de recente contato, abriu-se um capítulo específico sobre a participação dos povos e organizações indígenas, sendo reconhecido, no art. 20, parágrafo único, o direito de consulta dos povos indígenas por meio de seus protocolos comunitários.

Há ainda a Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, conhecida como lei da biodiversidade, que conceitua protocolo comunitário. A lei em questão trata da proteção do patrimônio genético nacional e do conhecimento tradicional associado. No artigo 2º, inciso VII, ela define protocolo comunitário como o procedimento criado pelas comunidades segundo seus usos, costumes e tradições.

Os protocolos comunitários dos povos indígenas são importantes instrumentos para efetivar o direito de consulta, materializando a forma como as comunidades desejam ser consultadas. Além disso, permitem o conhecimento

10 Para acessar o Protocolo do povo Nasa: <<https://www.hchr.org.co/files/eventos/2017/PROTOCOLO-CP-Y-CPLI-DEL-PUEBLO-NASA-CERRO-TIJERAS.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2021.

11 Para acessar o Protocolo de Consulta Previa, Libre e Informada a Pueblos Originarios/ Argentina: <<http://observatorio.dereitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2020/12/PROTOCOLO-de-CONSULTA-argentina.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2021.

prévio sobre o procedimento que deve ser adotado antes de iniciar alguma medida que possa afetar a comunidade indígena.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2018b, p. 176) aponta que os protocolos de consulta permitem que os próprios indígenas, que conhecem a vida na comunidade, possam formular as bases em que desejam ser consultados, já que serão eles os sujeitos das possíveis alterações que podem ocorrer em seus territórios. Ainda segundo o autor, alguns entes públicos e empreendedores imaginam que a consulta pode ser realizada com um chefe da tribo ou ainda que bastaria uma autorização do órgão estatal de proteção dos índios. No entanto, como as medidas pretendidas podem ocasionar profundas alterações no modo de vida, essas comunidades não aceitariam que o procedimento da consulta estivesse previsto em uma lei ou decreto e, por isso, passaram a defender a ideia de que cada povo deveria dizer o modo como gostaria de ser consultado.

Não obstante a utilização dos protocolos de consulta ainda seja matéria relativamente recente, é possível verificar o acolhimento desses protocolos pelo Poder Judiciário como instrumentos hábeis a efetivar o direito previsto no art. 6º da Convenção nº 169. No processo nº 0002505-70.2013.4.01.3903, que tramitava em grau recursal no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, foi proferido acórdão que condicionou o licenciamento ambiental ao cumprimento do direito de consulta dos povos indígenas, observados os seus protocolos próprios.¹²

12 [...] XII - Reforma parcial da sentença, apenas para afastar a anulação da licença prévia do empreendimento Projeto Volta Grande de Mineração, restando a emissão da licença de instalação condicionada à elaboração do ECI a partir de dados primários, na forma exigida pela FUNAI, bem como à consulta livre e informada dos indígenas afetados, em conformidade com o protocolo de consulta respectivo, se houver, em atenção ao que dispõe a Convenção nº 169 da OIT. Ressalte-se que a manutenção da validade da licença prévia já emitida não impede sua posterior alteração, a depender das conclusões do ECI e da consulta prévia ora exigidos. XIII - Não há fundamento para a condenação do Estado do Pará em multa por litigância de má-fé, vez que as razões recursais por ele apresentadas apenas dizem respeito aos motivos pelos quais se insurge contra a pretensão ministerial, não tendo havido a modificação da verdade dos fatos. Também não há que se falar em conduta do MPF que enseje sua condenação por litigância de má-fé, vez que não atuou de

Assim, o desenvolvimento no Brasil de protocolos autônomos de consulta dos povos indígenas encontra-se em consonância com o direito previsto na Convenção nº 169 e nos demais documentos internacionais que asseguram os direitos desses povos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de consulta é um importante instrumento de participação dos povos indígenas na condução das medidas legislativas e administrativas que lhes afetam. Por permitir que ações pretendidas pelo Estado e por agentes privados sejam previamente levadas à discussão perante esses povos, consagra elemento importante da democracia participativa, integrando as decisões governamentais à diversidade cultural. Demonstra, portanto, o pluralismo dentro do Estado democrático de direito.

Os protocolos autônomos ou comunitários ou simplesmente protocolos de consulta expressam o reconhecimento dos indígenas como povos culturalmente diferenciados. Ao contrário da tentativa de homogeneizar a diferença entre as diversas etnias por meio de um regulamento único, esses protocolos contribuem para o respeito das especificidades culturais, inclusive no momento de tomada de decisões.

A adoção, ainda que incipiente, em alguns normativos internos desses protocolos demonstra que a democracia participativa, para além de buscar garantir a participação desses povos nas decisões políticas do país, ainda eleva esses documentos à condição de materialização da cultura de cada povo dentro do direito de consulta.

modo temerário, estando no regular desempenho de suas atribuições institucionais. XIV - Recursos de apelação interpostos pelos réus aos quais se dá parcial provimento (item XII). (AC 0002505-70.2013.4.01.3903, DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 19/12/2017 PAG.). Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00025057020134013903>. Acesso: 11 set. 2020.

Mesmo havendo avanços no ordenamento jurídico interno quanto ao direito de consulta e a criação de regulamentos próprios por cada povo indígena, ainda são poucos os protocolos existentes. Se forem consideradas as 305 etnias registradas no censo do IBGE, os 22 protocolos de consulta dos povos indígenas identificados pelo Observatório de Protocolos de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado, entre os anos 2014 e 2020 no Brasil, ainda representam parcela pequena do exercício desse direito.

