

TEMAS RELEVANTES DO DIREITO

ANÁLISES JURÍDICAS SOBRE OS DESAFIOS
DO PRESENTE E PERSPECTIVAS DO FUTURO

ORGANIZAÇÃO:

Plínio Lacerda Martins

Andreia Alvarenga de Moura Meneses

AUTORES:

Andréia Alvarenga de Moura Meneses

Camila Braga Corrêa

Claudia Perini Mantovani

Flávia Dantas Soares

Felipe Lacerda Moura Martins

Karla Roberta da Fonseca Nunes

Luis Gustavo Barbedo Coelho Montes de Cavalho

Luis Renato Ribeiro Pereira de Almeida

Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado

Orlando de Souza Padeiro Filho

Patrícia Filomena Fonseca Amaral

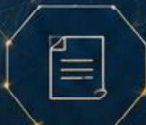
Plínio Lacerda Martins

Paula Cristiane Pinto Ramada

Renata do Amaral Barreto de Jesus de Oliveira

Telson Pires

Verônica Teixeira Duarte



**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Temas relevantes do direito [livro eletrônico] :
análises jurídicas sobre os desafios do
presente e perspectivas do futuro / organização
Plínio Lacerda Martins , Andreia Alvarenga de
Moura Meneses. -- Rio de Janeiro : IDPP, 2026.
PDF

Vários autores
ISBN 978-65-981656-6-6

1. Direito - Brasil 2. Direito - Estudo e ensino
3. Direito constitucional 4. Direitos fundamentais
I. Martins, Plínio Lacerda. II. Meneses, Andreia
Alvarenga de Moura.

26-367209.0

CDU-34(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito 34(81)

Livia Dias Vaz - Bibliotecária - CRB-8/9638



“TEMAS RELEVANTES DO DIREITO BRASILEIRO: Análises jurídicas sobre os desafios do presente e as perspectivas do futuro”

APRESENTAÇÃO

Este livro não é mais do mesmo. Não se trata de mais uma compilação de temas jurídicos desprovidos de ideias inovadoras ou uma mera rediscussão de temas pacificados na literatura e na compilação. A obra, por sua vez, representa o pensamento de uma nova geração de pensadores do Direito Brasileiro, doutorandos do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal Fluminense (UFF), que analisam de forma vanguardista os assuntos jurídicos que realmente importam aos atores do Direito, compondo uma literatura que pode ser compreendida, desenvolvida e aprimorada.

A ordem dos capítulos obedeceu à horizontalização dos direitos fundamentais plasmados no texto constitucional brasileiro. Separados em blocos, iniciando pelo postulado, muitas vezes inobservado, do livre acesso ao Judiciário, passando a seguir para a questão hermenêutica constitucional no tocante às pessoas com deficiência, bem como realizando considerações sobre o processo estrutural, e finalizando, nesse primeiro momento, com a análise econômica do processo, além do exercício de ponderação nas prioridades processuais. Ainda no campo do constitucionalismo, o estudo se volta à América Latina, um grande contributo para a integração dos estudos jurídicos no nosso continente.

Seguindo nas investigações, avalia-se o uso da sistemática da *common law* dentro do ordenamento pátrio, para logo em seguida aprofundar a pesquisa em dois estudos sobre a evolução e a efetivação do direito à saúde, erigido ao *status* constitucional a partir da Constituição Brasileira de 1988, para, por fim, analisar os direitos consumeristas assim considerados como mais protetivos de acordo com as chamadas *class actions* estadunidenses, cuja incorporação à cultura jurídica brasileira pode ser de grande valia para a proteção dos consumidores mais vulneráveis.

Dessa forma, resta claro que a leitura é instigante e propositiva, vasta e vanguardista, diagnóstica e propositiva, com apuro metodológico e historicidade contemporânea. Esperamos que a leitura seja proveitosa!

Os Autores

SUMARIO

A EVOLUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NOS 37 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: NOVAS TECNOLOGIAS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM PROL DE UM PROCESSO JUDICIAL EFICIENTE E EFETIVO	4
Orlando de Souza Padeiro Filho	4
APONTAMENTOS SOBRE O PROCESSO ESTRUTURAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: Legitimidade constitucional da intervenção judicial sobre o funcionamento das instituições estatais	20
Luis Renato Ribeiro Pereira de Almeida	20
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA AO PODER JURISDICIONAL ESTRUTURANTE NO BRASIL: O ATIVISMO JUDICIAL COMO “FALHA NO MERCADO” ..	33
Patrícia Filomena Fonseca Amaral	33
CRITÉRIOS DE PREFERÊNCIA NO CONFLITO DE PRIORIDADES PROCESSUAIS: A PRIORIDADE DENTRO DAS PRIORIDADES NO PROCESSO CIVIL	49
Camila Braga Corrêa	49
ENSAIOS SOBRE O CONSTITUCIONALISMO CHILENO E CORRELAÇÕES COM O NEOLIBERALISMO: PERCURSOS NA OBRA DE MICHAEL J. SANDEL.....	70
Andréia Alvarenga de Moura Meneses	70
ECOS DO <i>COMMON LAW</i> NA FORMAÇÃO DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	82
Telson Pires	82
A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COM RELAÇÃO À DEFICIÊNCIA	95
Claudia Perini Mantovani	95
A EVOLUÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL APÓS 37 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À SAÚDE E SUAS GARANTIAS	112
Karla Roberta da Fonseca Nunes.....	112
GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: À LUZ DOS IDEAIS DE PETER HÄBERLE.....	126
Flávia Dantas Soares.....	126

Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado	126
Renata do Amaral Barreto de Jesus de Oliveira	126
Verônica Teixeira Duarte	126
ENSAIO SOBRE A O SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR NORTE AMERICANO E A LEGITIMIDADE <i>OPE JUDICIS</i> NAS “CLASS ACTION” UMA ANÁLISE QUANTO À OBRA “LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO” DE RONALD DWORKIN E A APLICAÇÃO ESTRUTURADA DA “DESOBEDIÊNCIA CIVIL” – UMA VISÃO EPISTEMOLÓGICA.	143
Luis Gustavo Barbedo Coelho Montes de Carvalho	143
O CONSUMIDOR IDOSO E O ESTATUTO DO PACIENTE: DIALOGOS COM O CODIGO DO CONSUMIDOR.	157
Plinio Lacerda Martins	157
Felipe Lacerda Moura Martins	157
DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA À GOVERNANÇA ALGORÍTMICA: O NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DA ANPD FACE AOS DESAFIOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL	161
Paula Cristiane Pinto Ramada	161

A EVOLUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NOS 37 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: NOVAS TECNOLOGIAS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM PROL DE UM PROCESSO JUDICIAL EFICIENTE E EFETIVO

Orlando de Souza Padeiro Filho¹

1 Introdução

O contexto socioeconômico brasileiro ainda requer muita cautela na proteção dos direitos fundamentais. Em que pese diversos avanços nos índices sociais, ainda há grande parte da população que depende de ações estatais para as suas necessidades mais básicas. E, nesse cenário, o acesso à justiça passa a ser fundamental para a garantia dos direitos dos cidadãos, principalmente, os menos favorecidos. E o Brasil vem apresentando diversas ações no sentido de melhorias no acesso à justiça, desde a criação do Conselho Nacional do Justiça (CNJ). Ademais, o atual desenvolvimento tecnológico, intensificado pela emergência sanitária com a Pandemia de COVID-19, trouxe muitas oportunidades de melhoria, em especial, na celeridade processual. No entanto, é prudente que haja controle e transparência de todo esse movimento, em especial, com as aplicações de inteligência artificial (IA). Embora todo esse cenário seja promissor, é relevante que os órgãos estatais estejam atentos aos riscos dessas tecnologias. E o Poder Judiciário passou a compor todo esse movimento, com as ações do programa Justiça 4.0, inclusive com a regulamentação do uso de IA por meio da Resolução N° 332/2020.

Passados mais de 37 anos da promulgação da Constituição de 1988 (CF/88), o antigo conceito de Ferdinand LaSalle continua presente: seria a Constituição apenas o escrito numa folha de papel, se não houvesse os fatores reais e efetivos de poder? Outra questão decorrente do conceito de Canotillo também persiste: uma Constituição dirigente conseguiria atingir o nível de efetividade necessário no contexto brasileiro, considerando as diversas normas constitucionais programáticas? As respostas a tais questões perpassam necessariamente pelo conceito de justiça e pelo Poder Judiciário, que vem tendo o seu papel ampliado no contexto de constitucionalização dos Estados menos desenvolvidos.

Muitas vezes criticado pelo seu ativismo, no sentido de agir para solucionar problemas que, na maioria das vezes, deveriam ser solucionados pelo Poder Executivo, o Judiciário vem apresentando um papel fundamental para o equilíbrio de forças, em especial, nos países com menor desenvolvimento social. Chegando a quase 80 milhões de processos em tramitação ao final do ano de 2024, o Judiciário brasileiro ainda não consegue responder com a agilidade necessária, mas o

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal Fluminense (PPGDIN/UFF). E-mail: ospfilho@id.uff.br; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4817470238727947>; Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7359-9702>

Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem atuando fortemente em melhorias desde a sua criação, que completa 20 anos em 2025.

É certo que algumas melhorias vêm sendo percebidas, decorrentes dessa atuação efetiva do CNJ. E os avanços tecnológicos têm sido um dos grandes responsáveis para uma prestação jurisdicional mais eficiente. Fruto de parceria entre CNJ e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o programa Justiça 4.0 vem impulsionando a transformação digital no Poder Judiciário, com a implementação de várias ações a fim de uma maior agilidade no acesso à justiça.

Além da implementação do processo judicial eletrônico, foram implementados o Juízo 100% Digital e o Balcão de Atendimento Virtual. Ademais, o CODEX vem facilitar a consolidação dos dados para a geração de informações gerenciais e também para a implementação de ferramentas de Inteligência Artificial. A consolidação de dados para a divulgação de estatísticas também merece destaque, com o Justiça em Números e o DataJud, que consolidam as informações de todo o Judiciário brasileiro a fim de dar maior transparência e fornecer fundamentos para novas ações de melhoria.

Em que pese alguns riscos, percebe-se que a evolução tecnológica passa a ser fundamental nessa caminhada por um acesso à justiça eficiente, e ainda, efetivo. Assim, o presente estudo visa demonstrar a evolução do conceito e acesso à justiça no Brasil, passando pelo processo de modernização o Judiciário brasileiro, com a implementação do Programa Justiça 4.0, inclusive com o uso de ferramentas de Inteligência Artificial e a regulamentação do CNJ da plataforma Sinapses.

2 O acesso à Justiça no Brasil

Boaventura Sousa Santos (2011) esclarece a questão do alto demandismo judiciário brasileiro, relacionando com a falta de cumprimento de direitos fundamentais previstos da Carta Magna:

No caso do Brasil, mesmo descontando a debilidade crônica dos mecanismos de implementação, aquela exaltante construção jurídico-institucional tende a aumentar as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e as garantias consignadas na Constituição, de tal forma que a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de procura dos tribunais. (SANTOS, 2011, p. 25)

As palavras do sociólogo e professor português demonstram a debilidade do Estado brasileiro na execução de suas políticas públicas. Assim, dentro desse contexto de incapacidade institucional de os governos atenderem às demandas sociais, o Poder Judiciário passou a assumir um papel de protagonismo. O “terceiro gigante” (CAPPELLETTI, 2002, p. 180) fortaleceu-se a

partir do final do século passado, assumindo um papel muito mais ativo nessas democracias, inclusive no Brasil.

Nesse caminho, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem atuando em diversas questões institucionais brasileiras, decorrentes do não atendimento de questões básicas por conta do Poder Executivo. Ao lado do papel contramajoritário, consistente na anulação de leis contrárias à Constituição, o Ministro Luís Roberto Barroso atribui dois outros papéis ao STF, a saber: o representativo, entendido como o papel de captar o sentimento popular majoritário que tenha sido negligenciado pelos canais formais de representação; e o papel de vanguarda iluminista, em cujo exercício a Corte assumiria a tarefa de empurrar a história e o progresso social.

Prova desse movimento foi o voto do Ministro Marco Aurélio, na ADPF 822/DF, no ano de 2021, que considerou as medidas do Governo Federal para o combate à pandemia insuficientes, dada a omissão reiterada da União numa política uniforme nacional de combate ao vírus. Nas palavras do Ministro:

A conclusão é única: ocorre violação generalizada de direitos fundamentais em relação à dignidade, à vida, à saúde, à integridade física e psíquica dos cidadãos brasileiros, considerada a condução da saúde pública durante a pandemia covid-19. Há falência estrutural. (STF, ADPF 822/DF, Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Data do Julgamento: 25/06/2021)

O Ministro ratifica a debilidade das ações estatais, visto a falta de ações do Poder Executivo na proteção de diversos direitos fundamentais. Assim, considerando todo esse cenário, o acesso à justiça passou a ter muita relevância, embora a realidade demonstre ainda um prazo muito longo para a solução das demandas judiciais.

Assim, houve diversos avanços na justiça brasileira nesses mais de 37 anos desde a promulgação da CF/88. A Emenda Constitucional nº 45/2004, mais conhecida como “Reforma do Poder Judiciário”, trouxe alterações importantes no sentido de uma prestação jurisdicional mais eficiente e transparente. A razoável duração do processo foi elevada à direito fundamental, complementado o próprio acesso à justiça (Inciso XXXV) e a assistência jurídica gratuita aos mais necessitados (Inciso LXXIV) que já estavam previstos no Art. 5^a:

Art. 5^o.

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

(...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Segundo Binembojm (2020, p. 17), os direitos fundamentais são, portanto, uma condição necessária e não uma limitação à democracia. Sem eles não há cidadania em sentido pleno nem processo real de deliberação democrática. E a previsão constitucional desses três direitos ratifica tal importância do acesso à justiça para a democracia brasileira, visto a relação de justiça e cidadania.

Na concepção mais ampla do conceito, a cidadania deve ser entendida como próprio direito de possuir direitos, o que dá a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo (Dallari, 1998, p. 14). Boaventura Sousa Santos ainda ratifica a relevância da cidadania para a democracia: “Sem efetivos direitos de cidadania, a democracia é uma ditadura mal disfarçada” (Santos, 2011, p. 125) .

Outra ação relevante decorrente da Reforma do Judiciário foi a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Segundo Moreira (2007, p. 31), a criação do CNJ ocorreu no contexto da resposta oferecida pelo Congresso Nacional à crescente demanda social por maior transparência do Poder judiciário. O douto doutrinador ainda ressalta a essencialidade de um sistema jurídico que consiga proteger as partes, à luz da celeridade e em harmonia com as garantias constitucionais, para um verdadeiro Estado Democrático de Direito:

Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. (...) Será efetivo o processo que continua instrumento eficiente de realização do direito material (MOREIRA, 2002, p. 181)

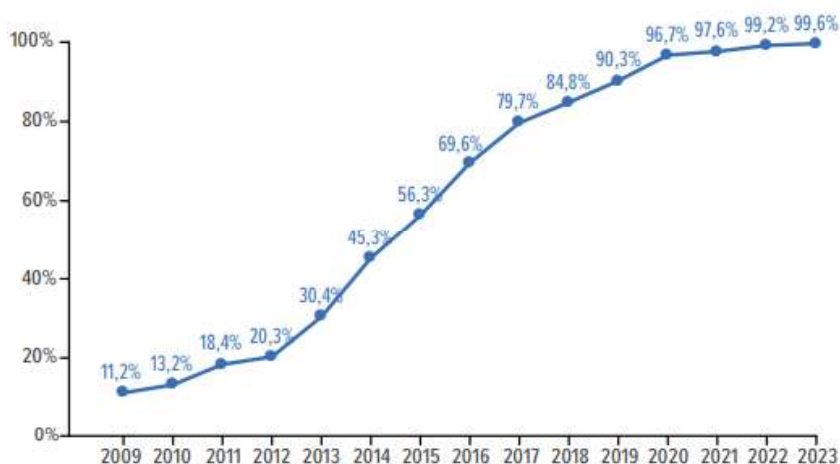
E o CNJ passou a executar diversas ações para uma gestão mais transparente, eficiente e efetiva do Poder Judiciário brasileiro. Dentre as suas competências previstas no art. 103-B da CF/88, estão o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, o recebimento de reclamações contra membros ou órgãos do Poder judiciário e a fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes e. Ademais, o CNJ é composto por 15 membros do Judiciário, advogados e cidadãos, maiores de 35 anos e menores de 66 anos, com mandato de 2 anos.

Uma das ações relevantes do CNJ foi a criação do Relatório “Justiça em Números”, principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, publicado anualmente, desde 2004. Tal Relatório demonstra a realidade dos tribunais brasileiros, com detalhes e indicadores que visam subsidiar a gestão judiciária brasileira.

Outra ação de extrema relevância do CNJ foi a edição da Resolução 125/2010, que dispôs sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Tal Resolução envolveu diversas ações no sentido de desafogar o Poder Judiciário, inaugurando um modelo de justiça multiportas, com o desenvolvimento de novas formas de solução de conflitos.

Porém, a partir do contexto da Pandemia de COVID-19, foi intensificado o uso da tecnologia pelo Poder Judiciário brasileiro. O processo judicial eletrônico já estava em implantação desde o ano de 2009, sendo intensificado a partir da crise de emergência sanitária. Nesse período, o índice de processos judiciais eletrônicos passou dos 90%, chegando a 96,7% em 2020 e 97,6% ao final do ano de 2021. O índice mais recente chegou a 99,6%, considerando os dados do final do ano de 2023:

Figura 1. Série histórica do percentual de processos eletrônicos até o ano de 2023



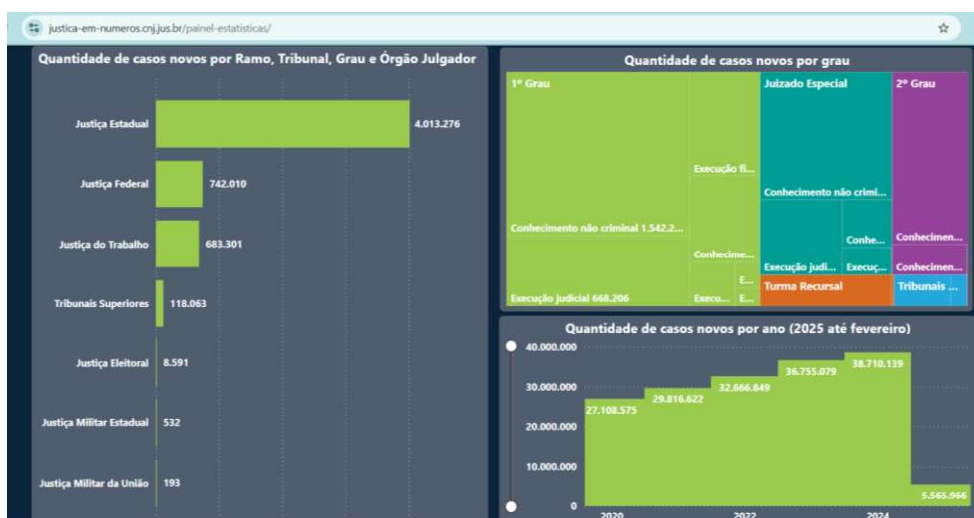
Fonte: CNJ (2024)

3 Evolução tecnológica do Poder Judiciário Brasileiro

Nesse movimento de melhorias no acesso à justiça e a importância da consolidação dos dados do Poder Judiciário, que já ocorria no Relatório Justiça em Números, foi criado o Portal Datajud, por meio da Resolução CNJ N° 331/2020. Tal Portal é a base nacional de dados do Poder Judiciário, fundamental para as ações de melhoria e de fiscalização por parte do CNJ.

Os dados processuais relativos a todos os processos físicos ou eletrônicos, públicos ou sigilosos, de todos os tribunais brasileiros, estão consolidados no Datajud. Há diversos painéis com visões diferentes, inclusive com a possibilidade de o usuário incluir filtros para uma visão específica. A figura abaixo traz um exemplo de painel que demonstra os novos casos por ramo de justiça e também por grau, além de uma visão anual, até o mês de fevereiro de 2025:

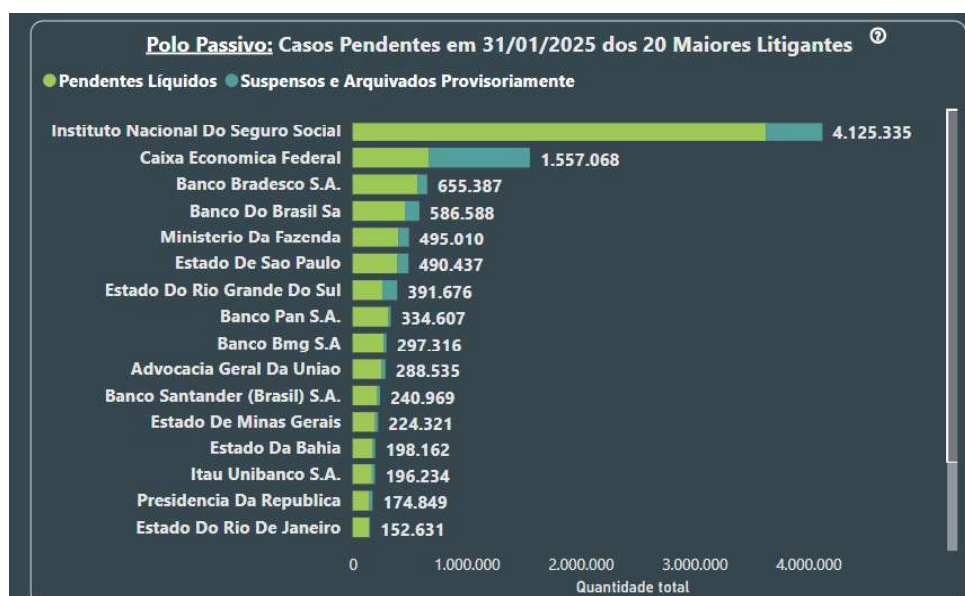
Figura 2. Portal Datajud – quantidade de casos novos



Fonte: CNJ (2025)

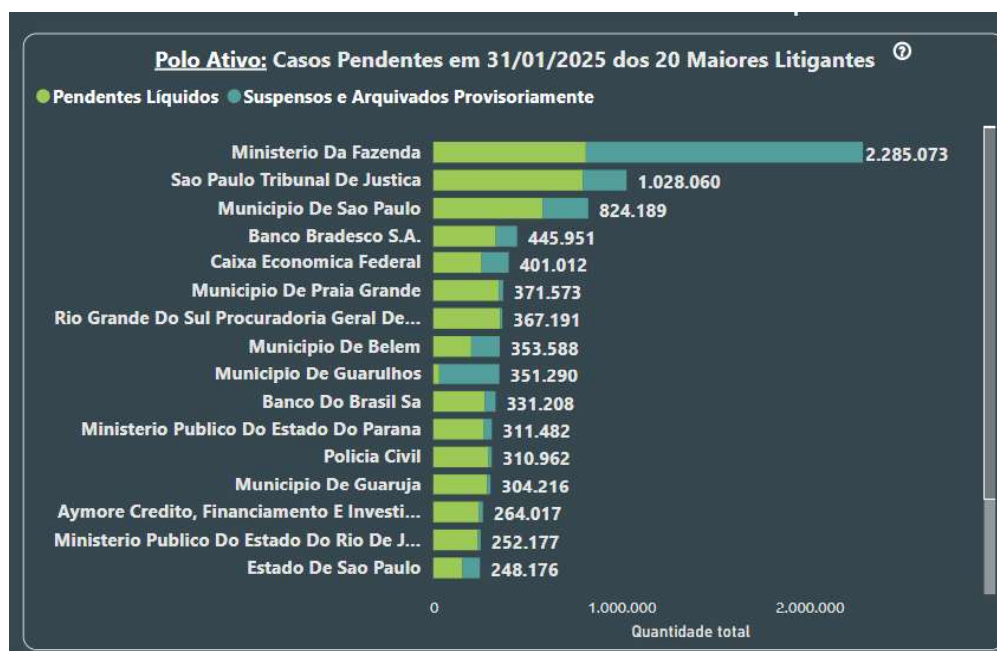
Outro exemplo muito esclarecedor disponível no DataJud é o painel dos grandes litigantes, em que se verifica que o maior litigante brasileiro no polo passivo é o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com mais de 4 milhões de casos pendentes até 31/01/2025, seguido pela Caixa Econômica Federal com mais de 1,5 milhão de casos pendentes até a mesma data. Já no polo ativo, a liderança é do Ministério da Fazenda, com 2,2 milhões de casos pendentes, seguido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com mais de 1 milhão de casos pendentes, conforme figuras a seguir:

Figura 3. Portal Datajud – maiores litigantes com casos pendentes até 31/01/2025 – polo passivo



Fonte: CNJ (2025)

Figura 4. Portal Datajud – maiores litigantes com casos pendentes até 31/01/2025 – polo ativo



Fonte: CNJ (2025)

Tais números demonstram a relevância do Poder Judiciário no contexto brasileiro, visto ser muitas vezes a única saída para cidadãos que não conseguem ter seus direitos respeitados. Apenas como exemplo, considerando que o INSS é o maior litigante no polo passivo, questiona-se: será que tal órgão atua de forma a solucionar suas questões internamente? Será que a esfera administrativa do órgão está conseguindo solucionar eventuais conflitos? Ou será, ainda, que o número de servidores do órgão é suficiente para atender com eficiência e efetividade todas as demandas? Tais reflexões demonstram que o problema é muito mais amplo, não sendo exclusivo do Poder Judiciário, demandando questões do Poder Executivo e também do Poder Legislativo.

Seguindo todo esse movimento, foi criado o Programa Justiça 4.0, que visa difundir as novas tecnologias no Poder Judiciário, inclusive com ações em inteligência artificial. Uma ação relevante do programa foi a previsão de instalação de Pontos de Inclusão Digital (PID) pelo Poder Judiciário, formalizada por meio da Resolução N° 508 de 22/06/2023 do CNJ. Considerando as desigualdades do território brasileiro, inclusive para acesso à Internet, tal Resolução prevê a inclusão de PID nas cidades, povoados, aldeias e distritos que não sejam sede de comarca ou de unidade física do Poder Judiciário, com o objetivo de promover o acesso aos vários ramos da Justiça por tais populações.

O Programa Justiça 4.0 objetiva acelerar a transformação digital para garantir serviços judiciais mais rápidos, eficazes e acessíveis. O programa é baseado em 4 eixos, passando por Inovação e tecnologia, prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, gestão de informação e políticas judiciárias e fortalecimento de capacidades institucionais do CNJ:

Figura 5. Portal *Justiça 4.0* – os 4 eixos do programa



Fonte: CNJ (2025)

O programa atualmente conta com 49 projetos, sendo 19 já concluídos, 30 em desenvolvimento, enquanto 1 foi cancelado e 2 estão pausados. Dentre esses projetos, destacam-se o Juízo 100% Digital, o CODEX e o Balcão Virtual de Atendimento. Ademais, há também a plataforma Sinapses, que está relacionada ao uso de modelos de inteligência artificial.