Ao mesmo tempo em que a natureza do direito de consulta como vinculante ou não ainda suscita divergências, os protocolos autônomos parecem não encontrar tanta resistência quando se verifica a adoção de seu conceito na Lei nº 13.123/2015 e na Resolução nº 44/2002 do Conselho Nacional de Direitos Humanos.

Em todo caso, tanto o direito de consulta quanto a sua materialização por meio dos protocolos conferem mais transparência e segurança jurídica aos indígenas, ao Estado e aos agentes interessados ao já expor previamente como cada comunidade ou povo deseja ser consultado, representando, portanto, a efetivação jurídico-cultural do direito previsto no art. 6º da Convenção nº 169 da OIT e da democracia participativa.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 188 p.

BARALDI, Camila Freitas; PERUZZO, Pedro Pulzato. Democracia e Direitos Humanos: a participação social das minorias. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade de Santa Maria**, Santa Maria, v. 10, n. 1, 2015, p. 347-370. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19769>. Acesso em: 30 jul. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. 280 p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 dez. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 4 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea *j* do Artigo 8, a alínea *c* do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm#:~:text=patrim%C3%B4nio%20gen%C3%A9tico%20humano.-,Art.,de%20armas%20biol%C3%B3gicas%20e%20qu%C3%ADmicas.&text=III%20%2D%20popula%C3%A7%C3%B5es%20ind%C3%ADgenas%2C%20comunidades%20tradicionais%20e%20agricultores%20tradicionais. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Petição nº 3.388/Roraima**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 23 de outubro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>. Acesso em: 02 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5905**. Relator: Ministro Luiz Fux, 5 de março de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/>

ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5365245. Acesso em: 1 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução nº 44, de 10 de dezembro de 2020**. Dispõe sobre princípios, diretrizes e recomendações para a garantia dos direitos humanos dos povos indígenas isolados e de recente contato, bem como para a salvaguarda da vida e bem-estar desses povos. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/resolucao-n-44-de-10-de-dezembro-de-2020-2>. Acesso em: 28 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Direitos dos Povos Indígenas. *In*: _____. **Caso do povo Saramaka vs. Suriname**: sentença de 28 de novembro de 2007. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 257-303. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jurisprudencia-corte-interamericana-direitos-dos-povos-indigenas.pdf. Acesso em: 28 fev. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da República. **Sentença nº T-063/10**. Demandante: Comunidade indígena Andoque de Aduche. Demandados: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible u otros. Relator: Antônio Jose Lizarazo Ocampo, 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-063-19.htm>. Acesso em: 28 fev. 2021.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. De la tutela a los derechos de livre determinación del desarrollo, participación, consulta y consuetudinario: fundamentos, balance y retos para su implementación. P. 368-405. **Revista de Antropologia Amazônica**. v. 1, n. 2, 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/issue/view/20/showToc>. Acesso em: 26 fev. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2010**: características gerais dos indígenas, resultados do universo. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/95/cd_2010_indigenas_universo.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010. 615 p.

MACARÓN, Pablo Maximiliano. **Propiedad indígena.** Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2017, 608 p.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, aprovada na 3ª sessão plenária, celebrada em 15 de junho de 2016. Disponível em: <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/DecAmIND.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas**, aprovada pela resolução 47/135 da Assembleia Geral da ONU de 18 de dezembro de 1992. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Preven%C3%A7%C3%A3o-contr-a-Discrimina%C3%A7%C3%A3o-e-Prote%C3%A7%C3%A3o-das-Minorias/declaracao-sobre-os-direitos-das-pessoas-pertencentes-a-minorias-nacionais-ou-etnicas-religiosas-e-linguisticas.html#:~:text=As%20pessoas%20pertencentes%20a%20minorias,em%20p%C3%BAblico%2C%20sem%20inger%C3%A4ncia%20nem>. Acesso em: 1 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, aprovada na 107ª sessão plenária em 13 de setembro de 2007. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 28 fev. 2021.

PERUZZO, Pedro Pulzatto. Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/24631/21014>. Acesso em: 3 set. 2020.

SILVA, Liana Amin Lima da. **Consulta prévia e livre determinação dos povos indígenas e tribais na América Latina: re-existir para co-existir.** Curitiba, 2017. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/pergamumweb/vinculos//000061/000061cd.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 43ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2020, 936 p.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** Curitiba: Juruá, 2018. 212 p.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da Convenção nº 169 da OIT. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás.** v. 42, n. 3, p. 155-179, set./dez. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/55075/27099>. Acesso em: 28 fev. 2021b.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico de *et al.* **Os protocolos de consulta e o direito à livre determinação.** São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, CEPEDIS, 2019, 268 p. Disponível em: <http://direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2020/03/livro-protocolos-de-consulta-.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

VITORELLI, Edilson. **Estatuto do Índio:** Lei nº 6.001/1973. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2018, 447 p.

YAMADA, Érika M.; GRUPIONI, Luís Donisete; GARZÓN, Biviany Rojas. **Protocolos Autônomos de Consulta e Consentimento:** Guia de Orientações. São Paulo: RCA, 2019, 72 p. Disponível em: <https://rca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/2019-Guia-de-Protocolos-RCA-vers%C3%A3o-web.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2021.

SUBMETIDO: 08/08/2021

APROVADO: 04/10/2021



<i>Formato</i>	17 x 24 cm
<i>Tipologia</i>	Minion Pro 10/12/14
<i>Papel</i>	Sulfite Alta Alvura 75 g/m ² (miolo) Supremo 250 g/m ² (capa)
<i>Número de Páginas</i>	339
<i>Impressão</i>	Coordenadoria de Apoio Operacional Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
<i>Data</i>	Janeiro 2022