O Juízo 100% Digital, regulamentado pela Resolução Nº 345 de 09/10/2020, viabiliza o não comparecimento do cidadão ao fórum, possibilitando que todos os atos processuais sejam praticados exclusivamente por meio eletrônico e remoto, via Internet. Citações, intimações e demais atos são exclusivamente eletrônicos, com comunicações via e-mail e aplicativos de comunicação de celular, inclusive audiências e sessões de julgamento por videoconferência. Já está disponível para todas as varas e juizados que adotarem o modelo. Dados de Fevereiro de 2025 que há diversos Estados brasileiros com 100% de cobertura, enquanto outros estão com percentuais menores, inclusive São Paulo, com apenas 35% de cobertura, enquanto o Rio de Janeiro tem 76%:

Figura 6. Portal *Justiça 4.0* – distribuição percentual do Juízo 100% Digital

Mapa de Calor do Percentual de Serventias com Juízo 100% Digital por Estado

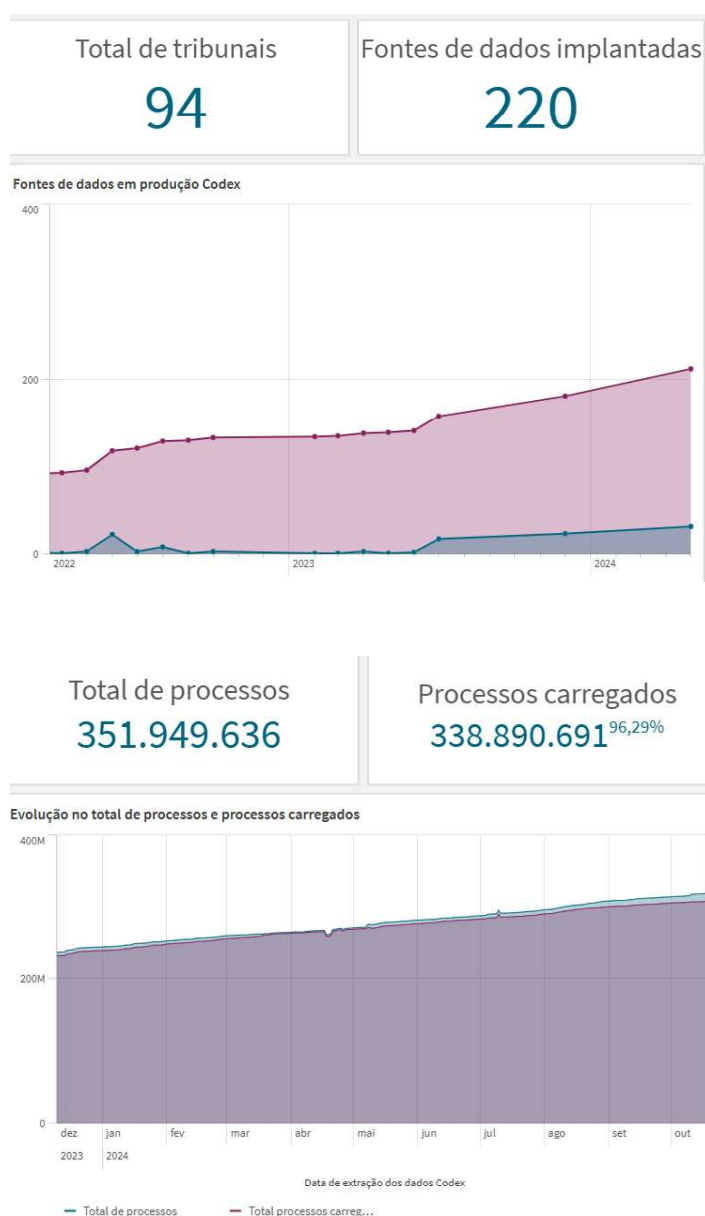
Para visualizar o mapa por municípios basta clicar no estado de interesse e depois clicar em algum lugar fora do mapa



Fonte: CNJ (2025)

Já o CODEX é mais uma iniciativa do Justiça 4.0, sendo uma plataforma que consolida as bases de dados de processos judiciais de todos os tribunais brasileiros, registrando o conteúdo textual das peças processuais e documentos. Regulamentado pela Resolução N° 446 de 14/03/2022 do CNJ, tal plataforma permite que as informações possam ser consumidas por diversas aplicações, a fim de gerar informações gerenciais, painéis e inclusive fontes para modelos de inteligência artificial. Atualmente o CODEX conta com 220 fonte de dados implantadas, em 94 tribunais, com 96,29% das fontes de dados já carregadas:

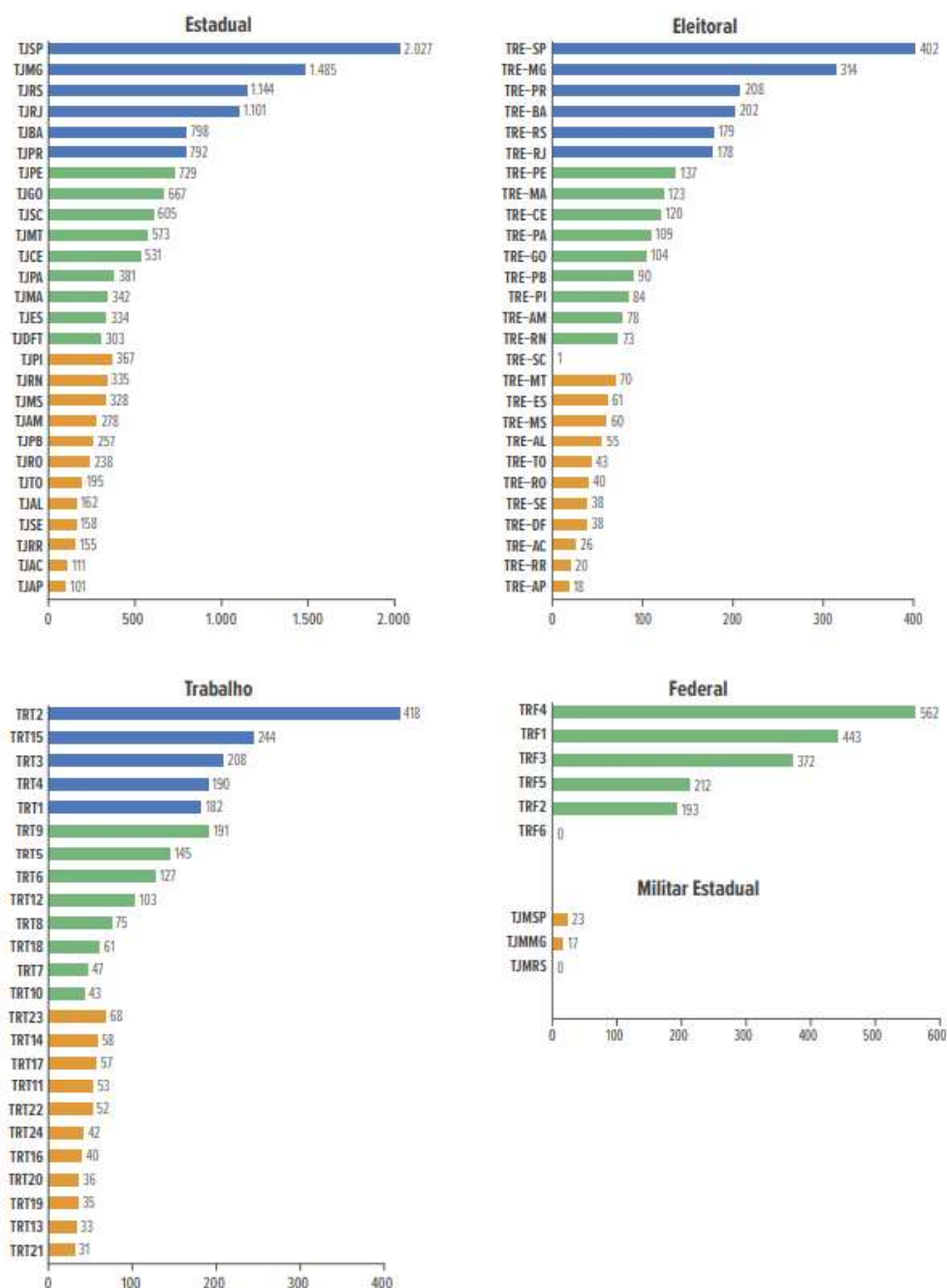
Figura 7. Portal *Justiça 4.0* – dados da plataforma CODEX



Fonte: CNJ (2025)

Por fim, o Balcão Virtual é um canal de comunicação *online*, disponível durante o horário de atendimento ao público, permitindo interações em tempo real por meio de videochamadas ou *chats*. Permite maior celeridade aos atendimentos aos cidadãos, sem necessidade de atendimento presencial. Foi regulamentado pela Resolução N° 372 de 12/02/2021 do CNJ, que recomenda o uso dessa ferramenta por todos os tribunais do país. Dados do final de 2024 relatam que há 21.751 pontos de balcão virtual em funcionamento, permitindo acesso remoto, direto e imediato dos usuários dos serviços da Justiça às secretarias das varas em todo o país. A maior quantidade de pontos está na Justiça Estadual, com balcão virtual em 14.497 unidades, seguida pela Justiça Eleitoral (2.871 unidades), pela Justiça do Trabalho (2.542 unidades) e pela Justiça Federal (1.782 unidades):

Figura 8. Portal *Justiça 4.0* – Balcão Virtual, implementação por Justiça e Estado



Fonte: CNJ (2024)

4 O Projeto Sinapses e o uso da inteligência artificial

A tecnologia gerou, ao longo da história das civilizações, uma dubiedade de reações, que oscilaram entre o medo e a precaução, por um lado, e a euforia e adesão incondicional (Hansen, 2025, p. 34). Fruto de curiosidade e de muita empolgação, deve-se ter um olhar crítico e cauteloso em relação ao uso de IA, embora os resultados possam ser promissores.

Assim, o CNJ foi cauteloso e publicou a Resolução nº 332/2020, que dispôs sobre a ética e transparência no uso de IA no Poder Judiciário. Em apertada síntese, a IA é a capacidade de

máquinas realizarem tarefas normalmente humanas como, por exemplo, aprender, tomar decisões e raciocinar. A fim de conter certa empolgação e compatibilizar o uso de IA com dispositivos constitucionais, tal Resolução trouxe balizas éticas, como a compatibilidade dos modelos com os direitos fundamentais e o respeito à igualdade no tratamento aos casos absolutamente iguais.

Os modelos são basicamente o núcleo da IA, em que são tomadas ações a partir de dados de entrada, gerando os resultados. Existe ainda um processo de treinamento, em que são realizadas diversas iterações a partir dos dados de entrada, em que os algoritmos vão sendo aperfeiçoados, adquirindo aprendizado. Assim, a Resolução previu, ainda, parâmetros para decisões judiciais baseadas em IA, que devem preservar a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e a solidariedade. E a Resolução ainda prevê o descarte de modelos que contenham algum tipo de viés discriminatório, caso não seja possível a correção desse comportamento no algoritmo.

Outro ponto relevante é a questão dos dados, que são fundamentais para o correto funcionamento dos modelos de IA. Além da qualidade desses dados, é relevante a sua representatividade no universo a ser considerado. E, com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e o advento da Emenda Constitucional nº 115/2022, a proteção dos dados pessoais passou a ser um direito fundamental, com previsão expressa no inciso LXXIX do Art. 5º da CF/88.

Segundo Bioni (2019), dado pessoal equivale a uma informação que, direta ou indiretamente, identifica um sujeito, inclusive as informações que têm o potencial de identificar alguém, ainda que de maneira remota. Há ainda os dados pessoais sensíveis, que são capazes de gerar algum dano e até discriminação, como origem racial ou étnica, posição política ou convicção religiosa, dentre outros. Assim, tais dados gozam de proteção e não devem ser infringidos pelos modelos de IA, fato também previsto na Resolução do CNJ, que exige que sejam tomadas cautelas no caso de uso desses dados.

Outro ponto relevante de tal Resolução foi a institucionalização da plataforma Sinapses, para catálogo, treinamento e consumo de modelos de Inteligência Artificial (IA) do Poder Judiciário brasileiro. Já estão disponíveis mais de 150 modelos na plataforma Sinapses, sendo alguns deles desenvolvidos em parceria com Universidades. Os modelos podem ser desenvolvidos por cada órgão do Judiciário, mas devem seguir as diretrizes e ser depositados na plataforma.

Um dos modelos em funcionamento é o PEDRO, plataforma de extração e descoberta de precedentes dos tribunais, foi desenvolvido em parceria com a Universidade de Brasília, a fim de automatizar a busca de jurisprudência e de precedentes qualificados, processo que era realizada de forma manual. Precedentes qualificados são decisões voltadas à consagração de uma tese jurídica capaz de vincular o entendimento do tribunal sobre determinada matéria e à aplicação a todos os

processos, pendentes e futuros, sobre o mesmo tema. O PEDRO identifica os precedentes qualificados por meio da petição inicial, automaticamente, e vem apresentando boa acurácia.

Por outro lado, mesmo com as balizas éticas e previsões expressas de governança e de transparência, importante citar a necessidade de auditoria dos modelos e algoritmos de IA. Os dados de entrada do modelo são submetidos a regras para que se possa chegar a uma conclusão, e esse conjunto de regras é implementado por meio de algoritmos, que permitem o treinamento e o aperfeiçoamento dos modelos. A opacidade desses algoritmos é um desafio para que se possa ter um domínio do que realmente está sendo implementado, dado que tais algoritmos podem ser complexos e de difícil depuração por pessoas que não sejam da área de tecnologia.

Tal preocupação foi inclusive ratificada por meio de pesquisa realizada no âmbito da plataforma Sinapses, com diversas questões acerca do uso de IA no Poder Judiciário. O item “Preocupações éticas relacionadas ao uso de IA” trouxe como principal apontamento a “Discriminação e viés nos resultados obtidos pelos modelos de IA”. Foi ainda apontada como grande preocupação a “falta de transparência”, tanto das decisões tomadas pelos algoritmos, como do processo de treinamento desses algoritmos.

Outro item relevante da pesquisa no tocante às medidas necessárias, sendo que houve a citação à “implementação de mecanismos de explicabilidade” e “realização de auditorias periódicas nos algoritmos”, o que reforça a necessidade de mecanismos de controle para esses modelos de IA.

Assim, em conjunto com as inovações desses modelos, fundamental também o acompanhamento dessa caminhada, com a participação dos principais envolvidos. Importante que seja possível inibir que “os bancos de dados pessoais se tornem instrumentos de discriminação” (Rodotà, 2008, p.140), considerando a função precípua do Poder Judiciário de realizar um julgamento justo, impessoal e sem preconceitos.

5 Conclusões

A presente investigação veio demonstrar que houve avanços no acesso à justiça no Brasil. Após 37 anos de promulgação da Constituição Federal de 1988, foram diversas ações em prol de melhorias, inclusive com a Reforma do Judiciário e criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Mas ainda há um grande caminho a ser percorrido para que as previsões constitucionais sejam efetivadas na prática, e o uso da tecnologia passa a ser um grande aliado nesse processo.

O grande número de processos em tramitação e o prazo longo para a efetiva conclusão retrata que ainda há muito a ser feito. No entanto, é fundamental que haja um acesso à justiça eficiente, porém também efetivo, a fim de que o direito reclamado seja realmente alcançado pelo

cidadão, num prazo que seja no mínimo razoável. Ademais, considera-se relevante o uso de novas tecnologias pelo Poder Judiciário, de forma regulamentada e com controle, sendo a possibilidade de automação de tarefas e de otimização de rotinas manuais muito promissora.

Destaque na gestão do CNJ é o programa Justiça 4.0, com diversas ações em prol do uso na tecnologia pelo Poder Judiciário. Entretanto, quando se fala em inteligência artificial (IA), é necessário cautela, sendo que a eventual opacidade dos modelos e algoritmos de IA pode gerar efeitos nefastos, inclusive discriminatórios. Tanto é que os próprios participantes da plataforma Sinapses alertaram para esse risco na recente pesquisa sobre o assunto.

Portanto, relevante ter controle e regulamentação nesse processo de inovação tecnológica, sempre com foco em melhorias efetivas no acesso à justiça. Assim, fundamental que a tecnologia seja utilizada a favor de melhorias reais na vida dos cidadãos que buscam o Poder Judiciário, em prol de uma Constituição verdadeiramente efetiva, com direitos fundamentais respeitados e uma sociedade brasileira mais justa e igualitária.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2008
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Consultor Jurídico. 22 de dezembro de 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3. Acesso em 02 dez. 2024.
- BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade Igual. O que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020.
- BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Painel da Pesquisa sobre Inteligência Artificial 2023*. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=43bd4f8a-3c8f-49e7-931f-52b789b933c4&sheet=e4072450-982c-48ff-9e2d-361658b99233&theme=horizon&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel&select=Ramo%20da%20Justi%C3%A7a.&select=Tribunal.&select=Seu%20Tribunal/%20Conselho%20possui%20Projeto%20de%20IA>. Acesso em: 17 Dez. 2024.
- _____. *Portal DataJud*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistemas/datajud/>
- _____. *Relatório Justiça em Números - ano 2024, ano-base 2023*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2025/02/justica-em-numeros-2024.pdf>.

_____. *Resolução nº 125/2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>.

_____. *Resolução nº 331/2020*. Institui a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário – DataJud como fonte primária de dados do Sistema de Estatística do Poder Judiciário – SIESPJ para os tribunais indicados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3428>>.

_____. *Resolução nº 332/2020*. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>>.

_____. *Resolução nº 345/2020*. Dispõe sobre o “Juízo 100% digital” e dá outras providências. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>>.

_____. *Resolução nº 372/2021* Regulamenta a criação de plataforma de videoconferência denominada “Balcão Virtual.”. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3742>>.

_____. *Resolução nº 446/2022*. Institui a plataforma Codex como ferramenta oficial de extração de dados estruturados e não estruturados dos processos judiciais eletrônicos em tramitação no Poder Judiciário Nacional e dá outras providências. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4417>>.

_____. *Resolução nº 508/2023*. Dispõe sobre a instalação de Pontos de Inclusão Digital (PID) pelo Poder Judiciário. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5166>>.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>.

_____. *Lei nº 12.965 de 23 de Abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>

_____. *Lei nº 13.105/2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>

_____. *Lei nº 13.709/2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2ª Ed. Coimbra: 2001.

_____. *Direito Constitucional*. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie. Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DIDDIER Jr., Fredie; ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Desformalização do processo e desformalização das controvérsias. Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HANSEN, Gilvan Luiz. Desafios Atuais dos Direitos Humanos Fundamentais. ABREU, Célia Barbosa; LEITE, Fábio Carvalho; PEIXINHO, Manoel Mesias; RANGEL, Tauã L. Verdán; KNOERR, Viviane Coêlho (Orgs.). *Desafios Atuais dos Direitos Humanos Fundamentais*, Curitiba, Vol.1, 2025. p. 21- 42. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1bQAtVNc5zAgICTiaBnUnQg8CAvW9bfK2/view>> Acesso em: 02 Jan. 2025.

LASSALLE, F. *A essência da Constituição*. 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2000.

MARTINS, Plínio Lacerda; MARTINS, Guilherme Magalhaes; TOSTES, Eduardo Chow de Martino. *Proteção dos dados pessoais no Brasil: a necessidade de especialização dos órgãos independentes de defesa do consumidor para uma atuação eficiente*. Revista de direito do consumidor, v. 134/2021, p. 137-173, 2021.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *O CNJ e as metas do Judiciário para 2010*. Brasília: Correio Brasiliense, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Emenda Constitucional n. 45 de o processo. *Temas de Direito Processual (Nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Por um processo socialmente efetivo*. *Revista do Processo*. São Paulo. V. 27 n. 105. Jan/Mar. 2002

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, 2008.

_____. *Para uma cidadania eletrônica: a democracia e as novas tecnologias de comunicação*, 1999. In: Os cidadãos e a sociedade de informação, Lisboa. Disponível em: <<https://ancacid.yolasite.com/resources/11.003%20-%20ISI%20-%20T%C3%B3pico%2011%20-%20RODOT%C3%A0%20Stefano%20-%20Para%20uma%20cidadania%20electr%C3%B3nica.pdf>>. Acesso em: 13 Dez. 2024

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento*. 1ª Ed. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3ª Ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. *Pela mão d'Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 9ª Ed. São Paulo, Cortez, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

APONTAMENTOS SOBRE O PROCESSO ESTRUTURAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: Legitimidade constitucional da intervenção judicial sobre o funcionamento das instituições estatais

Luis Renato Ribeiro Pereira de Almeida²

1 Introdução

A produção acadêmica que ora vem a lume debruça-se sobre a abordagem do processo estrutural à luz da ordem jurídica inaugurada pela Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 (CRFB/88), com o objetivo de investigar a legitimidade constitucional da intervenção judicial sobre o funcionamento das instituições burocráticas do Estado, em contextos fáticos de ausência ou falhas sistêmicas de políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais elencados no texto constitucional.

Em que pese o extenso rol de direitos consagrados na Constituição de 1988, a efetivação das normas constitucionais, sobretudo aquelas consagradoras de direitos fundamentais de caráter prestacional, impescinde da atuação estatal tendente à implementação do projeto constitucional, especialmente por parte dos Poderes políticos, encarregados da elaboração e execução de políticas públicas. Nesse cenário fático, indaga-se: à luz da Constituição da República, o Poder Judiciário dispõe de legitimidade para a atuação em hipóteses de ausência ou falha de políticas públicas por meio de decisões estruturais, com vista à tutela judicial de direitos subjetivos violados por ações e omissões estatais?

Considerando o marco filosófico do pós-positivismo jurídico e a concepção teórica da força normativa da Constituição, afirma-se que a intervenção judicial por intermédio de decisões qualificadas como estruturais, proferidas no âmbito de processos dessa natureza, afigura-se em conformidade com a Constituição desde que não haja ingerência, pelo Poder Judiciário, sobre o conteúdo da política pública, devendo a atuação judicial limitar-se ao monitoramento e à avaliação da superação do quadro de violação sistemática de direitos.

Nesse sentido, o artigo busca, em um primeiro momento, apresentar a noção de normatividade da Constituição, com base no marco do pós-positivismo jurídico e na concepção da força normativa da Constituição, desenvolvida por Konrad Hesse (1991); em seguida, pretende-se

² Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGD-UFF). Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal Fluminense. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Professor da Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (Unesa). Assessor jurídico no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). E-mail: luisrenato@id.uff.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7759944473331637>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-4698-3473>

abordar o processo estrutural como possível alternativa voltada à tutela de direitos, por meio da fiscalização das ações e omissões estatais; por fim, busca-se apresentar apontamentos sobre a legitimidade constitucional do Poder Judiciário para o controle das ações e omissões estatais.

2 A normatividade da Constituição de 1988 como pressuposto para a intervenção jurídica estrutural

O constitucionalismo contemporâneo é marcado pelo surgimento de Constituições editadas no contexto histórico do pós-Segunda Guerra Mundial, tais como as Constituições da Alemanha, em 1949, da Itália, em 1947, Portugal, em 1976, Espanha, em 1978, e, no Brasil, a Constituição da República de 1988, que marcou, especialmente, a redemocratização do País, consagrando um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, como garantia contra eventual arbítrio porventura perpetrado por autoridades estatais. Nesse contexto, a afirmação do modelo do Estado Constitucional de Direito teve como marco filosófico o pós-positivismo jurídico, que não se limita à legalidade estrita, visando estabelecer uma leitura moral do Direito, calcada na normatividade das normas constitucionais, e como marco teórico a concepção da força normativa da Constituição, conforme proposto por Konrad Hesse (1991), marcada pela noção de que a Constituição constitui verdadeira norma jurídica, cogente, dotada de imperatividade, apta a conformar a realidade jurídico-política, devendo a atuação dos Poderes Públicos balizar-se por tais normas, verdadeiro parâmetro normativo de conduta, não mais vistas como meros conselhos (Sarmiento, 2009).

Como corolário da força normativa da Constituição, recai sobre o seu intérprete o dever de efetivação do comando abstrato no campo social, de aplicação concreta da previsão normativa, a vincular tanto a sociedade como os Poderes constituídos (Barroso, 2012). De tal modo, a Constituição da República de 1988 pretende ser uma Constituição normativa, conforme entendido por Karl Loewenstein, em que as normas constitucionais conformam o processo político, que por sua vez é subjugado às normas constitucionais (Loewenstein, 1976).

Logo, a Constituição é compreendida como fundamento de validade das condutas estatais, conformando as ações e omissões dos Poderes do Estado, que devem pautar-se nas normas por ela estabelecidas, sob pena de configuração de uma atuação ilegítima passível de controle, como decorrência da normatividade da qual se reveste a Constituição, acarretando a possibilidade de, na hipótese de descumprimento de suas normas, exigir-se a realização de determinadas condutas estatais.

O reconhecimento da força normativa da Constituição e o dever de garantia da efetividade das normas constitucionais, especialmente aquelas definidoras de direitos fundamentais, autorizam

a sindicabilidade, em juízo, de ações e omissões estatais imputadas, notadamente, aos Poderes Legislativo e Executivo, responsáveis pela idealização, concepção e concretização/execução de políticas públicas, voltadas à tutela de direitos, notadamente direitos de matriz prestacional, dependentes de prestações estatais positivas, desafiando uma atuação reparadora desempenhada a cargo do Poder Judiciário, com fundamento na inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrada no art. 5º, inc. XXXV da Constituição da República de 1988.

Dentre dessa perspectiva, o amplo rol de direitos fundamentais previsto no texto constitucional, majoritariamente entre os arts. 5º e 14, aliado à inércia reiterada e sistemática dos Poderes políticos, ou à falha das políticas públicas porventura idealizadas e em execução, favorecem o protagonismo judicial na tutela de direitos, por meio da determinação, aos atores políticos investidos da legitimidade popular para a confecção de políticas públicas, da adoção de medidas tendes à implementação de direitos no campo social, então violados em razão do funcionamento das instituições estatais.

À luz de tais premissas teóricas que sustentam a dogmática constitucional, parte-se para a análise do modelo estrutural de processo, alinhado, portanto, ao projeto constitucional instituído pela Constituição de 1988, que serve de fundamento de validade das normas processuais infraconstitucionais.

3 Processo estrutural como alternativa voltada à tutela de direitos por meio da fiscalização das ações e omissões estatais

Como decorrência da exigência constitucional da implementação de direitos pelas instituições do Estado, a multiplicação de demandas judiciais, individuais e coletivas, concernentes ao mesmo problema fático, voltadas à efetivação de normas constitucionais, pode evidenciar um indício de que a omissão estatal na elaboração de políticas públicas, ou a ineficiência daquelas porventura adotadas, em determinados contextos, seria decorrente de uma falha atinente ao próprio funcionamento das instituições do Estado, não se tratando, portanto, meramente de uma ação ou omissão pontual, imputada a agente ou órgão público determinado e que atinge pessoas ou grupos delimitados.

Tal contexto revelaria a configuração do chamado “litígio estrutural” (Fiss, 1979), que desafia a intervenção do Poder Judiciário sobre uma estrutura burocrática, de tal modo que a atuação judicial não se limitaria aos efeitos visíveis decorrentes da omissão ou falha estatal, mas incidiria sobre o funcionamento das instituições. Nesse cenário de reformas estruturais, com vista ao alcance de um estado ideal de coisas, surge a proposta decisória intitulada “decisão estrutural”, proferida no

enfretamento do “litígio estrutural” por meio de um modelo de “processo estrutural”, ou ainda, sob outra perspectiva, “jurisdição estrutural” (Miranda Netto; Souza, 2025).

Nesse modelo de processo, a decisão judicial visa não apenas a solução de um conflito de interesses instaurado entre duas partes divergentes, a fim de compensar ou reparar um dano nos moldes tradicionais do modelo de processo bipolar: busca-se, em verdade, superar uma lesão decorrente de condutas estatais relacionadas à operacionalização de políticas públicas, de tal modo que a atuação do órgão jurisdicional não se direciona, primordialmente, à compensação ou à reparação de danos pretéritos, mas almeja conformar um comportamento futuro do demandado, a implicar uma execução do julgado que se protraí no tempo (Chayes, 1976), com o monitoramento da implementação da decisão pelo órgão jurisdicional e avaliação dos resultados obtidos, proferindo novas decisões, chamadas “decisões em cascata” (Arenhart; Jobim, 2022).

Nos litígios ditos estruturais, sendo certo que a causa da violação reside no funcionamento de uma estrutura institucional, caso a lesão seja objeto de cognição judicial nos moldes do modelo tradicional de um processo bipolar — individual ou coletivo não estrutural —, a resolução do conflito atingirá tão somente os efeitos aparentes do problema, identificados no caso concreto, uma vez que, nesses moldes, o órgão jurisdicional não incursiona sobre o funcionamento das instituições, que permanece inalterado. A solução do problema, em sua causa, exige que a própria lógica de funcionamento das instituições seja reestruturada para a superação da lesão sistêmica de direitos fundamentais contemplados na Constituição, o que revela uma dificuldade em relação à formulação do pedido em tais demandas (Miranda Netto; Souza, 2025).

De tal modo, o processo estrutural revela-se como um mecanismo tendente à implementação judicial de determinada prestação estatal, em favor não somente dos demandantes, mas da coletividade de pessoas indeterminadas que se encontrem sob circunstâncias fáticas comuns, e que serão potencialmente beneficiadas pelo resultado final do processo, por intermédio do qual se determina a implementação da prestação estatal antes negada.

Diante da complexidade inerente ao desiderato de reordenar o funcionamento de uma instituição, o processo estrutural desenvolve-se com vista à elaboração de um plano de ação e sua ulterior implementação, sendo proferida uma decisão igualmente qualificada como estrutural. Logo, a decisão estrutural pode ser definida como aquela que busca “implementar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos” (Didier Jr.; Zaneti Jr.; Oliveira, 2022, p. 461-462), de modo que, “partindo da constatação de um estado de desconformidade, estabelece o estado ideal de coisas que se pretende seja implementado (fim) e o

modo pelo qual esse resultado deve ser alcançado (meios)” (Didier Jr.; Zaneti Jr.; Oliveira, 2022, p. 467).

A título de exemplo, pode ser citada a experiência colombiana na identificação e enfrentamento de litígios estruturais, valendo-se desse modelo de processo no caso da *Sentencia T-025*, de 22 de janeiro de 2004, relativo aos deslocamentos internos forçados de parte da população, que migrava pelo interior do território nacional, em razão da violência urbana e conflitos envolvendo as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (COLÔMBIA, CCC, 2004).

Naquela realidade, em que parte da população colombiana se via obrigada a migrar pelo interior do território, abandonando todas as atividades desenvolvidas nos locais onde residiam para se estabelecer em um novo local, a Corte Constitucional Colombiana (CCC) foi instada a se manifestar, porquanto a situação fática acarretava a violação de diversos direitos fundamentais da população deslocada, a exemplo dos direitos à moradia, saúde, educação e trabalho, sendo tal parcela da população composta majoritariamente por vulneráveis, que até então eram consideradas “invisíveis” ao Estado e à sociedade.

Ao apreciar o caso concreto, em razão da propositura de 108 ações de tutela, por 1.150 núcleos familiares, além da constatação da lesão a um conjunto de direitos, de pessoas que não seriam apenas aquelas que propuseram as demandas judiciais, a CCC identificou poucos instrumentos legislativos e administrativos voltados a evitar a situação. Com isso, foi adotado o remédio estrutural qualificado como estado de coisas inconstitucional, a fim de que a solução contemplasse inclusive aqueles enquadrados em iguais circunstâncias fáticas e que não formularam ações de tutela (COLÔMBIA, CCC, 2004, *Sentencia T-025*).

A Corte Constitucional, então, expediu ordens a diversos órgãos e autoridades estatais, entre os quais o Conselho Nacional de Proteção Integral à População Deslocada pela Violência, o Ministro da Fazenda, o Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, o Ministro da Justiça, a Ministra de Relações Exteriores, entre outros, visando à formulação de políticas públicas, sendo essa atuação imprescindível para superar o cenário de inconstitucionalidade sistêmica identificado, por meio da implementação de um plano de ação, que contou com a participação da sociedade civil (Rodríguez Garavito; Rodríguez Franco, 2015).

No Brasil, o caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, levado à cognição do Supremo Tribunal Federal por ocasião da Pet nº 3.388/RR, é considerado o primeiro caso em que o Tribunal, instado a se manifestar, proferiu uma decisão qualificada como estrutural (Didier Jr.; Zaneti Jr.; Oliveira, 2022). Na ocasião, o STF admitiu a demarcação contínua da terra indígena, no entanto fixou condições para o exercício, pelos indígenas, do usufruto da terra demarcada (tais como a consideração do interesse da Política de Defesa Nacional, uma vez que as terras, na hipótese,

estavam situadas em zona de fronteira do país) e estabeleceu um regime jurídico de transição entre a situação anterior e aquela que se buscou implementar (BRASIL, STF, 2009, Pet 3.388), determinando o monitoramento do cumprimento da decisão pelo Supremo, com apoio do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1).

Em 9 de setembro de 2015, por ocasião do julgamento da medida cautelar na requerida na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (Psol), atinente às condições do sistema penitenciário brasileiro, o Tribunal voltou a se manifestar sobre a intervenção de matriz estrutural do Poder Judiciário sobre determinada situação fática configuradora do chamado litígio estrutural, que evidencia a violação sistêmica e sistemática de direitos.

Na oportunidade, o STF verificou a falha de políticas públicas destinadas à população carcerária e o contingenciamento de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), tendo determinado o descontingenciamento dos valores acumulados para destinação à finalidade para a qual o Fundo foi criado, qual seja, o financiamento e apoio às atividades e programas de modernização do Sistema Penitenciário Brasileiro, nos termos da Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, tendo determinado, ainda, aos Juízes e Tribunais a realização de audiências de custódia, como medida para se evitar prisões desnecessárias que agravassem a superlotação do sistema carcerário (BRASIL, STF, 2015, ADPF 347).

O Tribunal, igualmente, já havia apreciado a situação de superlotação do sistema penitenciário por ocasião do julgamento do RE nº 592.581245, tendo se manifestado pela possibilidade de determinação, pelo Poder Judiciário, da realização de obras emergenciais em presídios, em virtude da situação fática violadora de diversos direitos fundamentais, gerada pela inércia da Administração Pública e por condutas tendentes ao agravamento do quadro de inconstitucionalidades (BRASIL, STF, 2015, RE 592.581).

Em 2020, proposta a ADPF nº 635/RJ, pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), postulando o saneamento das lesões decorrentes da política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, no que toca à letalidade da atuação policial, voltada sobretudo contra a população pobre e negra de comunidades, o Supremo Tribunal Federal voltou a enfrentar a questão levada à cognição judicial sob a perspectiva de um modelo estrutural de processo. Com isso, nos dias 5 e 18 de agosto de 2020, o Tribunal determinou a não realização de operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a pandemia da covid-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, devidamente justificadas pela autoridade competente; o uso de helicópteros apenas em casos de excepcionalidade; a elaboração de relatórios, produzidos ao término de cada operação policial, como exigência de *accountability* da atuação estatal; a elaboração de relatórios, pelo Governo fluminense e pelo

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, acerca do cumprimento das decisões proferidas no âmbito da ADPF nº 635; a concessão de acesso às comunicações policiais e aos relatórios produzidos ao final das operações policiais, entre outras determinações (BRASIL, STF, 2020, ADPF 635).

Portanto, a atuação do Poder Judiciário, no âmbito dos processos estruturais, busca o controle das ações e omissões estatais, fundado na tutela de direitos fundamentais, cuja efetivação, na hipótese de violação pelos Poderes Executivo e Legislativo, insere-se na competência constitucional confiada ao Poder Judiciário, sem imiscuir-se no conteúdo da política pública, a ser implementada por aqueles Poderes políticos constituídos, legitimados para essa atuação.

4 Apontamentos sobre a legitimidade constitucional do Poder Judiciário para o controle das ações e omissões estatais

A efetivação de direitos no campo social perpassa pela adoção de prestações materiais e providências de diversas ordens pelo Estado, manifestadas, notadamente, por meio da elaboração e implementação de políticas públicas. Na medida em que o imperativo de concretização da previsão normativa abstrata no plano fático reivindica uma atuação estatal positiva, torna-se possível a sindicabilidade e efetiva intervenção do Poder Judiciário no caso concreto, ante a omissão das instâncias políticas. Nessa conjuntura, a ingerência do órgão jurisdicional será reputada legítima, pois fundada na omissão indevida dos atores políticos no cumprimento tempestivo do dever de promoção do pleno exercício de direitos fundamentais. Ademais, a intervenção judicial é legitimada pela motivação das decisões, lastreadas em normas constitucionais e legais, a evidenciar que a atuação do Poder Judiciário orienta-se pela aplicação de normas jurídicas dotadas de legitimidade popular, delas extraíndo, por via de consequência, sua legitimidade institucional para exigir condutas dos Poderes públicos, que se encontram submetidos à lei.

Dado que a Constituição impõe um arcabouço normativo vinculante de todos os Poderes do Estado (Grau, 1985, p. 42-43), ainda que se compreenda que os direitos sociais encerram normas programáticas, é certo que, com fundamento no art. 5º, § 1º, da CRFB/88, tais normas

têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes: I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção de valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem (SILVA, 2001, p. 164).

Desse viés vinculativo, que se espraia pela ordem jurídica, decorre que a eficácia normativa de direitos positivados em sede constitucional, notadamente de carácter prestacional, não é, de modo algum, esvaziada pelo fato de efetivarem-se por intermédio de prestações estatais e interpostas medidas legislativas. Por serem comandos imperativos, de aplicação imediata e ensejadores de direitos subjetivos constitucionais, o Poder Judiciário pode e deve atuar, quando provocado, a fim de garantir a efetividade do programa normativo-constitucional, sem que tal sindicabilidade importe invasão ilegítima no domínio dos demais Poderes.

Ao agir para tutelar as pretensões deduzidas em juízo, diante do conteúdo normativo indeterminado dos direitos, e considerando o grau de complexidade de cada caso concreto levado à cognição judicial, a atuação do Poder Judiciário transparece uma atividade estimuladora da construção de soluções para atender às demandas judicializadas. Desse modo, em que pese a prerrogativa de formular e implementar políticas públicas inclua-se, ordinariamente, no feixe de funções institucionais dos Poderes Legislativo e Executivo, ao Poder Judiciário é franqueada a possibilidade de determinar, de modo excepcional, a implementação de prestações materiais pelos órgãos estatais inadimplentes.

Esse desenho institucional é assumido, especialmente, na atuação do órgão de cúpula do Poder Judiciário em questões envolvendo a implementação judicial de direitos sociais, na hipótese em que a omissão dos Poderes políticos, descumprindo “encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em carácter mandatório” (BRASIL, 2006, STF, AgReg RE 410.715), compromete a eficácia e a integridade de direitos individuais, coletivos, sociais e culturais, “de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático” (BRASIL, STF, 2004, ADPF 45), sendo certo que não pode o magistrado, “nem pretende, nem deve pretender substituir o gestor público, mas pode compelir, através de medidas eficazes, à luz das escolhas políticas do gestor público, seja cumprido o programa constitucional vinculante” (BRASIL, STF, 2016, RE 592.581), em ordem a admitir-se algum grau de controle judicial no domínio das escolhas políticas.

Contudo, a concretização dos direitos fundamentais pela via judicial encontra dificuldades de ordem financeira e jurídica, ancoradas no argumento da reserva do possível (Schwabe, 2005) e na limitação concernente à separação de Poderes. Quanto ao argumento da reserva do possível, é certo que a concretização de direitos fundamentais demanda a realização de gastos por parte do Estado, de modo que, ao esbarrar em limitações de ordem econômica, a Administração Pública se vê diante de verdadeiras escolhas trágicas (Bobbitt; Calabresi, 1978) na concessão de prestações materiais aos indivíduos. Assim é que, privilegiando certas demandas, a Administração Pública deixa de atender a outras, igualmente legítimas, em razão da alegada escassez de recursos para a implementação de todos os direitos em seu grau máximo (Sarmiento, 2010, p. 555-556).

Embora a necessidade de gastos públicos seja evidenciada na implementação de todas as espécies de direitos fundamentais, inclusive nos direitos individuais, a onerosidade é ressaltada na dimensão dos direitos sociais de caráter prestacional (Sarlet, 2005, p. 287), cuja natureza impõe a atuação comissiva da Administração Pública, em ordem a conferir-lhes efetividade. Nessa conjuntura, é possível, em tese, que determinadas medidas e políticas públicas restem inviabilizadas em razão da limitação de recursos públicos disponíveis ao administrador.

Não se admitindo que o argumento da reserva do possível seja invocado, de modo abstrato, como obstáculo à implementação de políticas públicas e à sindicabilidade de direitos prestacionais, a atuação do Poder Judiciário, em tais casos, impõe-se para afastar o uso abusivo daquela cláusula pela Administração Pública, especialmente nos litígios estruturais, de solução complexa, que perpassa a atuação de diversos órgãos e o dispêndio de recursos públicos. Nesse sentido, cabe à Fazenda Pública provar a alegação deduzida como matéria de defesa, sendo insuficiente o uso meramente retórico da insuficiência de recursos financeiros, de tal modo que a demonstração concreta da incapacidade econômico-financeira de realização da prestação material pleiteada em juízo configura ônus que recai sobre o ente público.

No âmbito do controle judicial de políticas públicas, a inviolabilidade dos direitos constitucionalmente consagrados é prestigiada em decisões judiciais, de modo a evitar que, sob o argumento genérico da escassez de recursos, busque a Administração Pública “exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou (...) aniquilação de direitos” (BRASIL, STF, 2004, ADPF 45), sendo certo que “problemas orçamentários não devem obstar a previsão constitucional” (BRASIL, STF, 2000, RE 273.834), sob pena de reduzir-se a efetividade da Constituição.

No julgamento do RE nº 592.581/RS, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer consistente na promoção de medidas e obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, a fim de assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, afirmando não ser oponível à decisão o argumento da reserva do possível, na medida em que constatado o saldo de R\$ 2.324.710.885,64 (dois bilhões trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos), contingenciados no Fundo Penitenciário Nacional até junho de 2015, a evidenciar que, na hipótese, não se trataria de falta de verbas, mas falta de vontade política (BRASIL, STF, 2016, RE 592.581).

No campo da efetividade dos direitos fundamentais, a dogmática constitucional refere-se, ainda, à tutela do mínimo existencial, simbolizado por um “conjunto de prestações materiais

mínimas” sem as quais não é possível a garantia de uma vida humana digna, tais como “os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça”, que compõem o “conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana” (Barcellos, 2002, p. 305), garantia absoluta (Sarlet, 1999, p. 165) e princípio fundamental do Estado que, por imposição constitucional, não admite a superposição de argumentos que condicionem a realização dos direitos fundamentais, no plano dos fatos, ao orçamento do Estado. Logo, o mínimo existencial assegura os elementos fundamentais da dignidade humana, “estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos” (BRASIL, STF, 2004, ADPF 45).

Contudo, para que se repute legítima, nos moldes do desenho institucional que a Constituição confere ao Poder Judiciário, a intervenção judicial deve restringir-se ao controle de legalidade e da constitucionalidade das ações e omissões do poder público, sem que as determinações proferidas substituam a atuação do legislador e do administrador, em respeito ao princípio da separação de Poderes previsto no art. 2º da CRFB/88, que deve ser lido à luz do constitucionalismo, entendido como movimento jurídico-político de limitação do poder do Estado e de garantia de direitos.

Dentro dessa perspectiva, a noção de separação de Poderes vincula-se à ideia de evitar a concentração do poder em determinados órgãos e o seu exercício arbitrário pelos organismos do Estado, na medida em que o desempenho de funções distintas é atribuído, preponderantemente, a órgãos diversos, sem prejuízo dos mecanismos do controle recíproco entre os Poderes.

O advento de Constituições com extenso rol de direitos fundamentais, o contexto de ascensão do Poder Judiciário e a intervenção estatal em diversos campos das relações sociais exigem, de um lado, que a atuação judicial não implique o esvaziamento de espaços próprios da política majoritária e, de outro giro, que a interpretação do princípio da separação de Poderes não o converta em obstáculo à promoção e proteção eficiente dos direitos fundamentais. Logo, a compreensão de separação de Poderes deve ser alinhada às demais normas do ordenamento e à configuração funcional dos Poderes do Estado trazida pela Constituição, inclusive com o controle de omissões indevidas.

Nessa ordem de ideias, a noção de Poderes que se posicionam de modo distanciado, sem intervenção recíproca, representaria negar validade a normas constitucionais em hipóteses de omissão por parte, especialmente, da Administração Pública. A abertura ao diálogo institucional, próprio do processo estrutural, molda-se sobre uma concepção cooperativa do princípio da separação dos Poderes, em que cada qual manipula os instrumentos que lhes são próprios, compartilhando a responsabilidade pela efetivação das normas definidoras de direitos.

Com base no viés dialógico da atuação judicial estrutural, reservam-se as escolhas políticas aos Poderes do Estado legitimados pelo voto popular, limitando-se o Poder Judiciário ao controle das ações e omissões inconstitucionais, atribuição que lhe foi outorgada pela Constituição com vista à defesa da ordem jurídica. Nesse sentido, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inc. XXXV, destaca-se como fundamento consagrado expressamente pela Constituição que permite ao Poder Judiciário o conhecimento de situações fáticas de ameaça ou lesão a direitos fundamentais e, por via de consequência, viabiliza a sua efetivação pela via judicial, apta a invalidar ações lesivas perpetradas pelo Estado contra o indivíduo ou determinar a adoção de medidas na hipótese de omissões inconstitucionais. De tal modo, a atuação judicial pauta-se na garantia e inviolabilidade dos direitos fundamentais, sem que faça as vezes do administrador para implementar prestações materiais.

Portanto, se de um lado não se pode admitir que a Constituição ocupe o espaço próprio da política majoritária, no sentido de um deslocamento da arena de tomada de decisões políticas (do povo e de seus representantes para atores do campo judicial), não se pode olvidar que a Constituição estabelece fins públicos prioritários a serem alcançados, sendo verdadeiras “normas *jurídicas*, dotadas de *superioridade* hierárquica e de *centralidade* no sistema”, razão pela qual não haveria “sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico”, de modo que “não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo” (Barcellos, 2009, p. 805-806).

5 Conclusão

A justiciabilidade de direitos fundamentais é tida como decorrência lógica da centralidade e força normativa atribuídas à Constituição, características próprias do modelo do Estado Constitucional de Direito prevalecente após a Segunda Guerra Mundial, não sendo as normas constitucionais tidas como meras diretrizes políticas orientadoras da atividade legislativa infraconstitucional ou da atuação administrativa, tendo reconhecido seu valor como verdadeiras normas jurídicas, cogentes, revestidas de aplicabilidade direta, nos termos do art. 5º, §1º, da Constituição da República.

De tal modo, afirma-se a legitimidade constitucional do Poder Judiciário para a intervenção sobre políticas públicas, no âmbito dos processos estruturais, assegurando-se aos Poderes Legislativo e Executivo suas zonas próprias de atuação, reservadas à decisão política. Dentro dessa perspectiva, evidencia-se a admissibilidade da intervenção de matriz estrutural do Poder Judiciário,

buscando a reorganização das instituições estatais, à luz da dogmática constitucional e do seu desenho institucional, moldado pela Constituição de 1988, que confere ao órgão estatal insulado do processo político majoritário a missão de preservar direitos fundamentais objeto de violações sistemáticas e sistêmicas, como decorrência do funcionamento das instituições do Estado.

Referências Bibliográficas

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs). Processos estruturais. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; PÉREZ HUALDE, Alejandro (Coord.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 805-806.

BARROSO, Luís Roberto. O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BOBBIT, Philip; CALABRESI, Guido. Tragic Choices. New York: Norton, 1978.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 410.715/SP. Rel. Min. Celso de Mello, j. 22/11/2005, DJ 03/02/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 9.09.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635. Rel. Min. Edson Fachin, j. 5.08.2020, 18.08.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF. Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF. Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF. Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.388. Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19.03.2009. DJe 24.09.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 592.581. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.08.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 592.581/RS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/08/2015, DJ 1/02/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 592.581/RS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/08/2015, DJ. 1/02/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 273.834/RS. Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/08/2000.

CHAYES, Abram. The Role of the Judge In Public Law Litigation. In: Harvard Law Review, vol. 89, n. 7, mai. 1976, pp. 1302.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-025, j. 22.01.2004.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs). Processos estruturais. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 461-462.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs). Processos estruturais. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

FISS, Owen M. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. In: Harvard Law Review, vol. 93, n. 1, nov. 1979, pp. 1-58.

GRAU, Eros Roberto. A Constituição brasileira e as normas programáticas. In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 42-43.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Safe, 1991.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. 2ª Ed. Trad.: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOUZA, Simone de Oliveira. Dinamitação do pedido no anteprojeto de lei da jurisdição estrutural. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 33, n. 130, p. 33-49, abr./jun. 2025. DOI: 10.52028/RBDPRO.V33i130.250206RJ

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 287.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 88. In: SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 165.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 555-556.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; PÉREZ HUALDE, Alejandro (Coord.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Leonardo Martins (org.); Tradução de Beatriz Hennig, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 5.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 164.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA AO PODER JURISDICIONAL ESTRUTURANTE NO BRASIL: O ATIVISMO JUDICIAL COMO “FALHA NO MERCADO”

Patrícia Filomena Fonseca Amaral³

1 Introdução

Atualmente, o Brasil vem enfrentando uma das maiores crises institucionais, reflexo do pós-positivismo e do conseqüente neoconstitucionalismo, que ampliou o debate quanto ao protagonismo do juiz, de modo que segundo Mello⁴, a Constituição Federal, com seus enunciados principiológicos, dispendo de um amplo rol de direitos fundamentais e com sua proposta de ponderação de valores alçou o Poder Judiciário como o único legitimado capaz de concretizar esses direitos, proferindo decisões que fogem aos contornos da moldura de competência definida pelo Constituinte.

Porém, conforme entende Cardoso⁵, o fato de o neoconstitucionalismo ter potencializado a função jurisdicional, isso não legitima uma atitude ativista, de modo que a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Legislativo, não implica em necessária avocação de suas funções pelo Judiciário.

No entanto, o cenário jurídico contemporâneo revela o contrário: um deslocamento do protagonismo em direção aos juízes, evidenciando uma posição de destaque, nesse contexto, bem como ampliando o alcance de seu poder de aplicação da lei. Deposita-se a garantia dos direitos fundamentais nas mãos dos magistrados, que vêm sendo encarados como verdadeiros super-heróis, de modo que a salvaguarda da democracia depende de um único poder posto em destaque nesse contexto: o Poder Judiciário, que se vale não só da omissão do Poder Executivo para invadir a competência constitucional, mas também da crise de representatividade do Poder Legislativo, para, a partir de normas abertas executar uma função que não lhe é típica: a atividade legiferante.

O denominado pela doutrina de processo estrutural ou estruturante e pelos garantistas de

³ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (PPGD/UCP). E-mail: pffamaral@id.uff.br
Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1393294322603504>

⁴ MELLO, Ruy Nestor Bastos. *O ativismo Judicial do STF em face do Legislativo: Identificação de limites da jurisdição constitucional e análise crítica de decisões sobre a reforma política*. Escola Judiciária Eleitoral da Bahia. p. 167-256.

⁵ CARDOSO, Fernando Cerqueira. Controle Judicial de Políticas Públicas: Três balizas ao ativismo. *Revista Contemporânea*, [S. l.], v. 4, n. 8, p. e5554, 2024. DOI: 10.56083/RCV4N8-155. Disponível em: <https://ojs.revistacontemporanea.com/ojs/index.php/home/article/view/5554>. Acesso em: 24 abr. 2026.

poder jurisdicional estruturante⁶ não se distancia desse contexto, de modo que a ausência de regulamentação para essa nova roupagem processual vem gerando uma grande insegurança jurídica.

Não obstante se tenha notícia do Projeto de Lei 3/2021 elaborado pelo Presidente do Senado para disciplinar essa recente técnica legislativa, o ordenamento jurídico ainda sofre as consequências dessa lacuna. Dessa forma, seguindo o entendimento de Didier Júnior e Zaneti Júnior⁷ no sentido de que o procedimento civil⁸ é flexível o bastante para comportar o poder jurisdicional estruturante, parece que na ausência dessa regulamentação específica, a jurisprudência e doutrina vêm se inclinando em aplicar a essa técnica legislativa o procedimento do Código de Processo Civil, que segue o modelo publicista e socializante lastreado em uma postura ativista do juiz.

Neste cenário, muitos juízes vêm aplicando medidas estruturantes ou técnicas adaptadas de forma discricionária quando se deparam com litígios estruturais, em um retorno ao protagonismo judicial típico do processualismo científico de Anton Menger e Franz Klein, que traduz um modelo autoritário de processo, onde se subtrai garantias das partes para adicionar poderes ao juiz, sob o pretexto de buscar a verdade e realizar a justiça.

Quando o assunto é instrução probatória, o debate se assenta no direito à prova como Liberdade-Garantia de natureza fundamental frente a autorização legal infraconstitucional que o magistrado possui de produzir provas de forma oficiosa. A relevância desse questionamento se justifica quando se confronta os poderes instrutórios do juiz e o Devido Processo Legal como sistemas de garantias a serviço dos jurisdicionados e não do Estado-Juiz⁹.

⁶ À luz do garantismo processual, a expressão processo estrutural configura uma impropriedade porque esta corrente de pensamento defende a limitação do poder jurisdicional pois a premissa do processo, nesse contexto, é ser uma instituição de garantia e, nesta qualidade, não tem o condão de tutelar direitos, função essa exercida pela Jurisdição. Usar a expressão processo estrutural equivaleria a alimentar a concepção ativista, instrumentalista ou publicista de processo (majoritária) adotada pelo Código de Processo Civil que ainda se liga à visão ultrapassada de Dinamarco de que o processo seria instrumento a serviço da autoridade de Estado-Juiz e não como uma instituição a serviço dos jurisdicionados, a quem se deveria assegurar suas garantias fundamentais, razão pela qual se prefere a expressão poder jurisdicional estruturante, por melhor se ajustar à concepção garantista de processo, traduzindo o encargo que tem o Judiciário de tutelar os denominados litígios estruturais.

⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, número 75. 2020.

⁸ A expressão procedimento civil se ajusta melhor ao processo como sistema de garantias que, nessa acepção, não pode ser flexível. Para o garantismo, a expressão processo civil, tradicional entre os garantistas, só deve ser empregada por metonímia. Nesse sentido, nosso Código de Processo Civil seria melhor chamado de Código de Procedimentos Cíveis, mas que se submete ao sistema processual de garantias previsto na Constituição. A dogmática processual é concebida para aplicar as garantias constitucionais (contraditório, juiz natural etc.) em qualquer dos ramos procedimentais (civil, penal, trabalhista etc.).

⁹ Cf. ALMEIDA, Marcelo Pereira; SILVA, Lilia Nunes. *Os Poderes Instrutórios do Juiz nos Modelos Processuais Contemporâneos e as Limitações impostas pela Garantia do Devido Processo Legal*. In *Conhecimento e Diversidade*. Niterói: Editora Unilasalle, v. 5, n. 3. Abril/junho 2023.

Portanto, o presente trabalho se propõe a fazer uma análise crítica sobre a ampliação dos poderes do juiz à luz do garantismo processual¹⁰ diante do discurso político de socialização do processo no âmbito do poder jurisdicional estruturante com base na Análise Econômica do Direito, por meio da qual se pretende constatar que o próprio Poder Judiciário no contexto analisado, a quem se conferiu posição ativa, principalmente na instrução probatória, configura “falha de mercado”, por expressa violação ao princípio da imparcialidade do juiz. Para tanto, optou-se pela revisão bibliográfica e análise da legislação processual brasileira.

Diante da problemática apontada, os objetivos específicos dessa pesquisa consistem em: (1) verificar, a partir da Análise Econômica do Direito, qual a relação de custo e benefício para os sujeitos do processo de se conferir amplos poderes instrutórios ao magistrado; (2) esclarecer se o ideal das garantias fundamentais de cunho constitucional de limitar a atividade do juiz poderá corresponder a realidade social.

2 Análise econômica do Direito aplicada no âmbito do Poder Jurisdicional Estruturante

A Análise Econômica do Direito tem sua origem no ensaio “The problem of Social Cost” de autoria de Ronald Harry Coase¹¹ publicado na Universidade de Chicago. Anteriormente, em busca de compreender essa tradição acadêmica, alguns juristas e economistas teriam se debruçado em teorias neoclássicas, porém, estes estudiosos limitavam a aplicação do Direito a Economia apenas para obtenção de objetivos econômicos por meio de regras jurídicas¹². No entanto, foi somente a partir de um texto publicado em 1.973 por Richard Posner¹³, que se ampliou essa correlação por meio da proposta de se valer da economia para aprimorar e influenciar a formação do direito, a partir da dicotomia eficiência econômica – obtida através de alocação de mercado – e maximização de

¹⁰ Corrente de pensamento que enxerga o processo como um mecanismo de preservação das garantias das partes, no qual o direito ao devido processo legal tem natureza contrajurisdicional, ou seja, possui a função de limitar o poder do juiz (ALMEIDA, Marcelo Pereira; SILVA, Lília Nunes. *Os Poderes Instrutórios do Juiz nos Modelos Processuais Contemporâneos e as Limitações impostas pela Garantia do Devido Processo Legal*. In *Conhecimento e Diversidade*. Niterói: Editora Unilasalle, v. 5, n. 3. Abril/junho 2023).

¹¹ COASE, Harry Ronald. *The problem of Social Cost*. *Journal of Law and Economics*, n. 3, 1960.

¹² Embora não se tenha notícia sobre a data exata do ressurgimento da AED, existe um consenso entre os doutrinadores em atribuir como marco central a publicação da obra *The Problem of the Social Cost* de Ronald Harry Coase, na *Revista de Direito de Chicago*, em 1.960. Na verdade, antes deste ano, um pesquisador chamado Ronald Hovenkamp demonstrou por meio de sua pesquisa que a origem da AED adveio na chamada “Era Progressiva” entre os anos de 1.890 e 1.920, ocasião em que houve um debate nos EUA entre economistas neoclássicos, que desejavam maior liberdade e tolerância do Estado, e economistas marginalistas, que almejavam um Estado mais atuante como agente normatizador e regulador do mercado. Entre os anos de 1.930 e 1.950 não há conhecimento de estudos sobre a AED, que teve como marco central a publicação do ensaio de Ronald Harry Coase em 1.960 (FORNARI, Homero José Nadim. *A Análise Econômica do Direito e a redução das falhas de mercado pela contabilidade no processo de recuperação judicial*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2016).

¹³ POSNER, Richard, *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

recursos^{14 15}. Isso implica dizer que esse instrumental econômico se apresenta como uma teoria normativa com uma finalidade a ser atingida pelo direito: a eficiência econômica.

Neste contexto, juristas e economistas vêm percebendo a importância da interdisciplinariedade entre Direito e Economia, cujas relações, como visto alhures, não são tão recentes e têm, inclusive, ao longo do tempo, de acordo com Ronald Harry Coase, variado no tempo¹⁶. Afinal, nas palavras de Monaco¹⁷, não existe um direito que não reflita um custo econômico, bem como não funciona um sistema econômico despido de instituições jurídicas que lhe promovam uma roupagem e que garantam o cumprimento das transações.

Desse entendimento se extrai a ideia de que a Análise Econômica do Direito, segundo Marcelo Vanzella Sartori, se baseia na teoria segundo a qual à medida em que se reduzem os custos de transação, aumenta-se a eficiência do mercado. E esta, de acordo com o autor, seria a ligação entre direito e economia, amparada em técnicas de estudo relativas às consequências econômicas das decisões jurídicas assentadas em uma eficiência alocativa¹⁸.

Depreende-se com isso que se há eficiência, é porque houve alocação do mercado, que, segundo Ricardo Corrêa Geoffroy¹⁹, seria uma escolha socialmente eficaz em face da limitação de recursos e das ilimitáveis necessidades sociais. Partindo dessa premissa, é possível inferir que escolhas ineficazes, geram alocações ineficientes, o que implica dizer que o mercado não estaria funcionando como deveria.

Quando se transfere essa teoria de contexto econômico para o âmbito do Direito, especialmente, direcionada à questão do ativismo judicial, a lógica é a mesma. Se a lei processual vem autorizando um aumento do poder instrutório do juiz no âmbito do Código de Processo Civil e no poder jurisdicional estruturante, isso significa que estaria contribuindo para fomentar um Poder Judiciário ineficiente, pois ao escolher agir com discricionariedade, embora de acordo com a lei

¹⁴ ANDRADE, José Maria Arruda de. A importância da Análise Econômica do Direito. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-31/importancia-analise-economica-direito/>

¹⁵ Richard Posner se baseou no utilitarismo inglês de Jeremy Bentham e Gary Becker para esclarecer a característica interdisciplinar que marca o campo da Análise Econômica do Direito. O utilitarismo de Bentham partia da premissa de que as pessoas buscam seu próprio bem-estar, pois a chave da motivação e do comportamento humano seria obter felicidade e se afastar da dor, na medida em que os seres humanos seriam agentes racionais maximizadores de sua utilidade, o que consiste em uma das premissas da AED (MONACO, Rafael de Oliveira. *Uma Introdução à Análise Econômica do Direito*. V. 15. n. 1, p. 215-255. Jan/Abr. 2020).

¹⁶ COASE, Ronald Harry *Apud* LAZARI, Rafael José Nadim de. *Análise Econômica do Direito aplicada ao Poder Judiciário Brasileiro: A função judicante como “falha de mercado”*. Revista de Direito Brasileira. Florianópolis, SC. V. 27. n. 10. p. 201-215 set/dez 2020.

¹⁷ MONACO, Rafael de Oliveira. *Uma Introdução à Análise Econômica do Direito*. V. 15. n. 1, p. 215-255. Jan/Abr. 2020.

¹⁸ SARTORI, Marcelo Vanzella. *As Falhas de Mercado diante da Análise Econômica do Direito Ambiental e do patrimônio cultural como bens coletivos*. Universitas. Ano 2. No 2. 2009.

¹⁹ GEOFFROY, Ricardo Corrêa. *Eficiências Econômicas em atos de concentração: rumo à incorporação das eficiências dinâmicas*. V Prêmio SEAE. Concurso de Monografias sobre defesa da concorrência e regulação econômica. p. 85, 2010.

processual, o Sistema de Justiça não gera eficiência alocativa, uma vez que, ao agir conforme a legislação, o juiz não só deixa de atuar de acordo com as garantias fundamentais como também, não faz uma escolha socialmente eficaz. Afinal, seguindo os ensinamentos de Pedro Lube Sperandio²⁰, o privilégio cognitivo do julgador ainda presente no CPC é inconstitucional e antidemocrático, por se assemelhar aos períodos inquisitórios e ditatoriais. Neste cenário, José Maria Arruda²¹ explica que

a aplicação da economia no direito faz parte do campo da teoria das provas e não a da decisão, na medida em que a economia não está direcionada a servir um novo sistema jurídico, mas sim está ao lado da boa aplicação do direito, o que somente é possível quando o Poder Judiciário age com eficiência.

Isso implica em respeitar o mandamento constitucional que assegura aos jurisdicionados suas garantias fundamentais dentro de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, se a economia, nas palavras de Rafael Monaco, é compreendida como a ciência que estuda o comportamento humano²² em uma sociedade em que os recursos são escassos frente às ilimitadas necessidades humanas, é crível utilizar-se da Análise Econômica do Direito para avaliar a necessidade de se encontrar um equilíbrio entre juiz investigador, juiz expectador e juiz colaborativo, na medida em que nesse contexto em que o instrumentalismo supera o garantismo fomentando o protagonismo judicial, a legislação processual nada mais faz do que permitir que se retire das partes as suas garantias constitucionais, especialmente o direito a um juiz imparcial. Em outras palavras, o deleite do benefício do juiz em produzir provas *de ofício*, enseja um custo (social) para as partes: a renúncia das suas garantias fundamentais.

É possível inferir, com isso, que o Código Processo Civil, ao autorizar a produção oficiosa da prova pelo juiz, enseja a ruptura das garantias constitucionais e, conseqüentemente, infrinje as reais pretensões das partes em ver concretizados seus direitos e garantias fundamentais em um cenário de escassez de recursos, o que, na linguagem da Análise Econômica do Direito, gera um sistema de justiça ineficiente.

Assim, pretende-se a partir da relação custo e benefício que se empresta da Economia, analisar este cenário onde, de um lado, o juiz possui poderes quase ilimitados de direção material do processo e, sob o pretexto de auxiliar as partes, na verdade, passa a atuar como tais e, de outro, as partes, que possuem o alto custo de não ter suas garantias asseguradas.

²⁰ SPERANDIO, Pedro Lube. *Contra os poderes instrutórios do juiz: a prova ex officio e a quebra de imparcialidade judicial*. Coordenado por Antônio Carvalho Filho, Eduardo José da Fonseca Costa. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.p. 116

²¹ ANDRADE, José Maria Arruda de. A importância da Análise Econômica do Direito. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-31/importancia-analise-economica-direito/>

²² MONACO, Rafael de Oliveira, op. cit., p. 215-255.

3 O discurso político de socialização processual no Código de Processo Civil

Na visão de Samuel Gomes²³, o Judiciário é Poder. E Poder gosta de poder. O Judiciário diz que age apenas quando provocado. Mas, o que se tem notícia, é que nem sempre é assim. Não raras vezes, desce do parquinho porque gostou da brincadeira.

Não é desconhecido que esse ativismo judicial, típico da judicialização da política é um reflexo da concepção publicista de processo que funcionou no final do século XIX, ocasião em que houve uma transição de uma visão liberal do processo, onde sobressaía a figura do juiz expectador, para uma visão socializadora, a qual passou a idealizar o processo como mero instrumento técnico de resolução de conflitos de interesse, onde o juiz assumia uma postura ativa, de investigador. Com o processulismo científico de Klein, o processo passa a ser visto como instrumento da jurisdição, ganhando destaque o protagonismo judicial com o enfraquecimento do liberalismo processual²⁴.

Premido da necessidade de implementar um perfil socializante de processo a partir do Estado de bem-estar social, o Código de Klein conferia ao julgador amplos poderes de investigação e instrução, voltado à satisfação de valores sociais - o que Klein chamou de função social do processo - em um modelo cooperativo entre juiz e as partes, na qual competia ao juiz um dever de auxílio às partes. Assim, de um extremo a outro, o magistrado deixaria de ser mero expectador abraçado no modelo liberal de processo, para uma posição de juiz ativo.

Desta forma, a perspectiva Kleiniana pautava-se na denominada cooperação processual entre as partes, no qual competia ao juiz um dever de auxílio às partes, proposta essa que teve influência na obra de Dinamarco intitulada de “A Instrumentalidade do Processo”. Esse modelo cooperativo disfarçado de inquisitorial é criticado por Mundim²⁵, pois de acordo com seu entendimento a cooperação processual não passa de uma versão mitigada do modelo inquisitorial, onde se evidencia uma hipertrofia da jurisdição, transformando o processo em mero instrumento à disposição do juiz, em evidente violação da imparcialidade.

Com base nisso, é possível notar que o Código de processo Civil de 2015 já nasceu velho. Sua tentativa de se alinhar a um modelo cooperativo de processo, onde as garantias das partes e interesses da coletividade seriam assegurados, não passa do mero discurso. Na realidade, como se vê, principalmente em matéria probatória, a legislação acabou incorporando um modelo socializante de processo, prestigiando o ativismo judicial. Como se observa, o Código de Processo Civil,

²³ GOMES, Samuel. O Processo Estrutural contra a judicialização da Política. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-23/o-processo-estrutural-contra-a-judicializacao-da-politica/>

²⁴ MUNDIM, Luiz Gustavo Reis. Poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Civil e processualidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 19.

²⁵ MUNDIM, Luiz Gustavo Reis, op. cit., p. 22.

reformado em 2015, adota uma concepção retrógrada de processo, pois lastreada em uma legislação do século XIX enraizada em ideias autoritárias e sociais.

Nessa perspectiva instrumentalista e publicista, o processo é visto como instrumento a serviço da Jurisdição, na visão (ultrapassada) de Dinamarco, em que o Poder Judiciário assume uma postura ativista, autoritária e arbitrária, sob o discurso de assegurar direitos e garantias fundamentais das partes, o que vem chamando atenção dos estudiosos do garantismo processual. Em uma perspectiva publicista de processo, permite-se uma ampliação dos poderes do juiz porque, segundo Pedro Lube Sperandio²⁶

o objetivo do procedimento judicial seria buscar a verdade real e a realização da justiça, legitimando, com base nesses fins, a iniciativa probatória do juiz, pois ele seria o terceiro desinteressado capaz de encontrar a verdade real dos fatos, que seria a condição inafastável para se decidir de forma justa. Sob essa ótica, o juiz teria o dever de traduzir no caso concreto os escopos político e social da norma abstrata conferida pelo legislador. Desse modo, a verdade se converteria em parte essencial da função do juiz que então deixa de ser um terceiro imparcial, quebrando a imparcialidade.

Este tipo de modelo, adotado pelo Código de Processo Civil de 39, foi deveras repudiado por se revelar autoritário devido a postura ativista do Poder Judiciário em detrimento das garantias constitucionais das partes, principalmente, na atual conjuntura, pela doutrina do garantismo processual que enxerga o processo como instituição de garantia, defendendo a limitação do poder jurisdicional, pois a jurisdição, nessa concepção, é considerada uma instituição do poder. Logo, o processo seria uma garantia contra esse poder ou uma garantia contrajurisdicional, porque o seu objetivo é limitar o poder do Juiz que, se não age com imparcialidade, não estaria atuando com eficiência.

Em razão da não regulamentação de um procedimento que possa comportar o poder jurisdicional estruturante, a nova técnica legislativa que a doutrina convencionou chamar de processo estrutural ou estruturante vem seguindo esse modelo que confere ao juiz amplos poderes instrutórios, como será bem esclarecido no ítem a seguir.

3 A prova *de ofício* no Código de Processo Civil e sua influência no Poder Jurisdicional Estruturante

Adotando esse modelo de socialização processual, a legislação com auxílio da jurisprudência e da doutrina sustentam que a produção de um meio de prova pode ser determinada por iniciativa

²⁶ SPERANDIO, Pedro Lube. *Contra os poderes instrutórios do juiz: a prova ex officio e a quebra de imparcialidade judicial*. Coordenado por Antônio Carvalho Filho, Eduardo José da Fonseca Costa. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.p. 43-45.

do juiz de forma oficiosa sem o requerimento das partes, o que é confirmado pelo comando genérico ínsito no art. 370 do CPC²⁷. Segundo Pedro Lube Sperandio²⁸, trata-se de comando genérico porque há outros artigos que evidenciam o protagonismo judicial, como por exemplo, o art. 464 e 480 que facultam o juiz a requisição da perícia, art. 405 a 441 que faculta o juiz a requisitar documentos perante qualquer parte, e outros artigos que demonstram claramente o ativismo judicial.

Assim, o CPC autoriza a atividade probatória do juiz, coadunando com a doutrina ativista/instrumentalista (dominante), que adota o conceito de prova como resultado que convence o juiz a respeito da verdade dos fatos²⁹, o que o coloca como destinatário da prova, permitindo ao juiz o monopólio decisório que, quando alinhado aos poderes instrutórios, faz com que o magistrado busque uma suposta verdade em clara violação da ampla defesa, contraditório e isonomia que, segundo Mundim³⁰ traduzem o princípio do devido processo e configuram o núcleo democrático da prova. O juiz assume, assim, a posição de supraparte, pois, nas palavras do autor, é um sujeito processual dotado de saberes infalíveis para determinar qual prova vai determinar por sua atividade probatória³¹.

O denominado pela doutrina de processo estrutural ou estruturante e pelos garantistas de poder jurisdicional estruturante ou jurisdição estrutural, como dito alhures, ainda não possui uma regulamentação jurídica. Diante desse vácuo legislativo, a jurisprudência e doutrina vêm se inclinando em aplicar ao poder jurisdicional estruturante o procedimento do Código de Processo Civil. Nessa direção, o próprio PL 3/25, que traça os contornos para um modelo de jurisdição estrutural e disciplina a ação civil pública, determina a aplicação subsidiária e supletiva do Código de Processo Civil ao “processo” estrutural³².

Desta forma, mesmo se o Projeto for convertido em lei, o perfil das medidas estruturantes vai continuar se baseando neste modelo publicista de processo adotado pelo Código de Processo Civil de 2015 que permite uma postura proativa do juiz.

Aliás, em sua origem, o procedimento estrutural já nasceu defeituoso, pois seu surgimento adveio, no século XX nos EUA, a partir de dois precedentes: *Brown X Board Education of Topeka*, onde o Poder Judiciário norte-americano determinou a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas, e o caso *Holter Vs Sarver*,

²⁷ Art. 370 CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

²⁸ Op. cit., p. 114-115.

²⁹ LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinicius Loft *Apud* MUNDIM, Luíz Gustavo Reis. *Poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Civil e processualidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 69.

³⁰ Op. cit., p. 38-40.

³¹ Id., p. 85-86

³² Art. 1º, parágrafo 2º, do Projeto de Lei 3/25: “O processo estrutural regula-se pelas disposições da Lei 7347 de 24 de junho de 1.985, e, supletiva e subsidiariamente, pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de processo Civil)”.

em que diante da constatação de violação dos direitos humanos aos detentos de duas unidades prisionais no estado de Arkansas, o juiz não só declarou a inconstitucionalidade do sistema prisional, como também determinou medidas estruturantes³³.

A partir desses dois casos, é possível perceber que o Poder Judiciário foi acionado não para resolver um problema pontual como acontece nos litígios individuais, mas sim para dirimir situações de fato genéricas e consolidadas que necessitavam de reestruturação por envolver problemas sistêmicos ou estruturais de natureza prospectiva. Assim, define Vitorelli³⁴ o processo estrutural como sendo “um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos (...)”. O que se quer dizer com isso é que o objetivo dessa técnica legislativa é reestruturar determinada instituição para permitir que seu estado atual de desconformidade estruturante inerente ao problema estrutural atinja um estado ideal de coisas, o que se torna possível através da feitura de um plano de reorganização.

Outra percepção que se pode notar a partir desses dois exemplos é que desde a sua origem, essa técnica legislativa já evidenciou imperfeições, na medida em que as medidas estruturantes mencionadas provieram de um claro ativismo judicial, o que traz uma grande insegurança jurídica, na medida em que a ausência de parâmetros legais permite ao magistrado a utilização de seu poder de modo indefinido. Em razão das características inerentes ao processo estrutural, há algumas peculiaridades, principalmente em matéria probatória, em razão da prospectividade e multipolaridade.

Didier Júnior³⁵ apresenta oito características inerentes ao Poder Jurisdicional Estruturante, sendo as cinco primeiras por ele consideradas como essenciais, tais como: (1) existência de um problema estrutural prospectivo, que pode ser definido, nos dizeres do autor como uma situação de fato gerada por uma situação de desconformidade estruturada; (2) buscar uma transição entre a situação de desconformidade atual para um estado ideal de coisas, sendo necessário observar o art. 23 da Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro, que traduz a necessidade do juiz estabelecer regras de transição; (3) o processo estrutural se desenvolve em um procedimento bifásico, muito semelhante ao que ocorre no processo de falência e recuperação judicial; (4) flexibilidade da sua estrutura para se adequar às exigências constitucionais do devido processo estrutural; (5) consensualidade.

³³ DIDIER JR., Fredie; ZANETE JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. número 75. 2020, p. 1-2.

³⁴ VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. São Paulo: Juspodium. 2022. p. 17.

³⁵ Op. cit, p. 6-7.

As três últimas, conforme Didier aponta, seriam as características típicas, porém não essenciais para se considerar um processo como estrutural: (6) a multipolaridade, ou seja, a existência de um conflito envolvendo múltiplas partes, geralmente com interesses aparentemente antagônicos; (7) a complexidade, a significar ser um processo em que se discute um problema que admite diversas soluções; (8) a conflituosidade, o que implica dizer que o litígio será mais conflituoso quanto menos uniforme for a posição dos membros do grupo diante do conflito.

Segundo Arenhart³⁶, em virtude dessas características inerentes ao poder jurisdicional estruturante há uma flexibilização dos procedimentos para a obtenção da prova por conta da dinâmica das situações complexas que, em regra, é incompatível com a rigidez dos meios de prova inerentes ao Código de Processo Civil e dos procedimentos de colheita de prova.

Não obstante as peculiaridades que envolvem a atividade probatória no âmbito do poder jurisdicional estruturante, Vitorelli³⁷ entende que essa nova roupagem processual, no tocante à produção da prova, terá as mesmas características que teria um processo coletivo não estrutural.

No mesmo sentido, a jurisprudência do STJ já assentou entendimento de que, no âmbito dos processos coletivos, o juiz possui um poder instrutório amplo tanto na produção da prova, como na instrução probatória³⁸. Sob essa ótica, Arenhart³⁹ entende que diante da característica da multipolaridade inerente ao poder jurisdicional estruturante, onde cada um tem uma solução parcial para o problema, é imprescindível a presença de um juiz ativo na função instrutória, capaz de investigar os fatos de modo completo e aprofundado, pois essa exigência implicaria em uma mudança na instrução probatória.

Em outras palavras, o poder jurisdicional estruturante vem seguindo o perfil ativista, usando, aqui, a multipolaridade como subterfúgio para justificar a atuação arbitrária do juiz na instrução probatória. Porém, por mais que a existência de múltiplas partes torne o procedimento evidentemente complexo, conforme aduz Juan Montero Aroca⁴⁰, o juiz não estaria legitimado a se converter em um juiz-investigador dos fatos afirmados pelas partes, colocando em risco a imparcialidade do julgamento, pois o processo é regulado em conformidade ao princípio do

³⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/5-a-instrucao-do-processo-estrutural-curso-de-processo-estrutural/1300338466> Acesso em: 13 de agosto de 2024.

³⁷ Id., 2022. p. 413.

³⁸ Resp n. 1.543.430/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 23/08/2022. DJe de 23/09/2022.

³⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/5-a-instrucao-do-processo-estrutural-curso-de-processo-estrutural/1300338466> Acesso em: 13 de agosto de 2024.

⁴⁰ AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autorita. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006. p. 160 e 163.

contraditório, o qual se baseia na verdade sustentada pelas partes e no julgamento por um terceiro imparcial. Sendo assim, à luz dos garantistas, o magistrado deveria respeitar as regras do procedimento e os limites dos meios probatórios requeridos pelas partes, visto que são garantias dos jurisdicionados.

Desta forma, em matéria probatória, ainda que se trate de processo complexo, o juiz não deve ter o privilégio cognitivo, por ser incompatível com a processualidade democrática e com a construção do Estado Democrático de Direito, pois as partes ficam excluídas, não podendo influenciar ou fiscalizar as decisões⁴¹. Nesse viés, quando o juiz ordena oficiosamente a produção de uma prova, deixa de atuar como terceiro imparcial para agir como parte, violando, o que Alvarado Velloso⁴² chama de imparcialidade. Atuando, assim, o juiz assume a função de acusador e defensor, maculando o princípio do contraditório.

A conclusão que se chega é que o denominado processo (des) estrutural, que tem sob sua mira a característica da prospectividade inerente ao problema estrutural, acabou acertando o passado, pois se baseia em uma lei processual retrógrada que prestigia um modelo de processo autoritário e insistente em servir ao Estado Juiz, ao invés de resguardar os direitos e garantias dos jurisdicionados. É, portanto, ilógico que, diante desta característica que permeia as medidas estruturantes, ainda se insista não só em razão da lacuna legislativa, mas especialmente pela incoerência, em seguir o mesmo procedimento de uma lei processual que prestigia conflitos individuais cuja solução se volta para o passado, quando o poder jurisdicional estruturante lida com litígios multipolares e complexos com soluções prospectivas.

Além disso, se o próprio Arenhart⁴³, que é adepto da doutrina ativista, entende que a prospectividade determina uma nova visão sobre o papel da prova nos processos estruturais, o argumento ativista de que a função da prova seria a busca da verdade estaria eliminado, pois se trata aqui de uma tutela voltada para o futuro, ou seja, exercida em juízo de probabilidade e não de certeza. Em razão disso e da própria estrutura complexa dos litígios estruturais, não se poderia pretender aplicar, ainda que de forma subsidiária e supletiva ao poder jurisdicional estruturante, o procedimento civil, o qual deveria se restringir aos litígios individuais.

5 O Poder Jurisdicional Estruturante como uma “falha de mercado”

⁴¹ MUNDIM, Luíz Gustavo Reis. Poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Civil e processualidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 85-86

⁴² VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidade judicial y el debito proceso (la función del juez em el processo civil). Revista Ratio juris. Medellín, v. 9, n. 18, p. 207-235. Jan/jun. 2014.

⁴³ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/5-a-instrucao-do-processo-estrutural-curso-de-processo-estrutural/1300338466> Acesso em: 13 de agosto de 2024.

Mercados, assim como o sistema de Justiça, são imperfeitos. Segundo Marcelo Vanzella Sartori⁴⁴, falhas de mercado são aquelas que motivam a criação de direito econômico, correspondente a uma situação na qual os mercados reais - de um produto em determinado local - não funcionam tal qual o modelo de mercado idealizara diante de uma maior eficiência econômica.

Entende-se neste trabalho que o poder judiciário estruturante seria como o mercado real que, ao produzir uma prova *de ofício*, extrapola suas funções, agindo com autoridade e arbítrio, sendo ineficiente por não funcionar como o modelo constitucional, ou seja, por não agir de acordo com as garantias dos jurisdicionados.

Segundo Mark Seidenfeld⁴⁵, a falha de mercado na economia é uma situação na qual a alocação de bens e serviços por um mercado livre não é eficiente, frequentemente levando a uma perda líquida de bem-estar social, ideal este almejado pela Análise Econômica do Direito. Para o autor, as imperfeições de mercado podem ser vistas como cenários em que a busca individual de puro interesse privado acarreta desvios de condições de mercado, ensejando resultados que não são eficientes.

Nesse cenário, nas palavras de Rafael José Nadim de Lazari⁴⁶, se a Ciência Jurídica pretende obter da ciência econômica elementos para corrigir imperfeições de mercado, e que é no campo do Direito que se persegue maior eficiência econômica, se torna clarividente que sobre o Poder Judiciário recai a maior parte desse equilíbrio.

Sendo assim, é possível inferir que ao Sistema de Justiça cabe assegurar as garantias e direitos dos jurisdicionados, principalmente o direito ao contraditório, ampla defesa, isonomia, imparcialidade. Quando a lei infraconstitucional, a doutrina e a jurisprudência autorizam o juiz a produzir prova oficiosa, ou seja, a adotar uma posição ativa na instrução probatória, isso constitui uma imperfeição de mercado, pois agindo assim, o juiz, deixa de agir com eficiência, pois sua conduta não se coaduna com o mandamento constitucional. Logo, se o poder jurisdicional estruturante deveria ser um ambiente para corrigir as imperfeições de mercado, ele próprio acabou se tornando “falha de mercado” por sua atuação inconstitucional, arbitrária e autoritária.

⁴⁴ SARTORI, Marcelo Vanzella *Apud* LAZARI, Rafael José Nadim de. Análise Econômica do Direito aplicada ao Poder Judiciário Brasileiro: A função judicante como “falha de mercado”. Revista de Direito Brasileira. Florianópolis, SC. V. 27. n. 10. p. 201-215 set/dez 2020, p. 208.

⁴⁵ SEINDENFELD, Mark *Apud* PINTO, Alcides Goelzer de Araújo Vargas; PERIN, Giovana Rosa; DUARTE, Francisco Carlos. Direito Econômico da Energia Elétrica: a variação da tarifa e falhas de mercado. Revista Jurídica Cesumar. Jul/dez 2015, v. 15, n. 2, p. 510-511.

⁴⁶ LAZARI, Rafael José Nadim de, op. cit., p. 208.

Além disso, de acordo com Micheli Pereira⁴⁷, para que o Judiciário funcione bem, é necessário agir de forma eficiente, imparcial e pouco custosa e, conseqüentemente o Judiciário que funciona mal é aquele que não atende a esses requisitos, o que reforça o entendimento de que o próprio Judiciário, neste cenário, ao assumir uma postura ativista no tocante à instrução probatória, configura “falha de mercado”, pois não funciona como um modelo capaz de agir de acordo com a ordem constitucional, republicana e democrática, que veda o uso do poder pelo agente público⁴⁸.

A Constituição Federal garante às partes o direito ao contraditório, ampla defesa, isonomia, e o direito a ter julgado seu conflito por um juiz imparcial. Porém, quando se confere ao juiz o poder-dever de produzir prova de ofício, sem o requerimento das partes, o coloca também como destinatário da prova e, sendo assim, assume também a posição de parte. Isso implica dizer que o juiz passa a agir com parcialidade, maculando a garantia constitucional que assegura às partes o direito a um juiz imparcial. Conseqüentemente, evidencia-se um Poder Judiciário ineficiente.

Sob essa ótica, nesse cenário em que o poder jurisdicional estruturante abraça uma posição ativista na direção do Código de Processo Civil, não se pode falar como Richard Posner, que houve eficiência econômica, na medida em que se o Direito deve cuidar de resolver as imperfeições de mercado, o Poder Judiciário deveria ser o porto seguro para corrigir infringências à Constituição Federal, e não honrar uma lei infraconstitucional.

A produção da prova deveria competir somente às partes, pois ao juiz cumpriria apenas o dever de garanti-las o direito de requerer, produzir e ver considerada a prova, assumindo posição passiva⁴⁹. Afinal, o direito de provar é um instituto jurídico que atua como garantia processual fundamental inafastável pertencente às partes, sendo uma liberdade constitucionalmente assegurada, o que afasta o ativismo probatório do juiz.

Nessa concepção, o juiz, em homenagem ao processualismo democrático não é destinatário da prova, mas apenas um terceiro imparcial inserido em um procedimento de cognição balizado pelo devido processo legal⁵⁰. Se a prova é uma Liberdade-Garantia, se torna imprescindível garantir à parte a possibilidade de sua produção, bem como o exercício da liberdade de assumir o ônus de se omitir, sendo inadmissível que o juiz determine que a parte produza prova que não deseja, sob o argumento de que se deve buscar a verdade real ou que o conflito inerente ao poder jurisdicional

⁴⁷ PEREIRA, Micheli *Apud* LAZARI, Rafael José Nadim de. Análise Econômica do Direito aplicada ao Poder Judiciário Brasileiro: A função judicante como “falha de mercado”. Revista de Direito Brasileira. Florianópolis, SC. V. 27. n. 10. p. 201-215 set/dez 2020, p. 209.

⁴⁸ SPERANDIO, Pedro Lube. *Contra os poderes instrutórios do juiz: a prova ex officio e a quebra de imparcialidade judicial*. Coordenado por Antônio Carvalho Filho, Eduardo José da Fonseca Costa. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 26.

⁴⁹ SPERANDIO, Pedro Lube, *Op. cit.*, p. 149.

⁵⁰ MUNDIM, Luíz Gustavo Reis. *Poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Civil e processualidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 71-72.

estruturante é multipolar.

A quebra da imparcialidade neste contexto é clarividente, pois para Eduardo José da Fonseca Costa e Diogo Crevelin de Souza⁵¹, esta garantia pressupõe que o juiz ignore os fatos que originam o litígio e não tenha convicção formada sobre a solução do caso, ou seja, é indispensável que o juiz, respeitando a Constituição Federal, julgue alicerçado nas informações dos fatos trazidas aos autos através das provas produzidas pelas partes⁵² em contraditório. Isso porque a prova é, ao mesmo tempo, um dever constitucional do Estado e um direito-garantia das partes, não cabendo ao juiz se imiscuir de sua produção, por violar devido processo legal.

6 Conclusão

Em conclusão, a importância de se utilizar da Análise Econômica do Direito para criticar o ativismo judicial no poder jurisdicional estruturante em matéria probatória reside em analisar, a partir da adoção de um modelo publicista de processo pelo Código de Processo Civil de 2015 aplicável a esta técnica legislativa, qual a relação de custo e benefício para as partes em ter julgado seu conflito de interesse por um juiz parcial no âmbito do Poder Jurisdicional Estruturante.

Neste contexto, a pesquisa revelou que sendo a prova uma Liberdade-Garantia, ou seja, um direito fundamental, quando se aumenta os poderes de instrução probatória do juiz, são os jurisdicionados os maiores prejudicados, na medida em que o único ônus que possuem, além de dividir com o juiz o ônus de provar, é a existência de um custo (social): a renúncia às suas garantias fundamentais. Por outro lado, é o juiz o único beneficiado ao produzir prova oficiosa, pois ao agir assim deixa a imparcialidade de lado para atuar como se parte fosse, assumindo, assim, a posição de juiz-investigador. Se ao Estado-juiz cabe a função de terceiro desinteressado ao litígio, conclusão óbvia seria a de que caberia às partes produzir provas em juízo em contraditório para que o magistrado forme sua convicção, e não permitir que este já tenha conhecimento dos fatos da causa previamente.

A Jurisprudência do STJ confirma essa heresia jurídica conferindo amplos poderes instrutórios ao poder jurisdicional estruturante, onde o juiz hipertrofiado, acaba, ao mesmo tempo, atuando como acusador/defensor, ou seja, como juiz e parte. Nesse cenário, em que o magistrado assume uma postura ativista, autoritária e arbitrária, constatou-se, com base na Análise Econômica

⁵¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca; SOUSA, Diego Crevelin de *Apud* SPERANDIO, Pedro Lube. *Contra os poderes instrutórios do juiz: a prova ex officio e a quebra de imparcialidade judicial*. Coordenado por Antônio Carvalho Filho, Eduardo José da Fonseca Costa. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 126.

⁵² SPERANDIO, Pedro Lube, *Op. cit.*, p. 126.

do Direito, que o próprio poder jurisdicional estruturante é considerado como “falha de mercado”, onde o mercado seria a ele equiparado e a falha configuraria a autorização por uma lei infraconstitucional permitindo uma conduta ativa do juiz neste contexto. Isso implica dizer que o desvio da lei processual, com apoio da jurisprudência e da doutrina majoritária conduz à procura individual do juiz pela busca da verdade e realização da justiça, ao invés de assegurar as garantias das partes, o que torna o poder jurisdicional estruturante como um mercado imperfeito, pois uma vez despido de imparcialidade, age contra o mandamento constitucional, revelando uma atitude antidemocrática e inconstitucional. E isso gera um Sistema de Justiça ineficiente, de modo que não se enquadra no conceito de eficiência econômica, que se caracteriza como o fundamento da Análise Econômica do Direito.

Por fim, se uma lei infraconstitucional concretiza regras que estão em desarmonia com as garantias constitucionais, um ajuste na legislação processual visando se adequar ao mandamento constitucional, tornando o discurso uma realidade bem como uma atualização do perfil de processo desprendido da ideia de instrumentalismo já seria um bom começo para uma mudança no contexto.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Marcelo Pereira; SILVA, Lilia Nunes. *Os Poderes Instrutórios do Juiz nos Modelos Processuais Contemporâneos e as Limitações impostas pela Garantia do Devido Processo Legal*. In: *Conhecimento e Diversidade*. Niterói: Editora Unilasalle, v. 5, n. 3, abr./jun. 2023.

ANDRADE, José Maria Arruda de. *A importância da Análise Econômica do Direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-31/importancia-analise-economica-direito/>

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de Processo Estrutural*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/5-a-instrucao-do-processo-estrutural-curso-de-processo-estrutural/1300338466>

AROCA, Juan Montero. *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso Civil e Ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

CARDOSO, Fernando Cerqueira. *Controle Judicial de Políticas Públicas: Três balizas ao ativismo*. *Revista Contemporânea*, v. 4, n. 8, 2024.

COASE, Ronald Harry. *The Problem of Social Cost*. *Journal of Law and Economics*, n. 3, 1960.

COASE, Ronald Harry apud LAZARI, Rafael José Nadim de. *Análise Econômica do Direito aplicada ao Poder Judiciário Brasileiro: A função judicante como “falha de mercado”*. *Revista de Direito Brasileira*, v. 27, n. 10, 2020.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; SOUSA, Diego Crevelin de apud SPERANDIO, Pedro Lube. *Contra os poderes instrutórios do juiz*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 126.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 75, 2020.

GEOFFROY, Ricardo Corrêa. *Eficiências Econômicas em atos de concentração*. V Prêmio SEAE, 2010.

LAZARI, Rafael José Nadim de. *Análise Econômica do Direito aplicada ao Poder Judiciário Brasileiro: A função judicante como “falha de mercado”*. Revista de Direito Brasileira, v. 27, n. 10, 2020.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinicius Loft apud MUNDIM, Luiz Gustavo Reis. *Poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Civil e processualidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

MELLO, Ruy Nestor Bastos. *O ativismo judicial do STF em face do Legislativo*. Escola Judiciária Eleitoral da Bahia.

MONACO, Rafael de Oliveira. *Uma Introdução à Análise Econômica do Direito*. v. 15, n. 1, 2020.

MUNDIM, Luiz Gustavo Reis. *Poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Civil e processualidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

PEREIRA, Micheli apud LAZARI, Rafael José Nadim de. *Análise Econômica do Direito aplicada ao Poder Judiciário Brasileiro*. Revista de Direito Brasileira, 2020.

PINTO, Alcides Goelzer de Araújo Vargas; PERIN, Giovana Rosa; DUARTE, Francisco Carlos apud SEINDENFELD, Mark. *Direito Econômico da Energia Elétrica*. Revista Jurídica Cesumar, 2015.

POSNER, Richard. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SARTORI, Marcelo Vanzella. *As Falhas de Mercado diante da Análise Econômica do Direito Ambiental*. Universitas, 2009.

SARTORI, Marcelo Vanzella apud LAZARI, Rafael José Nadim de. *Análise Econômica do Direito aplicada ao Poder Judiciário Brasileiro*. Revista de Direito Brasileira, 2020.

SEINDENFELD, Mark apud PINTO, Alcides Goelzer de Araújo Vargas; PERIN, Giovana Rosa; DUARTE, Francisco Carlos. *Direito Econômico da Energia Elétrica*. Revista Jurídica Cesumar, 2015.

SPERANDIO, Pedro Lube. *Contra os poderes instrutórios do juiz: a prova ex officio e a quebra de imparcialidade judicial*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *La imparcialidad judicial y el debido proceso*. Revista Ratio Juris, 2014.

VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. São Paulo: Juspodium, 2022.

CRITÉRIOS DE PREFERÊNCIA NO CONFLITO DE PRIORIDADES PROCESSUAIS: A PRIORIDADE DENTRO DAS PRIORIDADES NO PROCESSO CIVIL

Camila Braga Corrêa⁵³

1 Introdução

O presente trabalho pretende analisar o surgimento das garantias processuais de prioridade, à luz da legislação, de maneira a captar a intenção das prerrogativas sob o aspecto axiológico e material. Buscando entender como é administrada a operação do direito civil hoje, principalmente pelos serventuários cartorários, investe-se na pesquisa acerca do conflito daquelas garantias processuais, de modo a esclarecer como se resolve a concorrência entre elas, com fito na principiologia formal, processual e civil, suscitando reflexões norteadas por direitos fundamentais. O texto ilustra a problemática da desuniformidade na prática forense, em relação às prioridades e seus conflitos, demonstrando a pouca capacitação técnica ou a falha fiscalização, bem como a possibilidade de inovações normativas, com base consuetudinária. Com escólio na literatura corrente, à luz das normas, doutrina e jurisprudência, promoveu-se pesquisa de campo, em teor qualitativo, investida no âmbito da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, com Varas estratégicas ao tema. O texto articula a defasagem sistemática e suas consequências, evocando a imprescindibilidade do arnês a Direitos Fundamentais, demonstrando, enfim, a real prioridade, dentro das prioridades processuais.

Assim, pretende-se discorrer sobre as principais questões de prioridade no trâmite processual civil, buscando compreender os critérios que permeiam sua definição e delimitação na legislação brasileira. Partindo-se de uma contextualização histórica, são delineadas características gerais dos anseios inseridos na prerrogativa de prioridade processual a cada um dos grupos contemplados com essa condição.

Por meio da abordagem acerca de cada uma das possibilidades de prioridade no trâmite processual, se pretende evidenciar as razões que embasam tais prerrogativas, com fundo principiológico e material. Suscita-se, ademais, a hipótese do conflito entre os critérios de prioridade normativamente estabelecidos, de modo que impende compreender como é enfrentado pelos operadores do Direito, notadamente os serventuários cartorários, técnicos judiciários.

⁵³ Advogada. Professora universitária. Pesquisadora no IGH. Autora de livros e artigos científicos. Doutoranda em Direito no PPGD, na UFF. Mestre em Justiça Administrativa, na UFF. Especialista em Direito Civil, na FDV. Especialista em Direito do Consumidor, UNIDERP. Graduada em Direito, FDV. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1341380466201588> Orcid 0000-0002-4335-6205

O trabalho pretende esclarecer como é sopesada e escalada a congruência entre fatores prioritários no Direito Processual Civil, no seio de um Judiciário sabidamente saturado, uma vez considerado, não só o arcabouço normativo vigente, mas o costume praticado nos tribunais. Para tanto, é realizada uma pesquisa de campo, junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na comarca da Capital - o órgão com o maior número de unidades judiciárias por municípios-sede, no primeiro grau de jurisdição.

Reúne-se à pesquisa levada a efeito em teor qualitativo uma reflexão bibliográfica, além do amparo jurisprudencial e legislativo que fundamentam o texto. A metodologia é investigativa e qualitativa, de caráter exploratório, visando a perquirir a problemática que potencialmente circunda conflitos entre prioridades processuais e compreender de que maneira é enfrentada pelos responsáveis por processá-las.

Dessa forma, vislumbra-se compreender como são processadas as prioridades processuais, considerado o conflito entre diferentes categorias prioritárias, e o porquê de serem feitas dessa determinada forma. Busca-se, ainda, refletir sobre a suficiência normativa a respeito do assunto, uma vez alcançado o entendimento sobre a real prioridade por trás das prioridades processuais.

2 Panorama Processual Civil Brasileiro

Nos primórdios da conformação legislativa brasileira, em que as instruções normativas vigentes eram lusitanas, com imperatividade das Ordenações Portuguesas, principalmente as Filipinas; as relações privadas no Brasil regiam-se com base nos manuais de Portugal. Quando o Brasil inicia a produção de seu próprio arcabouço normativo, dá-se evidência aos institutos de Direito Penal, com o Código Criminal do Império, de 1830, e de Direito Comercial, vide o Código Comercial, de 1850⁵⁴, não estando em voga, ainda, a questão processual genuinamente verde-amarela.

O primeiro Código de Processo Civil (CPC) brasileiro apareceria somente em 1939, na ocasião da centralização política propiciada pelo governo de Getúlio Vargas, cuja atuação culminaria na elaboração de uma nova Constituição, através do Projeto Itamarati⁵⁵, de caráter federativo, liberal

⁵⁴O Código Comercial de 1850 segue em vigência, no que tange o Direito Comercial Marítimo, pelo seu Título II; havendo as demais partes sido revogadas pelo Código Civil de 2002.

⁵⁵“Antecipando os trabalhos da Constituinte, o projeto de Constituição foi elaborado por uma comissão que veio a ficar conhecida como Comissão Itamarati. Recebeu esse nome como fruto de uso, porque se reunia no Palácio do Itamarati” (HERKENHOFF)

e com inspirações na constituição de Weimar. Nessa oportunidade, foi promulgada a Carta de 1934, conferindo exclusividade - competência privativa - à união para legislar sobre o Direito processual⁵⁶.

Entretanto, durante o mandato de Vargas, ocorre, em cenário mundial, a ascensão do totalitarismo governamental, repercutido no Brasil com o golpe de 1937, pela outorga de uma nova Constituição, atendendo às tendências ultranacionalistas e deflagrando a crise do liberalismo. Portanto, nessa altura, a ordem política reclamava um instrumento mais popular e eficiente para a administração da justiça (Campos, 1939).

Sem menoscabo aos contributos oferecidos pelo vetusto Código Civil de 1916 à disciplina processual até então, não era possível perceber uma verdadeira ruptura das tendências europeias no direito processual pátrio, o qual refletia ideais preconizados por processualistas como Giuseppe Chiovenda, Franz Klein, José Alberto dos Reis e Anton Menger, juristas inclinados ao viés social (Raatz, 2012).

Assim, como bem é verdade que a demanda processual não clamava a necessidade de critérios para ordenar em caráter de prioridade os litígios privados daquela época, também o é que o código, por ora, nada estabelecia com relação a eventual urgência na tramitação de alguns processos, sendo certo, ainda, que a dignidade da pessoa humana não ocupava papel central na consideração normativa a ele contemporânea.

Por 34 anos, de tal forma permaneceria a ordem processual no Brasil, resistindo à queda da Constituição Polaca e de sua sucessora, a Carta de 1946, bem como a ascensão da Constituição de 1967, logo após o golpe Militar de 1964, no auge dos “anos de chumbo” – evidentemente com a perda de liberdades e garantias, que afastariam o aludido viés social, esboçado no CPC de 1939 pelo pensamento, principalmente, de Menger.

A manutenção da Ditadura prescindia de instrumentos jurídicos eficazes para consolidar o regime autoritário, enxugando o constitucionalismo e deixando todas as possibilidades de controle do poder nas mãos do governo – as ferramentas processuais inclusive. Nesse contexto, nasceria um novo diploma de processo, a fim de satisfazer tais mecanismos de contensão estamental, configurado como “eminente técnico, preordenado a assegurar a observância da lei” (Buzaid, 1964)⁵⁷.

Portanto, o que prevaleceu no bojo do CPC de 1973 foi a neutralidade social, correspondendo ao conservadorismo pretendido, relegando a processualística ao processualismo, com fechamento cultural e ideológico, caracterizando substancial retrocesso civil (Denti, 1971). Faz-se necessário

⁵⁶Art. 5º, XIX, a, CF de 1934 (BRASIL, 1934).

⁵⁷Alfredo Buzaid foi Ministro da Justiça, durante o Governo Militar de Emílio Médici; um dos principais elaboradores do Código Civil de 1973.

sublinhar a larga duração desse diploma, enfatizando que ele não permaneceu inerte ao longo de seus 46 anos de vigência, pelo contrário, recepcionou legislações novas que lhe inseriram dispositivos capazes de desenrijecer a clausura ditatorial.

Nessa toada, apesar de o CPC de 1973, a priori, também não abarcar prescrições atinentes à prioridade processual, há de se falar nas Leis nº 10.173/01 (BRASIL, 2001), nº 10.741/03 (BRASIL, 2003) - e nº 12.008/09 (BRASIL, 2009), bem como a Lei nº 12.010/09 (BRASIL, 2009) e nº 12.955/14 (BRASIL, 2014), cujos conteúdos representaram notória mudança no tratamento de suas causas, significando emendas ao Código e impondo nuances prioritárias ao trâmite processual.

Sendo notadamente uma legislação esparsada, uma sedimentação mais agrupada se fez cada vez mais iminente, mormente à luz do Estado Democrático de Direito inaugurado pela Carta de 1988. Com isso, as reformas sociais oportunizadas pela redemocratização reverberaram reformas processuais do início dos anos 2000, imprimindo a necessidade de um novo diploma capaz de refleti-las – o que viria a acontecer em 2015, com a Lei nº 13.105; o Novo CPC (BRASIL, 2015).

Considerado como “passos fundamentais para a celeridade do Poder Judiciário”, visando a uma “Justiça mais rápida e, naturalmente, mais efetiva” (Sarney, 2010), o novo código estaria atento às demandas genuinamente pátrias, objetivando refletir as conquistas sociais pós ditadura, trazendo consigo o alicerce constitucional primordial: a dignidade da pessoa humana. Logo, depreende-se que os critérios de prioridade processual haveriam de estar expressos no bojo do Novo CPC.

3 Previsões Legais de Prioridade

3.1 A Prioridade ao Idoso

Ainda na vigência do CPC de 1973, como já mencionado, houve o aparecimento de normas que ressoaram em suas características, trazendo novidades à gestão processual dentro dos tribunais. A primeira delas, em caráter de garantia à prioridade, se verifica pela Lei nº 10.173/01, alterando o código para “dar prioridade de tramitação aos procedimentos judiciais em que figure como parte pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos” (BRASIL, 2001).

na verdade, o propósito da Lei n.º 10.173, ao tutelar pessoas que, por sua idade avançada, normalmente se encontram em posição de inferioridade em relação aos mais jovens, foi justamente realizar o princípio da igualização, concedendo ao idoso tratamento mais digno e compatível com a sua situação peculiar de fragilidade inerente à própria condição da velhice. (TJSP, 2001)

Nessa altura, a legislação brasileira ainda não contava com o prestigiado Estatuto do Idoso, aparecendo a referida lei como uma conquista não só processual, mas de significado social enaltecido, uma vez que tendente a tutelar parcela da população que se encontra vulnerabilizada e

que, majoritariamente, bate às portas dos tribunais vindicando questões atinentes ao Direito à vida, ou sucessórias, ou previdenciárias.

O vultoso número de demandas ajuizadas junto aos tribunais também contribuiu para evidenciar a necessidade de respaldar o acesso dos maiores de 65 anos à Justiça, como espécie de responsabilização pelo estado de coisa que se encontrara o Judiciário (Scaravaglioni, 2001). Nada obstante, independentemente da real motivação, interessa saber que se inseria na legislação pátria, pela primeira vez, uma condição determinante à prioridade no trâmite processual.

Pouco depois, em 2003, na vigência do mesmo CPC, sem qualquer prejuízo, a supracitada prioridade estaria proclamada em um diploma específico, por meio de Lei nº 10.741/03, o Estatuto do Idoso – sendo alargada para pessoas com idade igual ou superior a 60 anos. O Estatuto contou com um Título próprio ao acesso à Justiça pela população idosa, perpetuando as conquistas pretéritas e dando-lhes maior legitimidade.

Consigna-se que a prioridade aqui destacada se refere à “tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente” (art. 71, do Estatuto do Idoso), não cessando com a morte do beneficiado, estendida perante toda a Administração Pública. E tal seria sua consolidação no CPC de 2015, mantendo-se as prerrogativas; vide seu art. 1.048⁵⁸.

Apesar de acabar se mostrando uma medida paliativa aos percalços e à morosidade forense, a prioridade ao idoso foi bem recebida pelos juristas, uma vez que auxiliou o exercício da cidadania, esta sob a perspectiva arendtiana (Arendt, 2010). Porém, vindo o Brasil a assistir ao envelhecimento da população, atrelado ao aumento da perspectiva de vida⁵⁹, tão logo a insuficiência desse dispositivo viria à tona.

O parâmetro comparativo no choque da prioridade entre idosos resolve-se pelo caráter de antiguidade, prevalecendo aquele mais velho em face do mais novo. Ambos têm prioridade, mas a preferência dá-se ao mais velho. Inobstante, tal forma de atuação processual foi estabelecida consuetudinariamente, não havendo qualquer previsão legal que a embasasse; aliás, a população continuava vivendo cada vez mais e postulando demandas proporcionalmente.

Portanto, atento o legislador aos indicadores sociais, ciente da importância em efetivar a tutela jurisdicional, com fulcro, ainda, no dever de amparar a pessoa idosa (art. 230, CRFB

⁵⁸ Art. 1.048. Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais:

I - em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos (...)

§3º Concedida a prioridade, essa não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite ou do companheiro em união estável.

⁵⁹ De acordo com o IBGE, a expectativa de vida dos brasileiros aumentou em aproximadamente 7 anos, de 2000 a 2019. (IBGE)

(BRASIL, 1988)), em 2017, foi sancionada a Lei nº 13.466 (BRASIL, 2017), famigerada Lei da Prioridade Especial, ou Super Prioridade.

Alterando alguns artigos do Estatuto do Idoso, a Lei acima especificou um patamar valorativo para a aplicação de preferência entre as prioridades, determinando “prioridade especial aos maiores de oitenta anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos” (§2º, do art. 2º). A Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa melhor explicitou:

A distinção pretendida tem caráter de reconhecimento e de promoção dos direitos do segmento mais vulnerável da população idosa, não implicando, assim, qualquer dos tipos de discriminação vedados pela Constituição e pelas leis pertinentes à matéria. Quanto ao mérito, há que se reconhecer a sensibilidade do autor, bem como o fato de que a solução apresentada resolve o problema e aperfeiçoa a legislação. Não restam dúvidas quanto à maior fragilidade daquelas pessoas octogenárias, bem como quanto ao fato de que elas decerto poderão contar com a compreensão daquelas outras pessoas idosas que ainda não atingiram tão significativa idade. (CDH, 2015)

Percebe-se, assim, que a problemática suscitada pela necessidade de classificar os níveis de prioridade é extremamente tangível, enfatizando, ademais, que o critério da antiguidade é quisto para dirimir a referida polêmica – em se tratando exclusivamente do fator idade. A Lei confirmou a classificação etária para a concessão da preferência prioritária, dando azo a, indutivamente, vincular a prática já corriqueira dos serventuários e servidores.

Desde já restando deflagrado o conflito dentro do recorte de prioridades, sendo mister a pertinência de ditar preferências dentro destas, perfaz-se a proeminência da presente pesquisa, cujo intento é analisar esse choque entre todas as possibilidades prioritárias, num espectro amplo, a fim de identificar a real prioridade em voga no Direito Civil hoje. Importa analisar as demais possibilidades e compará-las reflexivamente; é ao que se dá sequência.

3.2. Do Estatuto da Criança e do Adolescente

A Lei nº 8.069/90 (BRASIL, 1990), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), não trouxe consigo, de pronto, qualquer previsão de instrução processual prioritária àqueles abrangidos pela sua legislação; apesar de dar prioridade a muitos assuntos atinentes à efetivação de direitos e garantias.

A prioridade procedimental, correlata à criança e ao adolescente, ficou a cargo da Lei nº 12.010/09, conhecida como Lei Nacional da Adoção, ou Lei da Convivência Familiar; cuja regulamentação dispõe sobre a adoção, alterando o ECA. A Lei foi promulgada propugnando o efetivo exercício do direito fundamental de convivência familiar, sendo encarada como:

poderoso instrumento que pode ser utilizado para mudança de concepção e também de prática por parte das entidades de acolhimento institucional e órgãos públicos responsáveis pela defesa dos direitos infanto-juvenis, promovendo assim a transformação - para melhor - da vida e do destino de tantas crianças e adolescentes que hoje se encontram privados do direito à convivência familiar em todo o Brasil. (Digiácomo, 2009)

Portanto, o objetivo é trazer maior permissividade e materialidade para o instituto da adoção no Brasil, o qual carrega em si mesmo a existência de direitos personalíssimos, sendo estes todos os quais desenvolvem direitos humanos e fundamentais; absolutos e imprescritíveis – oponíveis a todos, por força do ECA, em seu art. 18.

A Lei tornou imperativa e “assegurada, sob pena de responsabilidade, prioridade absoluta na tramitação dos processos e procedimentos previstos” no ECA, “assim como na execução dos atos e diligências judiciais a eles referentes.” (§1º, art. 152, ECA). Imperioso notar que o diploma tem fundo amparo no artigo 227, da Carta Constitucional, e nela se inspira quando reclama a prioridade em análise.

A adoção viabiliza o alcance mais provável de direitos fundamentais, sociais e culturais, em tese retirando a criança de uma situação de abandono, dando-lhe melhores possibilidades e recursos que aqueles públicos (saúde, educação, lazer etc.). Entretanto, novamente se poria o choque de prioridades, revelando a pertinência de classificar a preferência na garantia processual, sem afastar a abreviatura do rito da adoção e a efetivação dos direitos inerentes.

Nessa reflexão, colheu ensejo a Lei nº 12.955/14 (BRASIL, 2014), acrescentando ao ECA “prioridade de tramitação os processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica” (§9º, art. 42, ECA); preferenciando, portanto, parcela dos adotáveis que se apresentam mais vulneráveis, porquanto, diante dos padrões sociais - realidade reprovável -, se mostram limitados ao estereótipo da beleza, como se menos dignas de afeto fossem, emplacando menores índices de adoção.

as crianças deficientes merecem um olhar diferenciado pelos poderes públicos e pela sociedade em geral, uma vez que necessitam além de uma família que possa propiciar sua acolhida e reintegração, todo amparo e atenção necessários ao desenvolvimento de suas capacidades, em virtude de suas necessidades e demandas peculiares, que se diferenciam em relação às crianças não deficientes. (AQUINO, 2009)

Assim, nota-se, novamente, um escalonamento na concessão da prioridade, dentro de um grupo já respaldado pela garantia, cuja razão baseia-se em fatores que prestigiam a busca pela equidade, oferecendo à parcela hiper vulnerável mais chances de lograrem os referidos direitos fundamentais. Perceptível, então, a preferência àqueles naturalmente não preferíveis, que acabam sempre mais distantes da ideologia principiológica do melhor interesse do menor e, por conseguinte, da primazia da dignidade da pessoa humana.

Prioridade processual na tramitação do feito é inerente aos mecanismos de tutela máxima ou integral de pessoas vulneráveis, não se confundindo, na hipótese, com a prioridade do próprio instituto, e a favor delas, no caso o da adoção de crianças deficientes ou com doença crônica. [...] A dinâmica de preferência ou prioridade, em cadastros, deve ser orientada em favor da criança e não aos adotantes inscritos, porque o interesse pela adoção deve ser considerado em prol da criança e não dos pais interessados, segundo o princípio do melhor interesse do menor, extraído da doutrina da sua proteção integral, já expressa no art. 1º do ECA. O interesse maior da criança é um interesse diretor e regente. [...] Logo, crianças especiais merecem tratamento especial, por óbvio, com prioridade à adoção e aos programas de acolhimento, não devendo ser condenadas, indefinidamente, às filas de longa espera ou esquecidas em abrigos. (ALVES, 2014)

Corroborando a inteligibilidade do propósito garantístico da prioridade, considerando os matizes do instituto da adoção e sua razão ínsita de ser, o Conselho Nacional de Justiça editou, ainda em 2014, o já revogado Provimento nº 36 (CNJ, 2014), visando a estudar, regulamentar e consumir a existência e atuação das Varas de Infância e Juventude⁶⁰, bem como sua atualização e qualificação, institucionalizando a prática do real desígnio vislumbrado processualmente: a persecução de direitos fundamentais.

A dignidade buscada no aval seguro da liberdade de um passado manchado por abandono, e posterior início de uma vivência familiar (Carvalho, 2014), já amplamente discutida e sedimentada, foi igualmente consagrada no CPC de 2015, a partir do inciso II, do art. 1.048; fundamentando o anseio de celeridade do processo e a efetividade no resultado da ação (Sarney, 2010).

Assim, o atual CPC coaduna com os variados diplomas e a legislação esparsa, demonstrando que a determinação de circunstâncias preferenciais à garantia da prioridade é condição *sine qua non* ao objetivo isonômico, em prol do qual admite-se “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (Nery Jr., 1999).

Comparando as duas abordagens trazidas até aqui, enfrentando as prerrogativas preferenciais dentro dos grupos prioritários analisados, já é possível notar certa similaridade no caráter axiológico dos estigmas – e da necessidade – de parâmetros distintivos primaciais ao tratamento de pessoas cuja atenção acabe preterida ou cuja situação reclame urgência; evidenciando a episteme resguardada na garantia.

3.3 Da Pessoa com Deficiência ou com Doença Grave

⁶⁰A intenção prevista pelo inciso V, do art. 1º do Provimento é um “[...]projeto de implementação progressiva de equipes multidisciplinares em cada uma das demais varas com atribuição cumulativa da infância e juventude ou ao menos de criação de núcleos multidisciplinares regionais efetivos ou solução similar[...]” (CNJ, 2014)

A doença grave já vinha sendo tratada com certa especificidade, oferecendo tratamento diferenciado àqueles aposentados assim acometidos, por meio da isenção do imposto de renda - inciso XIV, artigo 6º, da Lei nº 7.713⁶¹, de 1988 – famigerada Lei do Imposto de Renda (BRASIL, 1988) -, aperfeiçoada em 2004, pela Lei nº 11.052 (BRASIL, 2004) – cujo rol é taxativo, haja vista a redação do art. 111, II, do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966).

A outorga da isenção sopesa o panorama pecuniário dos doentes graves, reconhecendo que vêm a ter gastos elevados em função de sua condição, permitindo, a partir de então, que tenham maior capacidade de obter um tratamento digno e satisfatório para sua moléstia, os eximindo da contribuição fiscal. Portanto, logo se verifica o teor humanístico da concessão, abrilhantando direitos fundamentais. E assim:

devido a igualdade ser interpretada não a partir da sua restrita e irreal acepção oriunda do liberalismo, que apenas considerava a igualdade no sentido formal – no texto da forma – mas devendo ser interpretada com uma igualdade material – igualdade no texto e na aplicação na norma – impondo tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais. (Lopes, 2006).

A faceta foi transposta aos trâmites processuais, inserida no CPC, ainda de 1973, por meio da Lei nº 12.008/09 (BRASIL, 2009). Assim, ficou estabelecido que os processos em que figurasse pessoa com doença grave teriam prioridade de tramitação. Outrossim, a taxatividade do rol elencado vinha sendo abrandada, galgando a extensão do dispositivo para atender à dignidade da pessoa humana, sem enquadramento pré-determinado, senão a urgência da medida - ao que serve de exemplo o seguinte voto, proferido pela Ministra Nancy Andrichi:

Mostra-se imprescindível que se conceda a pessoas que se encontrem em condições especiais de saúde, o direito à tramitação processual prioritária, assegurando-lhes a entrega da prestação jurisdicional em tempo não apenas hábil, mas sob regime de prioridade, máxime quando o prognóstico denuncia alto grau de morbidez. Negar o direito subjetivo de tramitação prioritária do processo [...] seria, em última análise, suprimir, em relação a um ser humano, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto constitucionalmente como um dos fundamentos balizadores do Estado Democrático de Direito que compõe a República Federativa do Brasil, no art. 1º, inc. III, da CF. Não há necessidade de se adentrar a seara da interpretação extensiva ou da utilização da analogia de dispositivo legal infraconstitucional de cunho processual ou material, para se ter completamente assegurado o direito subjetivo pleiteado pelo recorrente. Basta buscar nos fundamentos da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana que, por sua

⁶¹A concessão foi estendida também aos trabalhadores em tais condições, sendo discutida em virtude da ADIN nº 6025/2018, no bojo da qual restou claro, pelas palavras da Procuradora-Geral da república, Raquel Dodge, que “A presença de características arbitrárias no conteúdo intrínseco da norma que culminem na outorga de privilégios estatais desproporcionais em favor de determinados contribuintes afronta o princípio constitucional da igualdade na lei”. Então, sedimentou-se que a isenção do imposto de renda apenas aos aposentados nessas condições, afrontaria a dignidade da pessoa humana e os “valores sociais do trabalho e da igualdade conferidos às pessoas com deficiência pela Constituição Federal e pela Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova York), incorporada no ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional pelo Decreto 6949/2009” (STF, 2018)

própria significância, impõe a celeridade necessária peculiar à tramitação prioritária do processo em que figura parte com enfermidade [...] (BRASIL, 2008)

Então, ainda que o elenco da Lei quedasse taxativo, a força jurisprudencial reparava as arestas legislativas, no sentido de materializar a isonomia capitaneada pelos preceitos e garantias fundamentais, no tocante principiológico e normativo. Por isso, o CPC 2015 cuidou de prestigiar a competência judicante, vindo, portanto, a render espaço em seu texto normativo às conquistas processuais jurisprudencialmente logradas, a partir preocupação com a aplicabilidade alargada da prioridade.

O tempo não nos fez medrar e de pronto a Comissão enfrentou a tormentosa questão da morosidade judicial. Queremos justiça!!! Prestem-na com presteza; dizem os cidadãos. Sob o ecoar dessas exigências decantadas pelas declarações universais dos direitos fundamentais do homem, e pelas aspirações das ruas, lançou-se a comissão nesse singular desafio, ciente de que todo o poder emana do povo, inclusive o poder dos juízes, e em nome de nossa gente é exercido. A metodologia utilizada pela comissão visou a um só tempo vencer o problema e legitimar a sua solução. Para esse desígnio, a primeira etapa foi a de detectar as barreiras para a prestação de uma justiça rápida; a segunda, legitimar democraticamente as soluções. (Fux, 2010)

Nada obstante, em que pese a pessoa com deficiência, o códex processual lhes relegou cortesia, havendo azo somente à Lei nº 13.146/15 – Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) -, em virtude do inciso VII, art. 9º⁶². Tal deferência se mostra basilar ao exercício dos preceitos substanciais de um ordenamento jurídico de Direito, sob pena latente de um ostracismo pós-moderno. Aliás, no âmbito do STJ e da Justiça Federal, a prioridade à pessoa com deficiência, cuja causa tivesse relação com sua condição, já era conferida, à luz das Resoluções nº 2, de 2005 (STJ, 2005) e nº 554, de 2007 (CJF, 2007), respectivamente.

Sucedâneo parcial à responsabilidade pela redução de desigualdades, obrigação constitucionalmente consagrada, a medida surge como bom instrumento para potencializar o acesso à justiça por parte dos que têm menos atenção da sociedade – fato que deve ser apreciado tendo em vista a preponderância securitária e assistencial dos pleitos por eles instaurados.

Essa constitucionalização processual denota uma reserva institucional de resolução de conflitos, impondo a sua disciplina uma condição mínima de legalidade, cuja eficácia possa ser constatada em qualquer das suas fases (Comoglio, 1997). Assim, frisando que a deficiência e a doença grave em nada se confundem, a convergência que se aponta é na urgência em proporcionar mecanismos que atenuem a defasagem promocional – estatal e social – no que tange aos dois grupos, evidenciando aquela verdadeira prioridade no véu da garantia processual.

⁶²Art. 9º - A pessoa com deficiência tem direito a receber atendimento prioritário, sobretudo com a finalidade de: VII - tramitação processual e procedimentos judiciais e administrativos em que for parte ou interessada, em todos os atos e diligências.

3.4 Da Mulher Vítima de Violência Doméstica

A prioridade discutida é conquista não tão antiga no ordenamento nacional, uma vez sancionada a Lei nº 13.894, de 2009 (BRASIL, 2019). Apesar de tratar primordialmente sobre matéria criminal, merece destaque tal prerrogativa, na medida que se insere na esfera cível e, principalmente, versa exatamente sobre aquilo que se vem demonstrando como intenção da garantia processual de prioridade – o melhor alcance a direitos fundamentais.

A Lei determina, aprioristicamente, a competência híbrida dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em virtude de ações de divórcio, ou dissolução de união estável; e, sobremaneira, a imposição da informação acerca de tal competência e assistência, no âmbito criminal. Ou seja, pode a mulher promover alguma dessas ações no referido Juizado, ou ser encaminhada à assistência judiciária perante juízo competente – qual seja no âmbito cível.

E, inserido o inciso III ao art. 1.048, do CPC/15, a Lei se esmera na adequação do atendimento às mulheres em situação de violência (Souza, 2013), beneficiando-a com a prioridade no trâmite daquelas ações, oriundas da esfera penal, objetivando promover com celeridade a retirada da mulher da situação de vulnerabilidade e perigo; dando-lhe atenção prioritária relativamente a condição que lhe afasta de uma dignidade inafastável.

Embora o termo “assistência judiciária” se mostre defasado, não correspondendo ao que verdadeiramente pugna a Lei, porquanto o que se dispõe à vítima é muito mais que uma simples ajuda na esfera judiciária, o liame contextual da prioridade a ser concedida é fulcral para atenuar os efeitos deletérios do crime, sua contumácia e perpetuação contra a mulher. O que se tutela é, máxime, o Direito a vida.

A interpretação é restritiva e subjetiva, entretanto, não deixa de ser louvável. A busca pela eliminação da discriminação contra a mulher contempla-se pela intenção de dar agilidade ao processo de cessação de contato com o agressor, separação de corpos, extinção de vínculo jurídico; e demais conjunturas que submetam a mulher ao convívio ou entrelaçamento íntimo com o algoz. Tal agilidade na descaracterização da violência resulta diretamente em maior velocidade na inserção da mulher em programas e iniciativas de amparo e reabilitação.

Está-se longe, ainda, de implicar o fim da violência e da opressão de gênero; mas compele assimilar que é lançada prioridade à salvaguarda de Direitos como a segurança, a liberdade, a saúde e à vida da mulher, violados a partir do momento em que lhe é usurpado o arbítrio e a capacidade. Logo, a prioridade albergada pela referida Lei antecipa-se na redução de danos, entendendo que:

Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é

instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material. (Moreira, 2002)

Mister, portanto, a relevância social e humanitária da tutela, travestida em garantia processual, cuja efetividade respalda direitos fundamentais, ofertando solidez a uma prestação jurisdicional permissiva e em tempo hábil. À luz das demais hipóteses antes perquiridas, redundase que os anseios legislativos percorridos pela expressa priorização de certos grupos são calcados axiologicamente noutras garantias e Direitos muitíssimo mais proeminentes.

Satisfazendo, mas não esgotando o tema, o cotejo promovido favorece a convergência delicada de um legislador com foco calibrado, dirigido não simplesmente à celeridade, mas à tutela de bens jurídicos indisponíveis, cujo resguardo afeta a dignidade humana. Havida a prioridade como garantia processual, sobrepuja o processo como instrumento de Direitos Fundamentais, ao reparar o intuito que se consagra pelas letras das Leis.

4 Criação de Varas e Juizados Especializados

Consoante se verificou acima, a concorrência entre prioridades e a necessidade de estabelecer-lhes preferências é uma inexorável realidade, mormente ao se concluir que o desígnio das prioridades processuais é aproximar e triunfar direitos fundamentais. Frisando tal importância, interessa observar a organização de competências nos tribunais brasileiros, revelando ainda mais a pertinência do assunto.

A especialização de varas, juizados e até mesmo câmaras proporciona o aprofundamento de matérias específicas, em linhas de argumentação favorável e minuciosa, favorecendo julgamentos mais atentos e atualizados. Uma leitura singularizada a respeito de determinada disciplina é capaz de melhor sustentar a serventia à prestação jurisdicional, convergindo com a intenção revelada pela garantia da prioridade processual.

Entretanto, o cenário é controverso: ao passo que prenuncia acuidade e conformidade nas decisões, a ramificação conglomerada, num só órgão, choques mais apertados entre as prioridades, reunindo num mesmo ofício a existência de muitos beneficiários. Nesse ponto, também surge a variável da continentalidade do território brasileiro, federalista, cujas diferenças regionais conferem legitimidade às formas plurais de arranjo judiciário; mas que acabam por afastar a uniformidade e suas demais consequências na previsibilidade jurídica.

Hoje, é possível verificar a existência de competências partimentadas na esfera cível em Órfãos, Sucessões, Ausentes; Infância e Juventude e Família, por exemplo – das quais não se deslegitima a pertinência e o préstimo ao trato de suas matérias, considerada a visão sistêmica e corporativizada. Contudo, o que se ressalta é a concentração de casos prioritários nesses núcleos, sublinhando a oportunidade deste estudo, de modo a descortinar a técnica adota pelos operadores do Direito para resolução do entrave, concluindo pela necessidade, ou não, da institucionalização de novas prerrogativas ou critérios determinantes.

Ilumina-se a afirmativa de busca, através do processo, pelo alcance de direitos fundamentais, por meio das garantias que facilitam e aproximam destinatários específicos de sua efetivação – ainda que camuflada nas mais variadas demandas judiciais. Quanto às varas especializadas, fazem também parte da garantia, uma vez que corroboram tratamento mais tecnicamente adequado – são a casa do processo -, com objetivo de promoção da cidadania e aprimoramento democrático:

A verdadeira práxis democrática, configuradora de um autêntico Estado de Direito, reside principalmente na efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais e não em meras abstrações legais contidas em um texto normativo. Estes direitos e garantias fundamentais, por sua vez, somente ganham vida através do mais afinado instrumento democrático: o processo. (GUIMARÃES, 2006)

Então, doravante expondo os resultados da pesquisa realizada, com apoio bibliográfico e jurisprudencial, absorvidas as conclusões obtidas até aqui, será apreciada a questão cotidiana do trâmite processual prioritário, atenuando a interrogação acerca da suficiência legislativa e da correspondência com as práticas forenses. Jamais olvidando da centralidade da pessoa humana, buscar-se-á desenvolver, a partir dos resultados, uma proposta impurista voltada ao seu triunfo.

5 Visão Consuetudinária Forense

Buscando aferir os costumes cartorários e práticos dos serventuários e operadores do direito, relativamente ao processamento das prioridades, instaurou-se a presente pesquisa no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), especificamente na comarca da capital, no mês de novembro do ano de 2022, junto às Varas de Órfãos e Sucessões; as da Infância, Juventude e Idoso; e as de Família, colhendo resultados diretamente com os indigitados oficiais.

Repisando ser a busca centrada na descoberta a respeito da suficiência e da observância dos preceitos legislativos atinentes aos critérios de prioridade, investiu-se em saber *como* é encarado o conflito entre prioridades e *de que forma*, preponderantemente, soluciona-se o impasse, mormente no recorte das ditas varas, por se tratarem de órgãos especializados que, consoante visto acima, aglutinam os quesitos e proporcionam maior choque.

São ao todo 22 Varas: 8 Varas de Órfãos e Sucessões⁶³; 10 Varas de Família; e 4 Varas da Infância, da Juventude e do Idoso⁶⁴. Logo, importa considerar a pluralidade de arranjos judiciais no Brasil, de forma a perceber que tal divisão de competências é uma singularidade do TJRJ, razão pela qual o presente estudo não se queda exaustivo – muito embora bastante indicativo, uma vez que o TJRJ é o terceiro órgão com o maior número de unidades judiciais por municípios-sede, no primeiro grau, segundo o CNJ⁶⁵.

Em se tratando das Varas de Órfãos e Sucessões (VOS), a competência orfanológica abrange processar e julgar as causas de sucessão *mortis causa*, bem como as dela derivadas (testamento, herança, inventários, arrolamentos, bens de ausente etc.), também as declaratórias de ausência – excepcionando aquelas cumuladas com investigação de paternidade ou contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 67, do Código de Organização e Divisão Judiciária, do Estado do Rio de Janeiro (CODJERJ) (RIO DE JANEIRO, 2024).

Assim, quando investigada a questão prioritária num órgão cujos beneficiários da prioridade processual é praticamente unânime, perguntou-se sobre o conflito e seu deslinde. Restou claro que 3, das 8 VOS, adotam e praticam a ordem de antiguidade para o processamento das demandas e, sem embargo, todas consideram que a cumulação de critérios prioritários sobressai dentre quaisquer outras possibilidades, a exemplo de idosos deficientes, ou mesmo do litisconsórcio em que figure mais de uma pessoa idosa.

Nada obstante, 6 delas trouxeram prática diversa, a qual merece destaque. A atenção de 75% das VOS deflagrou a prioridade máxima aos processos de curatela, ou seja, os serventuários e membros dessas varas enxergam com maior emergência as ações atinentes à *capitis diminuto*, de forma que priorizam as demandas sobre interdição; acolhendo, nesse contexto, também o critério de cumulação para escaloná-las.

Dos resultados se denota que, apesar de não seguirem à risca a previsão legislativa, a prática costumeira das VOS comunga do princípio fundante das garantias formalmente expressas: a Dignidade da Pessoa Humana. Importa perceber que o instituto da curatela é um instrumento de

⁶³ Dentre essas o questionário abrangeu 1ª Vara Especializada em Pessoas Idosas (VEPI), criada pela Resolução TJ/OE nº 46/2024, por transformação da 4ª Vara de Órfãos e Sucessões da Comarca da Capital

⁶⁴ A competência cumulativa se deu por força da Lei Estadual nº 4.504, de 11 de Janeiro de 2005 (RIO DE JANEIRO, 2005), alterando a redação do CODJERJ, passando a reconhecer a competência dos juizes das Varas da Infância, da Juventude e do Idoso como, precipuamente, “processar, julgar e praticar todos os atos concernentes a crianças e adolescentes em situação irregular e de risco e ao idoso abrigado ou abandonado ou em situação de risco, situações definidas nas respectivas legislações (arts. 98 da Lei 8069/90 e 43 da Lei 10741/03), determinando as medidas relativas à sua guarda ou abrigo, tratamento, vigilância, assistência e educação”.

⁶⁵ Justiça em números 2025, Conselho Nacional de Justiça, CNJ, p.42 disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2025/11/justica-em-numeros-2025.pdf>

proteção jurídica, visando a “proteger a pessoa maior, padecente de alguma incapacidade ou de alguma circunstância que impeça a sua livre e consciente manifestação de vontade” (Stolze, 2019).

Infere-se, portanto, que a pretensão é proporcionar, àqueles que aos olhos da lei não têm plena capacidade, circunstâncias viabilizadoras do pleno exercício de atos da vida civil, por meio de um curador; respaldando a busca por Direitos, a proteção patrimonial e a manifestação do melhor interesse - a salvaguarda incólume de um bem jurídico maior. Vê-se que se mostra fundamental oferecer a condição de acesso à justiça para, depois, elencar seu grau de prioridade – isso é o que representa a curatela: a capacitação de incapazes ao exercício da jurisdição. Efetivar sua representação por pessoas idôneas é a prioridade, a fim de que, posteriormente, seja possível alcançar demais tutelas e direitos.

Paralelamente, ao que tange às Varas de Família aqui investigadas, cuja competência consta no art. 64, do CODJERJ, contemplando o processamento desde ações de alimentos e divórcio à perda do poder familiar, restou evidente que a atuação serventuária não é homogênea, sublinhando que as prerrogativas legais não encontram correspondência com as exigências da prática serventuária, nos seguintes termos.

Das 10 Varas de Família, 1 ditou observância integral aos dispositivos dedicados à prioridade, não importando qualquer circunstância singular, ocorrendo processamento “na medida em que haja a distribuição” (*sic*). Outra definiu como prioritário o trâmite de lides sobre prestação de alimentos, em caráter não revisional, dentro destas dando-se preferência àquelas cuja parte porte deficiência, “buscando conciliar com as ações de tutela” (*sic*). Outra destacou a preferência à mulher grávida, nas ações de alimentos. Apenas 2 atribuíram prioridade aos divórcios em que a mulher é vítima de violência doméstica, uma delas destacando que a idade poderia interferir. Das outras cinco, 3 versaram sobre a prioridade das ações de destituição do poder familiar, com preferência àquelas com crianças de até seis anos; e 2 disseram depender “de acordo com o requerimento das partes” (*sic*).

Nessa altura, evidenciou-se a falta de uniformidade na atuação cartorária, do que se pode destacar que, não só os diplomas legais podem se mostrar defasados, como a capacitação e tecnicidade dos profissionais pode estar comprometida. Não se atribui juízo de valor aos critérios adotados por cada Vara, entretanto, corrobora-se a instabilidade na vislumbrada segurança jurídica, endossando o jargão da metafórica cabeça de juiz como fralda de neném - sem pretensão de ilidir a discricionariedade do Poder.

A despeito disso, interessa ponderar que as decisões adotadas na prática se mostram substancial e materialmente à serviço dos próprios ideais legislativos quando da elaboração das normas. Visualizando a preferência a processos de destituição do poder familiar, por exemplo, é

evidente que a atividade se intenciona no mesmo sentido da prioridade à ação de curatela: mitigar a vulnerabilidade de alguém, para que lhe seja permitido o exercício de outros Direitos. No mesmo sentido, a prioridade às ações de alimentos.

O que acaba se configurando é a centralidade da Pessoa Humana na tomada de decisões, o que se deve valorizar. Apreciando os resultados acima, projetadas as consequências da demora no processamento das demandas que ganham preferência dentro das prioridades – ou as que surgem prioritárias independentemente da Lei -, conclui-se pela razoabilidade do costume forense, tendo em vista o tortuoso percurso à obtenção efetiva de direitos fundamentais e as alternativas mais eficientes de percorrê-lo. Rechaça-se, ao revés, a liberalidade da dependência do requerimento das partes, sendo certo que o viés garantístico depende da atuação do Estado e, no mais, o velho hábito de “deixar a boleta” para o serventuário agilizar o processamento é sabidamente ineficaz.

Enfim, quanto às Varas da Infância, da Juventude e do Idoso, apurou-se, de forma padronizada, que “nenhuma prioridade se sobrepõe, depende da ordem de chegada” (sic), relativamente a qualquer caso “inclusive adoção” (sic). Uma constatação enfadonha, quiçá surpreendente, mas cujo exemplo há de se aproveitar. Aqui reside um ponto oposto ao que se vinha inferindo pela presente pesquisa, mas que não se pode generalizar.

Haveria de ser suscitada a preferência ao trâmite prioritário de processos em que figure idoso em situação de violência ou perigo iminente, respeitada a super prioridade; ou ainda das ações de adoção de criança com deficiência, conforme exarado anteriormente, prestigiando uma legislação comprometida com a tutela da dignidade humana em seus diferentes contornos. Não o sendo, pode-se concluir pela desintegração das instâncias técnicas e jurídicas, pela dissonância entre a teoria e a prática, pela escassez de recursos profissionalizantes ou simplesmente a falha na fiscalização - especificamente quanto à Vara da Infância e da Juventude (e do Idoso), cuja criação deu-se exatamente para a capacitação, integração e especialização na tratativa da matéria, vide o já citado Provimento nº 36, do CNJ.

Conclusivamente, a partir da repercussão dessa investigação, alguns pontos podem ser traçados como bons indicativos ao conflito de prioridades na prática consuetudinária, com base no TJRJ. Dentre eles, a insuficiência da letra da lei, tanto na atenção aos grupos vulnerabilizados, haja vista a atuação distinta dos serventuários, ainda que visando ao mesmo fim; quanto na coercibilidade anexa ao dever de cumprimento das garantias então existentes, uma vez que se pôde ver não serem acatadas da maneira que deveriam.

Ademais, coube a percepção de que as garantias processuais servem como ferramenta ao desenvolvimento de direitos fundamentais, sobretudo por pretenderem viabilizar o socorro

jurisdicional, trazendo celeridade à resolução de questões que vetam tal acesso ou daquelas mais urgentes pelo severo risco de perda do objeto.

A intenção coaduna perfeitamente com as diretrizes principiológicas e fundamentais do atual ordenamento jurídico brasileiro, fato indicativo da viabilidade do fomento à institucionalização daquelas práticas forenses consideradas úteis e apropriadas, ou mesmo sua normatização – conduta aliás oportuna. Sem embargo, concomitantemente se deve promover a fiscalização e acompanhamento das atividades que desviam os preceitos civis em matéria garantística, sem jamais esquecer que o processo é um instrumento das justiça.

Considerações Finais

O processo civil não é inerte, tal e qual o Direito não o é. A retrospectiva dos passos na construção de um instrumento compatível com as singulares demandas da sociedade brasileira deflagra percalços dos quais busca-se a se afastar, pretendendo tão mais aprender com o próprio presente que com o passado, sem dele esquecer-se, porém. A história processualística conta essa evolução pelo antropocentrismo progressista que veio delineando a intenção humanística do legislador.

A apreciação das garantias processuais relativas à prioridade de tramitação, adquiridas sinuosamente nessa linha do tempo, podem se mostrar um mecanismo de justiça bastante forte à viabilidade da cidadania, de tal forma que, pelos seus contornos, emerge uma tutela não só procedimental, mas política e social. Que, por ainda se mostrarem gerais e abstratas demais, acabam perdendo força potencial de afetação, interessando, por isso, saber como é enfrentada a colisão de tais prerrogativas, sem a perda da matriz axiológica.

A análise das modificações legislativas e das circunstâncias que hoje se apresentam, em matéria de prioridade processual, por si deflagraram o peso que o constitucionalismo cidadão emplacou na atividade judicante, demonstrando a preocupação com a salvaguarda última de direitos fundamentais – ou dos meios a se chegar até eles. Indo a campo, buscou-se concluir pela correspondência entre tal comprometimento legal e as práticas serventuárias, de maneira a aferir o real panorama judicial hodierno.

Portanto, investida na compreensão acerca da gerência processual, em que pese os conflitos de prioridades e a necessidade de estabelecer-lhes preferência, a pesquisa proposta serviu de base para concluir pelo parcial acolhimento legislativo, entretanto a preponderante deferência ao

princípio fundante legal. Tornou-se possível verificar algum beneplácito no costume, fonte indireta do direito, apesar dos percalços igualmente verificados.

Constrange que a pesquisa aflora a percepção acerca de necessidade de reformas legislativas, no sentido de proporcionar ancoragem a grupos e situações que passaram despercebidos, porém que partilham da estruturação material da atividade jurisdicional nacional. Ademais, evidencia a pouca capacitação no cumprimento de preceitos já estatuídos, cuja afetação periga perpetuar um pensamento jurídico excludente.

Sob a ótica dos princípios constitucionais, albergadas as normas positivadas e a prática consuetudinária, a despeito de seus tropeços, pode-se concluir que a escolha garantística, no tocante às prioridades processuais, opta por priorizar aqueles bens jurídicos de monta maior, comungando do princípio constitucional fundante, mesmo quando a prioridade se coloca em conflito e requer ser preferenciada. Por derradeiro, resta notório que a prioridade, dentro das prioridades processuais civis, é salvaguardar e dignidade da pessoa humana e otimizar a persecução de seus direitos fundamentais.

Referências Bibliográficas:

ALVES, Jones Figueiredo. *Adoção Especial*. In: IBDFAM, Artigos, 24 fev. 2014. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/949/Ado%C3%A7%C3%A3o+especial>.

AQUINO, Everson Rodrigues. *Adoção do Portador de Necessidades Especiais: Desafio no Cumprimento dos Atos Legais – Um Desafio para a Sociedade Brasileira*. Orientadora: Andréa Alves Ferreira Rocha. 2009. (Artigo Científico Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito, UNIDERP, Campo Grande, 2009. Versão Eletrônica

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito de Família*. Recife: Livraria Contemporânea, 1903, p. 579

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Lei nº 10.173, de 9 de Janeiro de 2009. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12008.htm#art1

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de Outubro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm

BRASIL. Lei nº 11.052, de 29 de Dezembro de 2004. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11052.htm#art1

BRASIL. Lei nº 12.008, de 29 de Julho de 2009. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12008.htm#art1

BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de Agosto de 2009. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm

BRASIL. Lei nº 12.955, de 5 de Fevereiro de 2014. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112955.htm

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de Julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm

BRASIL. Lei nº 13.466, de 12 de Julho de 2017. Altera os arts. 3º, 15 e 71 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113466.htm

BRASIL. Lei nº 13.894, de 29 de Outubro de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13894.htm

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República; 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>

BRASIL. Lei nº 7.713, de 22 de Dezembro de 1988. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. Recurso Especial nº 1026899, DF. Relatora Ministra Nancy Adrighi, j. 17 abr. 2008. DJe: 30 abr. 2008.

BUZUID, Alfredo. Anteprojeto do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964. p. 28. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177246>

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos. In: Código de Processo Civil do Brasil – Decreto-Lei nº 1608 de Setembro de 1939. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1939. p.1

CARVALHO, Bianca P. Rinaldi de. *Processos de adoção devem ser tratados com prioridade*. In: Migalhas, Família, 23 maio 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/201473/processos-de-adoacao-devem-ser-tratados-com-prioridade>

CDH. Parecer nº, de 2015. Na 114ª Reunião, Extraordinária, realizada nesta data, a Comissão aprova o Relatório da Senadora Regina Sousa, Relatora "ad hoc", que passa a constituir o Parecer da CDH,

favorável ao Projeto. Juntei o Parecer e a cópia da lista de presença às fls. 11 a 14. À SSCLSF para prosseguimento da tramitação. Sala de Comissão, 26 nov. 2015. Rel. Sem. Sergio Paim. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4803398&ts=1594027298093&disposition=inline>

CJF. Resolução 554, de 3 de Maio de 2007. Conselho de Justiça Federal; Ministro Barros Monteiro. Diário Oficial da União, 8 maio 2007. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-33-34-2007-05-03-554> Acesso em: 29 jun. 2021

CNJ. Provimento nº 36. Dispõe sobre a estrutura e procedimentos das Varas da Infância e Juventude. Brasília, DF: Corregedoria Nacional de Justiça, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/1038413/prov-36-cnj-estrutura-varas-inf-juv.pdf>.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Giurisdizione e Processo nel Quadro delle Garanzie costituzionali*. Studi in onore di Luigi Montesano. Padova: Cedam, 1997, p. 92.

DENTI, Vittorio. *Processo Civile e Giustizia Sociale*. Milano: Comunita, 1971. p.28-29

DIGIÁCOMO, Murillo José. *Breves Considerações Sobre a Nova*. In: Ministério Público do Paraná/MPPR, Criança e Adolescente, 2009. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=334>

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FUX, Luiz. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. 268 p

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, volume 6: direito de família / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019

GUIMARÃES, Darci Ribeiro. *O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa*. Revista Brasileira de Direito Processual – RDBPro. Ano 15, n. 59, 2007. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 66

HERKENHOFF, João Baptista. *História dos Direitos Humanos no Brasil*. vol. I. In: *Gênese dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro1/dhbrasil/br5.html>

IBGE. Tábuas Completas de Mortalidade. In: Agência IBGE notícias, 2020. Cristiane Crelier. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29505-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumenta-3-meses-e-chega-a-76-6-anos-em-2019>.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Gênero, discriminação e tráfico internacional de mulheres*. Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade: a cidadania em debate. Organizadora: Lília Maia de Moraes Sales. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Por um processo socialmente efetivo*. São Paulo: Revista de Processo, 2002. v.27, n.105, jan./mar. p. 181.

NERY JÚNIOR, Nélon. *Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAATZ, Igor. *Elementos da História do Processo Civil Brasileiro: do Código de 1939 ao Código de 1973*. Disponível em: <https://www.raatzanchieta.com.br/index.php/artigos/5-elementos-da-historia-do-processo-civil-brasileiro-do-codigo-de-1939-ao-codigo-de-1973>

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. “*O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa*”. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 13, nov. 2009. p. 166.

RIO DE JANEIRO. Lei Estadual nº 4.504, de 11 de Janeiro de 2005. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/06b50b6d92b51a6e83256f870067c4bb?OpenDocument>

RIO DE JANEIRO. Lei nº 10.633, de 18 de Dezembro de 2024. Dispõe sobre a organização e a divisão judiciárias do Estado do Rio de Janeiro Revogando a Lei nº 6.956, de 13 de Janeiro de 2015, e dá Outras Providências.. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rj/lei-ordinaria-n-10633-2024-rio-de-janeiro-dispoe-sobre-a-organizacao-e-divisao-judiciarias-do-estado-do-rio-de-janeiro-revogando-a-lei-n%C2%BA-6956-de-13-de-janeiro-de-2015-e-da-outras-providencias>

SANTOS, Boaventura de Souza. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. Coimbra: Revista Científica de Ciências Sociais, 1997. N° 48

SARNEY, José. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. 268 p

SCARAVAGLIONI, Décio. *Lei nº 10.173/2001: preferência processual aos idosos: Prioridade absoluta ou pura demagogia?*. In: Artigos, jus.com.br., 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1990/lei-n-10-173-2001-preferencia-processual-aos-idosos>

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Lei Maria da Penha comentada, sob a nova perspectiva dos direitos humanos*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 73

STF. Supremo Tribunal Federal. Ação da PGR questiona isenção de IR apenas para aposentados acometidos por doenças graves. In: Notícias STF, 19 out. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393228&ori=1>

STJ. Superior Tribunal de Justiça. Presidência. Resolução nº 2, de 25 de Janeiro de 2005. Estabelece prioridade, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, para o julgamento de processos cuja parte seja portadora de deficiência. 2005. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/71/Res_2_2005.pdf

TJSP. Sétima Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador De Santi Ribeiro. Agravo de Instrumento n.º 197.733-4/3-00-SP. DJe: 6 jun. 2001. v.u. AASP n.º 2295

ENSAIOS SOBRE O CONSTITUCIONALISMO CHILENO E CORRELAÇÕES COM O NEOLIBERALISMO: PERCURSOS NA OBRA DE MICHAEL J. SANDEL

Andréia Alvarenga de Moura Meneses⁶⁶

1 Apresentação da hipótese e do problema de pesquisa

Este ensaio sobre o projeto de pesquisa científica, ainda que provisório, foi elaborado com a finalidade de apresentação e submissão de tese para obtenção do título de doutorado consistente nos *Itinerários Constituintes e Fenômenos Políticos Inacabados no Chile: O Rechaço de Duas Constituições (2022 e 2023)*.

A hipótese se afeiçoa a investigar o fato de o Chile, um país promissor da América Latina, ainda ter uma Constituição outorgada em 1980, mesmo que reformada parcialmente em 2005, de cerne antidemocrático, em razão do cenário estruturante do patriarcado-colonialismo-neoliberalismo. Vale dizer, o Chile ainda não tem uma Constituição integralmente democrática em razão dos ditames do trinômio patriarcado-colonialismo-neoliberalismo que permeiam aquela sociedade e se impuseram nas duas tentativas fracassadas de implementação de uma nova ordem constitucional integralmente democrática na segunda década do séc. XXI.

Os fenômenos políticos, econômicos, sociais e jurídicos ocorridos no Chile no interregno apontado merecem investigação científica, por conterem os atributos cumulativos de relevância e premência, oferecendo um ambiente fértil para muitas possibilidades de pesquisa. Note-se que, no caminho inconcluso constitucional democrático chileno, a observação do comportamento político e das eleições também se mostra necessária, seja em razão dos movimentos sociais constitucionalistas que antecederam os dois *Rechazos*, de 2022 e 2023 (Coletivo Tinta Limón, 2021; Joana Vasconcelos, 2022; Couto, 2023; Gargarella, 2020; Leslie Sánchez e Pamela Figueroa, 2022), verificados assim mesmo em tempos de democracia de baixa intensidade (Sousa, 2016), seja em função das reviravoltas históricas que deram ensejo a todo o processo político apontado.

Como o título da proposta de pesquisa científica sugere, houve dois momentos políticos na história recente do Chile, em 2022 e em 2023, que dão azo à observação científica pretendida, diante da peculiaridade de se poder analisar e comparar dois movimentos jurídicos e políticos, em contexto até então inédito: no período de pouco mais de um ano, dois rechaços em referendos (ou “*plebiscitos*”

⁶⁶ Doutoranda em Direito pelo PPGD UFF; Mestra em Direito e Políticas Públicas pela UNIRIO; Especialista em Responsabilidade Civil pela UCAM; Graduada em Direito pela UFRJ. Servidora Pública Federal Concursada. Membro Honorária do IAB. Autora. Palestrante. Articulista. Parecerista da Comissão Permanente de Direito e Políticas Públicas do IAB. ID Lattes 2230849379391523 ID Orcid 0009-0008-4937-1642 E-mail a_alvarenga@id.uff.br

de saída”), pelo voto popular, a duas Constituições com cariz político aparentemente diferentes, o primeiro tendente à esquerda e o segundo, à direita (Bobbio, 2011; Couto, 2023).

Da mesma forma, a análise científica dos fenômenos mencionados perpassa pelo estudo das instituições chilenas, bem como das políticas públicas, em especial eleitorais, implementadas no percurso constituinte democrático correspondente, porque as conclusões dependem, à evidência, do contexto político. Ainda, sob outra perspectiva, todo o itinerário constituinte chileno entre 2022 e 2023 tem potencial para gerar reflexos nas relações internacionais e influenciar, de algum modo, a política internacional, mormente na América Latina.

Após os processos de redemocratização da América Latina, no final do séc. XX, e uma vez passado o fenômeno que se convencionou chamar de *Onda Rosa* (Silva, 2017; Coelho, 2022; Joana Vasconcelos, 2022), é de conhecimento geral que cada Estado Latino-americano buscou, à sua maneira, diante do enraizamento do neoliberalismo, a atual face do capitalismo (Harvey, 2017; Byung-Chul, 2023), e ostentando o atributo de sociedades complexas (Bobbio, 2011), estabelecer mecanismos políticos e jurídicos para a manutenção da Democracia, ainda que vivida em baixa intensidade, como apontado alhures.

A este propósito, aplica-se, para a estabilização medular da pesquisa e melhor compreensão dos fenômenos políticos em estudo, o que pode ser denominado *trinômio estruturante* do atual estado de coisas na latinidade, consistente no *patriarcado-colonialismo-neoliberalismo*, posto assim em ordem cronológico-histórica.

Muito embora tal empreitada possa parecer ambiciosa, o pensamento crítico sobre tais circunstância do mundo da vida habermasiano é essencial, dado que patriarcado, colonialismo e neoliberalismo são temas biunívocos à latinidade, diante das peculiaridades encontradas nesta periferia do capital mundial, em contraposição ao pensamento hegemônico estadunidense/europeu, sem, contudo, desprezá-lo e, no final, agregando-o na formação do conhecimento, para formação de ferramentas teóricas com fins ao pensamento jurídico crítico que atenda às expectativas e necessidades do Sul Global.

Contextualizando os temas que permeiam a investigação científica proposta, colocam-se os três elementos estruturantes das sociedades latino-americanas em ordem histórico-cronológica de surgimento na humanidade. Em primeiro plano exsurge o *patriarcado*, a partir da Revolução Agrícola, representando a divisão sexual do trabalho, até hoje verificada (Simone de Beauvoir, 2019; Angela Davis, 2018; bell hooks, 2019; Hélène Periviér, 2023), com a divisão para finalidade de procriação e das tarefas domésticas, determinante para o estabelecimento *a posteriori* da divisão social do trabalho, ou seja, “a relação entre os próprios seres humanos através do trabalho dividido” (Chauí, 2025, p. 56), culminando na separação entre instituições sociais e a figura do Estado.

Em segundo plano, o exercício de colmatar o conhecimento desafia o *colonialismo*, que teve início com expansão marítima europeia encetada no final do séc. XV para as Américas, mudando para sempre o nosso destino, ao determinar o que viria ser a divisão internacional do trabalho, posta até a atualidade entre Norte e Sul Global (Galeano, 2022; Ribeiro, 2016; Dussel, 2022). Tal dinâmica deu ensanchas ao acúmulo primitivo do capital, que se manifesta na própria existência histórica: “divisão entre as condições e instrumentos ou meios de trabalho e o próprio trabalho, incidindo, por sua vez, na desigual distribuição do produto do trabalho” (Chauí, 2025, p. 62). Equivale dizer que se trata de uma relação dotada do elemento da desigualdade, no caso, entre os povos, ou pela forma em que constituiu a propriedade em cada sociedade por meio desse fenômeno colonial.

Em terceiro lugar, a tese enfrenta o *neoliberalismo*, braço hodierno do capitalismo pós-globalização, que se caracteriza, em resumo, por acumulação de capital, conglomerados internacionais de capital financeiro, oligopólios multibilionários influenciadores dos processos políticos, com atuação predominante nas redes sociais, privatização dos serviços públicos básicos, individualismo extremo, precarização das relações de trabalho, recrudescimento e aprofundamento da pobreza e das desigualdades sociais, entre outros elementos (Fisher, 2023; Byung-Chul, 2023; Harvey, 2017; Sousa, 2016; Hélène Périvier, 2023; Mike Davis, 2006; Lélia Gonzalez, 2020; Coletivo Tinta Limón, 2021).

Mais precisamente quanto à discussão apresentada, alguns estudiosos já tinham alertado, antes do início do *Proceso Constituyente* Chileno de 2021-2022, sobre forças políticas de certa importância contrárias ao processo constitucional democrático chileno (Gonzalez, 2020; Gargarella, 2020), o que indica que há tensões políticas e sociais subjacentes, que se reportam, por sua vez, ao aludido trinômio estruturante *patriarcado-colonialismo-neoliberalismo*.

Outrossim, dentro da vertente constitucionalista do tema (Canotilho, 2003; Hesse, 1991), o estudo dos problemas políticos conectados aos aspectos jurídico-constitucionais depende da análise do *background* explicativo e justificativo que só pode ser fornecido por uma reflexão teórica sobre o próprio cenário político e jurídico chileno. Mas há um limite para o resgate dos institutos basilares, sob pena de a investigação assumir contornos meramente históricos e sociais, o que não é o objetivo deste estudo. Pretende-se, nessa linha, contextualizar as ideias norteadoras para melhor entendimento e aprofundamento do tema, dentro de um sistema político-democrático materialmente legitimado (Canotilho, 2003; Leonel Jr., 2017; Bobbio, 2011). Equivale dizer que a Constituição não existe sem a matéria fática que a moldou (Meneses, 2024), e isso se aplica às duas propostas constitucionais chilenas (2022 e 2023).

Portanto, nesta tese, busca-se pesquisar os dois movimentos políticos, sociais e jurídicos contemplados nas duas Propostas de Constituição Chilena, rechaçadas pelo voto popular em 2022

e em 2023, em análise comparativa, utilizando-se do esquadramento dos atos normativos atinentes aos dois Textos Constitucionais rejeitados, inaugurando um ecossistema crítico entre as searas política, social, econômica e jurídica, enriquecido com a coleta de dados empíricos pré e pós-constitucionais, agregando diversos saberes, na busca da democracia inclusiva, de larga escala (Coelho, 2022).

O panorama constitucional democrático inacabado do Chile, verificado nos anos de 2022 e 2023, enseja, portanto, uma problemática multifacetada. Como em tão pouco espaço de tempo, houve duas propostas de Constituição Democrática rechaçadas pelo voto popular? Os ciclos dos movimentos sociais chilenos, desde a Revolta Mapuche de 1997, até os *Estallidos Sociales*, encetados em 18.10.2019, tiveram o condão de iniciar o debate constitucional, mas não foram capazes de concluí-lo (Joana Vasconcelos, 2022; Coletivo Tinta Limón, 2021)? O Chile detinha maturidade política para suportar dois processos constituintes em sequência, sendo que vinha de anos de ditadura empresarial-militar pinochetista, de 1973 a 1989, e, após a redemocratização, de um “*duopólio*” democrático, com alternância no poder de partidos de centro-esquerda e centro-direita (Gargarella, 2020; Joana Vasconcelos, 2022; Pamela Figueroa, 2022; Coelho, 2022)? A elaboração do Texto Constitucional de natureza democrática (Canotilho, 2003; Mendes e Branco, 2013; Gargarella, 2020; Tushnet, 2023; Sousa, 2016; Bobbio, 2011; Dunn, 2018; Maria Paula Bucci, 2021) foi impedido pelo se convencionou chamar de “*polarização política*”? A chamada “*política tradicional*” se rearranjou rapidamente após os *Estallidos Sociales*, iniciados em outubro de 2019, e se valeu da institucionalização da cultura eleitoral chilena do voto facultativo, para manipular de alguma forma o sistema eleitoral, mudando para o voto obrigatório, para, ao final, transformar os plebiscitos constitucionais em um *sistema de voto castigo* ao Governo Gabriel Boric ou uma espécie de *terceiro (ou quarto) turno das eleições presidenciais* de 2021 (Joana Vasconcelos, 2022; Couto, 2023)? Qual o papel dos grandes oligopólios das redes sociais no quadro apresentado (Fisher, 2023)? O Chile ainda estaria dependente de um processo de *accountability* para a consecução dos direitos individuais, sociais e coletivos almejados (Coelho, 2022) nos *Estallidos Sociales* iniciados em outubro de 2019?

Por fim, a discussão se reporta à efetividade das promessas constitucionais a partir da evolução conceitual do Constitucionalismo Latino-americano. Neste sentido, cabe perquirir o motivo pelo qual os movimentos constitucionalistas chilenos de 2022-2023 não foram capazes de apresentar propostas formal e materialmente alinhadas às demandas sociais democráticas chilenas do séc. XXI.

2 Meritocracia e neoliberalismo

Como um dos temas biunívocos para a compreensão dos dois rechaços constitucionais chilenos se reporta ao neoliberalismo, a obra de Michael J. Sandel, mais especificamente no livro “A Tirania do Mérito” toca, de largada, num dos eixos centrais da teoria neoliberal: a meritocracia, que basicamente pode ser localizada no contexto do empreendedorismo de si mesmo, epíteto da individualidade pregada pelo neoliberalismo, sinônimo de eficiência, justiça e liberdade.

Por exemplo, Sandel (2025, p. 20) torna compreensíveis as acepções de ações afirmativas para conservadores, que consideram raça e/ou etnia como fatores de facilitação para obtenção de alguma benesse estatal ou privada competitiva como uma verdadeira traição do sistema neoliberal baseado na meritocracia, ao passo que, para liberais, as ações afirmativas seriam formas de remediar injustiças socialmente persistentes. Por este ponto de vista, uma verdadeira meritocracia só pode ser alcançada quando acabarem as desigualdades estruturais existentes entre as pessoas privilegiadas e aquelas em desvantagem social.

O objetivo principal seria a consecução de uma ética meritocrática, na qual teríamos que conquistar, às nossas próprias expensas, esforço e luta, o sucesso, que seria um sinal social de virtude. Mas Sandel (2025) adverte que a lógica da meritocracia é corrosiva: se o sucesso é fruto do esforço pessoal, o fracasso pode ser considerado um pecado, uma culpa, uma displicência. A pessoa que fracassa na luta neoliberal merece o fracasso, assim como o vencedor merece o sucesso. E essa filosofia extremamente individualista encontra ecos nos detratores das políticas afirmativas, como apontado alhures.

Num sentido imagético, cabe inferir o ressentimento pessoal causado por esse tipo de pensamento preponderante nas sociedades neoliberais, porque, no dizer de Sandel (2025), os mercados não se baseiam no mérito, mas em utilidade e liberdade. Utilidade no sentido de “fins justificam os meios”, ou seja, o mercado criaria incentivos a impulsionar o PIB e maximizar o bem-estar social, e, para que isso ocorra, o mercado é quem teria o poder de delimitar as ações sociais ou públicas. Liberdade no sentido de nenhuma intervenção ou regulamentação, isto é, as pessoas estariam livres para escolher os valores que estabelecem os bens circundantes no próprio mercado. Mas mesmo que se entenda que a utilidade e a liberdade exigidas pelo mercado não tenham um cariz individualista, a meritocracia tem, apesar de Sandel (2025) citar que Thatcher e Reagan afirmavam que “os mercados dão às pessoas o que elas merecem”.

O mito da teoria meritocrática se reporta, no dizer de Sandel (2025), às ideias de justiça e produtividade, de forma a possibilitar que todos podem competir em igualdade, mas o que foi constatado pelo autor, na realidade, é que a meritocracia não se afigura mais compatível com uma

sociedade de mercado, mas seria uma forma de satisfação dos atributos subjacentes de justiça e produtividade.

Após quatro décadas de neoliberalismo no Ocidente, a linguagem do mérito e do merecimento tornou-se também o cerne do discurso político. De acordo com Sandel (2025), a política vende um ideal aspiracional com a meritocracia, numa retórica de responsabilidade pessoal e de ascensão social. O reverso dessa moeda, no entanto, leva a ideias de responsabilidade social limitantes, com dupla função: eliminar o Estado de Bem-estar Social e transferir os riscos (e fracassos) dos governos e empresas para os indivíduos.

A respeito da retórica da responsabilidade pessoal, no que concerne às benesses meritocráticas, o discurso político que mais adere ao pensamento neoliberal é aquele que afirma que as pessoas são desfavorecidas por vontade própria, numa metáfora de generosidade da sociedade para com as pessoas: basta querer para prosperar. Se alguém influenciou no seu próprio infortúnio, como no caso do dependente químico, não merece auxílio estatal, tampouco social. Há, por suposto, uma diferenciação entre pobres merecedores e pobres indignos de ajuda. Eis o resumo da retórica da responsabilidade.

Já na retórica da ascensão, a pessoa vai até onde o talento a leva, a base do “Sonho Americano”, de acordo com Sandel (2025), em que se vende a ideia de que as oportunidades são iguais e a mobilidade social é ascendente. A conexão entre a retórica da ascensão e a ética meritocrática repousa na aceção de que, se as oportunidades são iguais, pessoas não somente ascendem socialmente até onde seus talentos e o trabalho árduo as levarem, mas também serão merecedoras das recompensas que chegarem até elas. Permeia, assim, essa linguagem que alterna entre meritocracia e recompensa/castigo.

No entendimento de Sandel (2025), ao revés, quando a população pobre percebeu que todas essas retóricas eram uma falácia, o ressentimento foi a arma usada para a reação populista capitaneada por Donald Trump e outros nomes da extrema-direita, que se utilizaram do discurso vencedores *versus* perdedores, e na promessa de retornar ao passado (*make America great again*), se alimentando de desespero, ressentimento, mágoa, frustração, xenofobia, misoginia, racismo, hostilidade ao multiculturalismo e, por fim, o desprezo à arrogância meritocrática, momento em que a obra estudada de Sandel (2025) dialoga com a tese a ser apresentada, que fala, em grande medida, das amarguras da decadência neoliberal no Chile.

3 Michael J. Sandel e seu contributo para a tese empreendida

Michael J. Sandel (2025) chama a atenção por seu pensamento e linguagem estadunidense ao lidar com a política bipartidária daquele país. Chega ao ponto de inquirir Tony Blair e Bill Clinton de centro-esquerda, quando claramente tais personagens se inclinam à direita. Na democracia de dois partidos estadunidense, se é que tal dinâmica política pode ser considerada de fato uma democracia em larga escala, ou seja, uma poliarquia, ser democrata significa, para nós latino-americanos, centro-direita, e republicano, direita, ou mais recentemente pós-Trump, extrema-direita.

Afora a adequação das nomenclaturas e conceitos para uma leitura crítica da obra, Sandel (2025) demonstra a insatisfação geral com o sistema meritocrático, após quatro décadas da implementação neoliberal no Ocidente.

Um ponto relevante de contato com a obra de Sandel (2025) e a tese em estudo é o fato de que o Chile é considerado o “laboratório” do neoliberalismo, implementado à força pela ditadura pinochetista. Como mostra a foto do livro “Chile em Chamas” (2021), a pixação no muro de Santiago, feita durante as Explosões Sociais de outubro de 2019, assim expressa: “O neoliberalismo nasceu no Chile, e aqui vai morrer”.

Neste ponto, o início do itinerário chileno, encetado justamente com o referido movimento social de 2019, teve cariz antineoliberal, diante da conclusão de que, após quase 50 anos de política neoliberal, o Estado de bem-estar social foi invariavelmente excluído da dinâmica social chilena, com repercussões negativas para a cultura política democrática, com a ausência de políticas públicas sociais efetivas na distribuição da riqueza.

Neste ponto, as agrupações sociais revoltadas nas Explosões de 2019, como indígenas, mulheres, idosos e a juventude em geral, concluíram que a meritocracia não existe para eles, mas para quem já tem a “herança que importa”⁶⁷. Se a pessoa já vem de uma prosperidade familiar, beneficiário de herança, as conexões certas, orientação profissional com intenção, o futuro de prosperidade geracional é mantido e aumentado.

Quando a classe política passou a vender um ideal aspiracional com a meritocracia, numa retórica de responsabilidade pessoal e de ascensão social, criaram-se duas situações: (i) a dos ressentidos e fracassados, como bem colocado por Jessé Souza no livro “O Pobre de Direita: A Vingança dos Bastardos” (2024); e (ii) a dos revoltados, que desprezaram essas ideias, numa reação popular crítica contra a meritocracia, como observado nas Explosões Sociais Chilenas encetadas em outubro de 2019.

⁶⁷ Expressão cunhada pela *Youtuber* Senhorita Bira no canal “O Algoritmo da Imagem”, in: https://www.youtube.com/results?search_query=o+algoritmo+da+imagem

Portanto, a obra de Sandel (2025) colmata os conhecimentos para a feitura da tese, explicando os aspectos imanentes ao neoliberalismo, e, em especial, a meritocracia, esse conceito tão propagado e causador de tanta frustração nas camadas mais desfavorecidas das sociedades do capitalismo tardio.

Referências bibliográficas e audiovisuais

ADAMS, Jonathan; PENDLEBURY, David; POTTER, Ross; SZOMSZOR, Martin. Global Research Report América Latina: América do Sul y Central, México y Caribe. Santiago: Clarivite, 2021.

ALEXY, Robert. Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

A REVOLTA dos Pinguins. Direção: Carlos Ponzato. 2015.

BARDACH, Eugene. Los Ocho Pasos para el Análisis de Políticas Públicas. Ciudad de Mexico: Miguel Ángel Porrúa, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BEAUVOIR, Simone de. O Segundo Sexo, Volume 1: Fatos e Mitos. 5ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

-----, O Segundo Sexo, Volume 2: A Experiência Vivida. 5ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

BENÍTEZ, William Guillermo Jiménez. El Enfoque de los Derechos Humanos y las Políticas Públicas. 2007. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/281783858>

BITTENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Políticas públicas de Governo e de Estado – uma distinção um pouco complexa: necessidade de diferenciação entre modelos decisórios, arranjos institucionais e objetivos de políticas públicas de Governo e Estado. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 12, n. 3, p. 631-667, set./dez, 2021. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v12i3.28105

BOBBIO, Norberto. *Direita e Esquerda*. 3ª ed. São Paulo: Unesp, 2011.

-----, *Estado, Governo, Sociedade – Por uma Teoria Geral da Política*. 11ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

-----, *Liberalismo e Democracia*. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1997.

-----, *O Futuro da Democracia*. 7ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República, 2023. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de fevereiro de 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BYUNG-CHUL, Han. La Sociedad del Cansancio. 3ª ed. Buenos Aires: Herder, 2023.

------. Psicopolítica – O Neoliberalismo e as Novas Técnicas de Poder. 10ª ed., Belo Horizonte: Âymé, 2023.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Ciro Flamarion S. Como elaborar um projeto de pesquisa. Disponível em <https://www.historia.uff.br/stricto/files/CARDOSO_Ciro_Como_elaborar_projeto_pesquisa.pdf>

CHAUÍ, Marilena. Ideologia, uma introdução. São Paulo: Boitempo. 2025.

CIOTOLA, Marcello. Relativismo, Universalismo e Justiça Distributiva – Um Estudo sobre Michael Walzer e John Rawls. São Paulo: Almedina, 2018.

COELHO, André Luiz. Por Que Caem os Presidentes? Contestação e Permanência na América Latina. Rio de Janeiro: Mórula, FAPERJ, 2022.

COLETIVO Tinta Limón. Chile em Chamas – A Revolta Antineoliberal. São Paulo: Elefante, 2021.

COUTO, Alexandre Freitas. Mudanças nos Ventos Constitucionais Chilenos. Maio/2023. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-mai-20/alexandre-couto-mudancas-ventos-constitucionais-chilenos>

CRUZ, Sebastião Velasco *et al.* Direita, Volver! O Retorno da Direita e o Ciclo Político Brasileiro. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2015.

DAVIS, Angela. A Liberdade É Uma Luta Constante. São Paulo: Boitempo, 2018.

------. Mulheres, Cultura e Política. São Paulo: Boitempo, 2017.

DAVIS, Mike. Planeta Favela. São Paulo: Boitempo. 2006.

DIEME, Kassoum. O Haiti e suas Migrações. *In*: Revista Temáticas, n. 25: 17-48, fev-dez/2017.

DUNN, William N. Public Policy Analysis. 6ª ed. New York: Routledge, 2018.

DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação. Petrópolis: Vozes. 4ed. 2022.

DWORKIN. Ronald. Levando os Direitos a Sério. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

EAGLETON, Terry. Ideologia. Barcelona: Cultura Libre, 1997.

ENCINA, Carlos Ruiz e CAVIEDES, Sebastián. El Poder Constituyente de la Revuelta Chilena. Buenos Aires: CLACSO, 2022.

ECO, Umberto. Como se Faz uma Tese em Ciências Humanas. Barcarena: Presença, 2007.

- FERNANDES, Ricardo V.C. e BICALHO, Guilherme P.D. Do Direito Positivo ao Pós-positivismo Jurídico – O atual paradigma jusfilosófico constitucional. *in*: Revista do Senado Federal, 2011. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf>>
- FERRAJOLI, Luigi *et al.* Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FISHER, Max. A Máquina do Caos. São Paulo: Todavia, 2023.
- FOLADORI, Guillermo; PIERRI, Naina. Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable. México: Universidad Autonoma de Zacatenas, 2005.
- FONTE, Felipe de Melo. Políticas Públicas e Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir – História de Violência nas Prisões. 10ª ed. Petrópolis: Vozes, 1993.
- FUSER, Igor. Conquistas e fracassos dos governos progressistas: elementos para o balanço de um ciclo político que se recusa a morrer. *In*: Revista de la Red de Intercatedras de Historia de América Latina Contemporánea Año 5, Nº 8, Córdoba, Junio-Noviembre 2018. ISSN 2250-7264.
- GALEANO, Eduardo. As Veias Abertas da América Latina. Porto Alegre: LP&M, 2022.
- GARAPON, Antoine. O Juiz e a Justiça – O Guardião das Promessas. Rio de Janeiro: Revam, 1999.
- GARGARELLA, Roberto. Castigar Al Próximo. 2ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2022.
- . Diez Puntos Sobre el Cambio Constitucional en Chile. *In*: *Revista Nueva Sociedad* nº 285, enero-febrero, 2020.
- GARRETON, Manuel Antonio. A Redemocratização no Chile: Transição, Inauguração e Evolução. 1992. Disponível em <<https://doi.org/10.1590/S0102-64451992000300004>>
- GONZALEZ, Eric Eduardo Palma. Notas sobre o processo constituinte chileno 2019-2020. *In*: Revista Culturas Jurídicas, n. V. 7, n. 16, 2020. <<https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45397>>
- GONZALEZ, Lélia. Por um Feminismo Afro-Latino-Americano. Rio de Janeiro: Zahar. 2020.
- GOULART, Mayra e COELHO, André Luiz. El papel de los tribunales supremos y la nueva derecha: el neogolpismo en Brasil. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, n.º 126 (diciembre de 2020), p. 239-260. DOI: doi.org/10.24241/rcai.2020.126.3.239
- HARGUINDÉGUY, Jean-Baptiste. Análisis de Políticas Públicas. Madri: Tecnos, 2017.
- HARVEY, David. 17 Contradições e o Fim do Capitalismo. São Paulo: Boitempo, 2016.
- HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição (tradução de Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1991.
- HOOKS, bell. Anseios – Raça, Gênero e Políticas Culturais. São Paulo: Elefante, 2021.

- . O Feminismo é Para Todo Mundo: Políticas Arrebatadoras. 3ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2019.
- INCERTEZAS Críticas. Direção: Daniel Augusto. 1ª, 2ª e 3ª Temporadas. 2012, 2015 e 2021.
- JANCZURA, Rosane. Risco ou Vulnerabilidade Social? Porto Alegre: Textos e Contextos, 2012.
- JÓRDAN, Ricardo *et al.* Desarrollo Sostenible, Urbanización y Desigualdad em América Latina y Caribe – Dinámicas y Desafíos para el Cambio Estructural. Santiago: Naciones Unidas. CEPAL, 2017.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LAMADRID, Silvia e NAVARRETE, Alexandra. Cronología del Movimiento Feminista em Chile 2006-2019. *In: Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, 27(3): e54709 DOI: 10.1590/1806-9584-2019v27n354709, 2019.
- LEONEL Jr., Gladstone. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.
- LÖWY, Michael. As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen – Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento. 7ª ed. São Paulo: Cortês, 2000.
- MARX, Karl e ENGELS, Friederich. A Ideologia Alemã. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- . Manifesto Comunista (1848). Disponível em <https://www.pcp.pt/publica/edicoes/25501144/manifes.pdf>
- MEDEIROS, Josué. Regressão democrática na América Latina: do ciclo político progressista ao ciclo político neoliberal e autoritário. *In: Revista de Ciências Sociais*. Fortaleza, v.49, n. 1, p.98-165, mar./jun., 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Porto Alegre, L&MP Editora, 2019.
- MONTEIRO, Simone Rocha da Rocha Pires. O Marco Conceitual da Vulnerabilidade Social. *In: Revista Sociedade em Debate* 44, 2012.
- MORA, Nestor. Afro-chilenos: a produção política nas leis e a cultural na dança em busca de reconhecimento. *In: Revista Magistro*. ISSN: 2178-7956, Vol. I, n. 1, 2011.
- MORAES, Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo: Atlas. 2020.
- O GRANDE Irmão - O Dia Que Virou 21 Anos. Direção: Camilo Tavares. 2022.
- PÉRIVIER, Hélène. A Economia Feminista: Por Que a Ciência Econômica Precisa do Feminismo e Vice-Versa. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo. 2023.
- PRÁ, Jussara Reis. Cidadania de Gênero, Democracia Paritária e Inclusão Política das Mulheres. *Revista Gênero na Amazônia*, no. 4, jul-dez, 2013.

- RED de Constitucionalismo Crítico em América Latina. Disponível em <<https://www.youtube.com/@reddeconstitucionalismocri6605>>
- RIBEIRO, Darcy. Configurações Histórico-Culturais dos Povos Americanos. São Paulo: Global, 2016.
- RIBEIRO, Djamila. Lugar de Fala. São Paulo: Jandaíra, 2020.
- SACHS, Ignacy. Desenvolvimento: Includente, Sustentável e Sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. A Difícil Democracia, Reinventar as Esquerdas. São Paulo: Boitempo, 2016.
- SÁNCHEZ, Leslie e FIGUEROA, Pamela. Participación Política de Las Mujeres em El Proceso Constituyente Chileno. In: UNED. Revista de Derecho Político. No. 133, enero-abril, 2022, págs. 223-243.
- SANDEL, Michael J.. A Tirania do Mérito. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 10 ed., 2025.
- SILVA, Cristhian Teófilo da. Movimentos Indígenas na América Latina em Perspectiva Regional e Comparada. Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas. UnB, 2015, vol. 9, no. 1, ISSN 1984-1639.
- SILVA, Fabricio Pereira da. Fin de La Marea Rosa y el Neogolpismo em América Latina. 2017. Disponível em <<https://www.researchgate.net/publication/325477839>>
- SOSA, Ricardo Sánchez; IBARRA, Alicia Bárcena; La Sostenibilidad del Desarrollo em América Latina y el Caribe: Desafíos y Oportunidades. Santiago: CEPAL, 2002.
- SOUZA, Jessé. A Elite do Atraso – Da Escravidão a Bolsonaro. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.
- _____. O pobre de direita – a vingança dos bastardos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2024.
- TUSHNET, Mark. Tribunales Débiles, Derechos Fuertes. Buenos Aires: Siglo Vinte e Uno, 2023.
- VAN COTT, Donna Lee. From Movements to Parties in Latin America – The Evolution of Ethnic Politics. New York: Cambridge University Press, 2005.
- VASCONCELOS, Joana Salém. Chile: Ensaio sobre uma Derrota Histórica, 2022. Disponível em <<https://revistarosa.com/6/derrota-historica>>

ECOS DO *COMMON LAW* NA FORMAÇÃO DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Telson Pires⁶⁸

1 Introdução

O constitucionalismo moderno – enquanto movimento político e jurídico voltado à limitação do poder e à afirmação das liberdades individuais – resulta de um processo histórico de lutas, disputas institucionais e transformações sociais. Compreender esse percurso, sobretudo no contexto inglês e norte-americano, torna-se fundamental para uma análise da formação das estruturas constitucionais contemporâneas, sobretudo no Brasil. Conforme demonstram Cristiano Paixão e Renato Bigliassi, a consolidação do modelo constitucional foi fruto de sedimentações progressivas que, ao longo dos séculos, estruturaram os elementos essenciais do constitucionalismo ocidental: supremacia da lei, governo limitado e reconhecimento de direitos fundamentais (Paixão; Bigliassi, 2020).

O constitucionalismo, na tradição inglesa, desenvolveu-se de maneira singular, assentado não em uma Constituição codificada, mas em uma cultura política que se fortaleceu a partir de documentos históricos e práticas institucionais. Desde a *Magna Carta Libertatum* de 1215, passando pelo *Habeas Corpus Act* de 1679 até o *Bill of Rights* de 1689, observa-se a gradual afirmação de mecanismos destinados a restringir o arbítrio do soberano, ampliar a autoridade parlamentar e garantir liberdades civis. Paixão e Bigliassi destacam que esse modelo “não nasce como uma ruptura deliberada, mas como o acúmulo de experiências constitucionais que passam a conferir estabilidade e previsibilidade ao exercício do poder” (Paixão; Bigliassi, 2020). Assim, o constitucionalismo inglês se caracteriza pela centralidade do *rule of law* e pela construção de um sistema de governo baseado na responsabilidade política.

A experiência constitucional norte-americana, por outro lado, adquire contornos próprios. A Constituição de 1787 inaugura uma nova etapa ao estabelecer um texto jurídico escrito, rígido e dotado de supremacia normativa, resultante de um momento deliberativo consciente — a Convenção da Filadélfia.

Segundo Paixão e Bigliassi, o constitucionalismo norte-americano consolida a forma constitucional moderna, sintetizando a ideia de que o poder estatal deve ser estruturado e limitado por uma carta política superior (Paixão; Bigliassi, 2020). A inclusão do *Bill of Rights* em 1791

⁶⁸ Advogado, assessor jurídico na ALERJ, doutor em Direito pela UFF, professor universitário e vice-reitor do Unisignorelli. ID Lattes: 5887862349395027 ID Orcid 0009-006-2709-3149

reforça o compromisso com a proteção dos direitos individuais, enquanto o desenvolvimento da *judicial review* pela Suprema Corte estabelece um modelo de controle de constitucionalidade que influenciará diversas constituições posteriores.

A influência dessas duas tradições constitucionais é marcante no Brasil. A Constituição de 1824 incorporou elementos da tradição inglesa, principalmente no que se refere às garantias individuais e ao *habeas corpus*. Já com a Proclamação da República, a Constituição de 1891 absorveu fortemente o modelo norte-americano, adotando o federalismo, o presidencialismo e o controle difuso de constitucionalidade. De acordo com Paixão e Bigliassi, o constitucionalismo brasileiro constitui um “processo híbrido”, no qual diferentes matrizes teóricas e institucionais se combinam para moldar um sistema constitucional complexo e em permanente reconstrução (Paixão; Bigliassi, 2020).

O estudo do constitucionalismo anglo-saxônico e suas repercussões no Brasil não implica apenas na compreensão da origem de institutos jurídicos específicos, mas no reconhecimento das bases filosóficas, políticas e sociais que orientaram a formação do próprio Estado brasileiro. A análise histórica, conforme defendem Paixão e Bigliassi, permite visualizar como a forma constitucional se estabilizou ao longo do tempo e como suas influências continuam presentes no constitucionalismo contemporâneo (Paixão; Bigliassi, 2020).

Este estudo, em apertadas linhas, portanto, pretende examinar as características essenciais dessas tradições constitucionais e identificar suas principais contribuições para a estrutura constitucional brasileira, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais, à limitação do poder e à organização institucional.

2 O constitucionalismo inglês: a liberdade como herança histórica

A estrutura constitucional inglesa configura-se, desde suas origens medievais até a consolidação moderna, como um processo histórico em que a noção de liberdade — sobretudo entendida como proteção contra o arbítrio do poder — foi sedimentada por meio de dispositivos jurídicos, práticas políticas e uma cultura institucional própria. Ao contrário de modelos constitucionais codificados, o constitucionalismo inglês desenvolveu-se por acumulação: cartas régias, atos parlamentares, jurisprudência dos *Common Law* e convenções políticas interagiram para produzir um regime no qual a lei e as instituições limitam o exercício do poder público e garantem prerrogativas individuais. Essa trajetória, que atravessa marcos como a *Magna Carta* (1215), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689), fundou o que hoje se designa por *rule of law* e pela primazia do Parlamento como *locus* central da soberania política.

2.1 Gênesis histórica: da *Magna Carta* às práticas parlamentares

A *Magna Carta* de 1215 ocupa posição emblemática no imaginário do constitucionalismo inglês por ter introduzido a ideia de que mesmo o rei estaria sujeito a limites jurídicos e por proclamar garantias processuais elementares — proteção contra detenções arbitrárias, acesso à justiça e regras sobre tributos feudais. Embora seu caráter original fosse essencialmente conciliatório entre rei e barões, a carta acabou por ser reinterpretada, revalidada e incorporada à tradição jurídica como antecedente de princípios constitucionais mais amplos; sua simbolização do princípio de que ninguém está acima da lei tornou-se um pilar retórico e prático da tradição inglesa.

Com o tempo, e especialmente a partir das crises dos séculos XVI e XVII, cristalizaram-se instrumentos destinados a limitar o poder executivo: o *Habeas Corpus* moderno, sancionado no Ato de 1679 do Parlamento inglês, instituiu procedimentos para impugnar prisões arbitrárias e exigiu a imediata apresentação do preso perante a autoridade judiciária, reforçando o controle judiciário sobre restrições à liberdade pessoal; já o *Bill of Rights* de 1689, resultado da Revolução Gloriosa, consolidou a supremacia parlamentar, vedando certas práticas monárquicas (como tributação sem consentimento do Parlamento) e enunciou liberdades políticas básicas que seriam tratadas como direitos dos ingleses (*rights of englishmen*). Esses eventos não apenas limitaram o monarca, mas também institucionalizaram mecanismos republicanos de responsabilização e fiscalização política dentro de uma monarquia constitucional.

2.2 *Common Law* e a doutrina da liberdade

A tradição do *Common Law*, com sua ênfase em precedentes processuais, constituiu o substrato prático por onde se materializou a proteção das liberdades. A doutrina inafastável de William Blackstone (*Commentaries on the Laws of England*) sistematizou o pensamento jurídico inglês no século XVIII, influenciando significativamente concepções sobre direitos, propriedade e limitações do Estado — com forte influência nas colônias americanas. A combinação entre *Common Law* e a Doutrina Blackstoniana traduziu a liberdade em regras aplicáveis, com uma linguagem jurídica que se difundiu alhures, formando um legado transmissível por meio de ensinamentos e fontes jurídicas (Blackstone, 1979).

2.3 Princípios estruturantes: *rule of law*, soberania parlamentar e convenções

Do ponto de vista teórico, a tradição inglesa foi sumariamente formulada pelo jurista Albert Venn Dicey no século XIX, que identificou como princípios fundamentais a soberania do Parlamento e o *rule of law* — entendido, entre outros aspectos, como igualdade perante a lei, predominância das decisões judiciais sobre atos administrativos arbitrários e proteção das liberdades civis por meio do direito comum. Todavia, a constituição inglesa não se reduz a textos ou princípios formais: ela está alicerçada em regras não codificadas e em convenções políticas (por exemplo, o papel do Primeiro-Ministro e a formação de governo), o que permite flexibilidade, mas também exige apreensão histórica para compreender como a liberdade se realiza concretamente dentro de instituições mutáveis (Dicey, 1985).

2.4 Liberdade como herança social e política: cultura, remédios e resistências

A “liberdade” no contexto inglês é multifacetada: é ao mesmo tempo liberdade processual (proteções contra prisões arbitrárias), liberdade política (representação parlamentar, voto — ainda que historicamente restrito), e liberdade econômica (respeito à propriedade através de regras jurídicas estáveis). Mais do que enunciados formais, essa liberdade foi construída por práticas sociais — litígios, *Habeas Corpus*, a atuação dos magistrados, a pressão de parlamentos locais e centrais — que criaram rotinas de proteção e responsabilização do poder. Autores contemporâneos que escrevem sobre *rule of law* e a história constitucional demonstram que esse patrimônio não é estágio final e imutável, mas uma tradição em constante mutação, sensível a crises (guerra, terrorismo, emergências) que testam os limites entre segurança e liberdade.

2.5 Do patrimônio inglês ao contexto brasileiro: notas sobre transmissões e adaptações

Embora o constitucionalismo inglês seja, em sua forma, um sistema não codificado e enraizado em práticas institucionais específicas, seus institutos foram recepcionados por outras ordens jurídicas, inclusive pelo Brasil. Instrumentos como o *habeas corpus*, percepções sobre direitos fundamentais e a tradição do *rule of law* foram adaptados — ora por assimilação direta, ora por doutrinas europeias e americanas — ao longo das constituições brasileiras. Importante, contudo, reconhecer as transformações: a recepção implicou recombinações institucionais, por exemplo, a inserção em um texto constitucional rígido, diferente do sistema de fontes inglês e a adequação a realidades sociais, políticas, jurídicas e históricas locais. Assim, a herança inglesa da liberdade chegou ao Brasil mais como repertório de remédios e princípios do que como um

pacote institucional fechado.

3 O constitucionalismo norte-americano: a liberdade como construção racional

O constitucionalismo norte-americano representa uma virada decisiva na história das instituições políticas ocidentais. Diferente do modelo inglês, assentado na acumulação histórica e no aperfeiçoamento progressivo das tradições jurídicas, o constitucionalismo dos Estados Unidos nasce de um ato deliberado de razão política: uma convenção constituinte convocada para elaborar um documento normativo que organizasse o novo Estado independente. A Constituição de 1787, ao sistematizar competências, estruturar poderes e incorporar mecanismos de limitação recíproca entre eles (*checks and balances*), inaugura aquilo que muitos autores chamam de engenharia constitucional (*constitutional engineering*), isto é, a criação consciente e sistemática de uma ordem constitucional orientada por princípios teóricos previamente definidos (Ackerman, 1969).

O contexto que antecede a Constituição norte-americana — a independência, a ruptura com o absolutismo e o repúdio às práticas consideradas tirânicas da Coroa britânica — é fundamental para compreender a centralidade da liberdade na experiência constitucional dos Estados Unidos. Como observa Gordon S. Wood, a Revolução Americana foi menos um movimento social e mais um movimento intelectual, baseado na convicção de que “o poder tende à expansão e deve ser contido por arranjos institucionais racionais” (Wood, 1969). Essa percepção é compartilhada pelos *Federalist Papers* (85 ensaios publicados entre 1787 e 1788 que explicam a lógica do novo governo federal americano), nos quais James Madison afirma que “se os homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário; se fossem governados por anjos, nenhuma limitação ao governo seria necessária” (Hamilton; Madison; Jay, 2003). A liberdade, portanto, não surge como herança, mas como resultado de um cálculo racional destinado a impedir a tirania.

3.1 A Convenção da Filadélfia e o ideal de constituição escrita e rígida

A Constituição dos Estados Unidos rompe com a tradição inglesa ao adotar, pela primeira vez, de forma plena, uma Constituição escrita, superior às demais normas e modificável apenas por procedimento especial. Trata-se de um marco teórico: a constituição não é mais a soma dos costumes, decisões judiciais e convenções políticas, mas um texto único, coerente e dotado de supremacia normativa. Para Bruce Ackerman, esse modelo dá origem ao

“constitucionalismo dualista”, no qual momentos de criação constitucional são distintos e superiores ao cotidiano legislativo ordinário (Ackerman, 1991).

A rigidez constitucional foi também uma forma de garantir estabilidade e permanência ao pacto federativo, tema central no debate norte-americano da época. Alexis de Tocqueville, ao analisar o sistema político dos Estados Unidos, destacou que a Constituição “é uma obra de razão e não de tradição”, construída como um mecanismo institucional destinado a harmonizar a liberdade dos indivíduos com a autoridade do governo central (Tocqueville, 1998).

3.2 Separação de poderes e *checks and balances*: liberdade por arquitetura institucional

O constitucionalismo norte-americano incorpora uma concepção sofisticada de separação de poderes, inspirada em Montesquieu, mas reinterpretada com base nas necessidades do novo Estado federal. Enquanto Montesquieu descrevia um sistema inglês de separação funcional, os norte-americanos formalizaram um modelo de controles recíprocos, no qual cada poder detém instrumentos para limitar os outros. Segundo Madison, a liberdade somente pode ser assegurada se “ambição for posta contra ambição”, isto é, se cada poder tiver incentivos institucionais para conter o outro (Hamilton; Madison; Jay, 2003).

Esse desenho institucional, que envolve veto presidencial, *impeachment*, aprovação pelo Senado de nomeações, competência exclusiva da Câmara para iniciar projetos tributários e controle judicial, torna-se paradigma de limitação do poder e defesa da liberdade individual. Cass Sunstein observa que os *checks and balances* criam um sistema de “fricção produtiva”, no qual o conflito institucional impede a concentração nociva de poder e protege o espaço democrático (Sunstein, 2003).

3.3 O *Bill of Rights* e a constitucionalização das liberdades civis

A *Constituição de 1787* não incluía originalmente um catálogo explícito de direitos fundamentais — o que gerou forte oposição dos chamados antifederalistas. Para obter apoio à ratificação, os federalistas comprometeram-se a aprovar, logo nos primeiros anos da República, um conjunto de emendas que afirmassem liberdades individuais especialmente protegidas. Nasce, então, o *Bill of Rights* (1791), que consolida, no texto constitucional, garantias como a liberdade de expressão, a liberdade religiosa, a proibição de buscas e apreensões arbitrárias, o devido processo legal e o direito ao júri.

Como destaca Bernard Bailyn, o *Bill of Rights* é fruto de uma “cultura política

obsessivamente vigilante contra o poder”, articulada desde o período colonial e intensificada no momento revolucionário (Bailyn, 1992). Trata-se de um documento que expressa o medo da tirania e a necessidade de inscrever, de forma textual e categórica, as proteções indispensáveis ao cidadão.

3.4 O controle judicial de constitucionalidade: a Suprema Corte como guardião da liberdade

Outro elemento distintivo do constitucionalismo norte-americano é o desenvolvimento do controle judicial de constitucionalidade, especialmente após a decisão *Marbury vs. Madison* (1803). A Suprema Corte, ao assumir a autoridade de interpretar a Constituição e invalidar leis contrárias a ela, consolidou o que se tornou referência mundial: o *judicial review*. Para Alexander Bickel, esse mecanismo funciona como uma “câmara de reflexão contra-majoritária”, preservando direitos e princípios constitucionais mesmo contra maiorias políticas momentâneas (Bickel, 1986).

Ronald Dworkin complementa que a Suprema Corte, ao decidir questões constitucionais fundamentais, afirma uma concepção de liberdade como integridade: coerente, racional e comprometida com valores constitucionais que transcendem preferências políticas temporárias (Dworkin, 1996).

3.5 Liberdade como projeto racional e não como tradição

Se na tradição inglesa a liberdade se forma historicamente, nos Estados Unidos ela se apresenta como produto de uma elaboração teórica deliberada. Trata-se de uma liberdade estruturada por princípios escritos, mecanismos institucionais planejados e remédios jurisdicionais solidificados. A racionalidade constitucional norte-americana produz um modelo que combina:

- i. liberdade individual garantida por texto normativo;
- ii. instituições desenhadas para impedir o abuso de poder;
- iii. controle judicial capaz de defender direitos contra maiorias;
- iv. federalismo que distribui poder e limita o governo central.

Como sintetiza Laurence Tribe, a Constituição norte-americana é “um texto racionalmente construído para preservar a liberdade em uma sociedade pluralista”, razão pela qual influenciou constituições de inúmeras democracias ao longo dos séculos XIX e XX (Tribe, 2000).

4 As influências no constitucionalismo brasileiro

A formação do constitucionalismo brasileiro constitui resultado de um processo histórico híbrido, marcado pela fusão de elementos do constitucionalismo inglês e norte-americano, reinterpretados à luz da realidade política, social e institucional do país. Diferentemente dos modelos europeu e estadunidense, forjados a partir de revoluções que consolidaram o poder do Parlamento ou o governo representativo, o constitucionalismo brasileiro nasceu de cima para baixo, como um projeto das elites dirigentes que buscavam simultaneamente limitar e legitimar o Poder Executivo. Essa tensão estrutural entre liberdade e autoridade, entre governo representativo e centralização explica por que a influência inglesa e norte-americana não foi transplantada de maneira pura, mas adaptada às características do Estado brasileiro em formação (Paixão; Bigliasi, 2020).

A recepção do constitucionalismo inglês manifestou-se especialmente na incorporação do princípio da legalidade, do *habeas corpus* e da concepção de que a liberdade é um bem anterior ao próprio Estado (Bobbio, 2000). Ainda na Constituição de 1824, o instituto do *habeas corpus* foi acolhido como instrumento de tutela da liberdade individual, aproximando o Brasil das tradições inglesas consagradas em documentos como a *Magna Carta* (1215), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689) (Enterría, 2003). Para muitos autores, esse acolhimento representou uma “transposição civilizatória”, na qual a cultura jurídica luso-brasileira buscou legitimar-se por meio de instituições associadas ao ideal de liberdade herdado do direito inglês (Comparato, 2015).

O constitucionalismo norte-americano, por sua vez, exerceu impacto decisivo sobre a organização política do Brasil especialmente a partir da Constituição de 1891, que adotou o presidencialismo, o federalismo e a separação rígida dos poderes (Schwarcz; Starling, 2015). A inspiração federativa estadunidense permitiu a reorganização do pacto político brasileiro após a queda do Império, embora tenha sido reinterpretada para se ajustar a um território marcado por desigualdades regionais e forte centralização burocrática. Como observa Paulo Bonavides, o federalismo brasileiro sempre foi “mais jurídico do que sociológico” (Bonavides, 2019), indicando que a forma federativa inspirada nos Estados Unidos não encontrou paridade na realidade política e econômica regional.

Além disso, a tradição americana influenciou a adoção do controle de constitucionalidade, inicialmente difuso, com inspiração direta no caso *Marbury vs. Madison* (1803) (Sustein; Vermeule, 2020). Embora esse modelo tenha sido incorporado de maneira gradual, sua presença no constitucionalismo brasileiro reforçou a aspiração de que o Judiciário seria o guardião da

Constituição. A partir de 1988, a ampliação do controle abstrato aproximou o Brasil de modelos europeus, mas sem abandonar a raiz norte-americana do controle difuso de constitucionalidade (Mendes; Branco, 2022).

Entretanto, a Constituição de 1988 representa o ponto mais elevado desse processo de síntese. Ao combinar uma ampla carta de direitos fundamentais (de inspiração liberal inglesa), mecanismos participativos e garantias institucionais (influência norte-americana), e ainda incorporar elementos do Estado Social europeu, a Constituição de 1988 construiu um modelo singular, que Luís Roberto Barroso denomina “constitucionalismo democrático tardio” (Barroso, 2012). A proteção da liberdade, do devido processo legal, do controle de poderes e da supremacia constitucional demonstram a permanência das influências anglo-saxãs em nossa cultura jurídica.

Não obstante, a aplicação prática dessas ideias tem sido marcada por tensões próprias do desenvolvimento político brasileiro. O presidencialismo de coalizão, a exacerbação do Executivo, a fragmentação partidária e o peso crescente do Judiciário configuram um arranjo institucional que combina influências estrangeiras com dinâmicas nacionais. Assim, o constitucionalismo brasileiro não se limita a reproduzir modelos, mas conforma-se como um sistema próprio, marcado pela mestiçagem institucional e pela constante busca de equilíbrio entre liberdade, autoridade e democracia constitucional (Avritzer, 2018).

5 Conclusão

Concluindo este estudo, convém retomar os elementos centrais examinados e articulá-los em uma visão integrada que permita avaliar, com precisão, a natureza e a profundidade das influências do constitucionalismo inglês e norte-americano sobre o ordenamento jurídico e a cultura constitucional do Brasil. A análise histórica e comparada realizada evidencia que não houve — e não poderia haver — simples transferência mecânica de institutos: as matrizes anglo-saxãs chegaram ao Brasil atravessadas por mediações políticas, culturais e jurídicas que resultaram em um processo de recepção seletiva, criativa e muitas vezes híbrida (Paixão; Bigliadi, 2020).

Em primeiro lugar, do constitucionalismo inglês permanece, como legado duradouro, uma concepção prática de liberdade fundada em remédios jurídicos e em uma cultura institucional que privilegia procedimentos de proteção individual. O *habeas corpus*, os princípios do *rule of law* e a tradição do *Common Law* — ainda que adaptados a um sistema romano-germânico codificado — trouxeram para o Brasil uma matriz de proteção processual e uma sensibilidade à

ideia de que a lei deve tutelar a liberdade frente ao poder estatal. Essa influência se manifesta, em especial, na incorporação de remédios constitucionais e de entendimentos doutrinários que fortalecem a tutela judicial da liberdade individual (Dicey, 1982).

Em segundo lugar, o constitucionalismo norte-americano ofereceu ao Brasil elementos de engenharia institucional que moldaram opções estruturais decisivas: a adoção do presidencialismo, o federalismo como forma de organização política e, sobretudo, a noção de Constituição escrita e rígida com mecanismos de controle jurisdicional. A experiência dos Estados Unidos mostrou que a liberdade pode ser construída por desenho institucional racional de separação de poderes, *checks and balances* e controle judicial — e essa ideia influenciou profundamente escolhas constituintes brasileiras, particularmente a partir da República de 1891 e mais recentemente na estrutura de garantias e controle inseridas na Constituição de 1988 (Hamilton, 2003).

Contudo, a recepção não foi linear nem isenta de tensões. O Brasil experimentou um trajeto próprio onde, muitas vezes, a adoção formal de mecanismos inspirados no exterior conviveu com dificuldades de efetivação prática: o presidencialismo brasileiro evoluiu para formas de hiper-presidencialismo e presidencialismo de coalizão com dinâmicas que fragilizam o equilíbrio pretendido pelos modelos clássicos; o federalismo, importado do paradigma norte-americano, convive com desigualdades regionais e centralização fiscal que reduzem a autonomia subnacional; o controle judicial, por sua vez, foi ampliado a ponto de conferir ao Judiciário um protagonismo que suscita debates sobre ativismo e legitimidade democrática. Assim, a influência anglo-saxã foi transformada pela realidade política e social brasileira, dando origem a um constitucionalismo mestiço, marcado por ambições liberais e por limites institucionais concretos (Bonavides, 2019).

Outro ponto essencial — e que merece destaque pormenorizado — é a convergência existente entre as duas tradições quanto à função dos direitos fundamentais. Tanto o legado inglês quanto o projeto norte-americano contribuíram para colocar a liberdade no centro do discurso constitucional; porém, sua operacionalização difere: enquanto a tradição inglesa enfatiza remédios processuais e práticas evolutivas, a tradição norte-americana privilegia textualidade, rigidez e judicialização da proteção. No Brasil, a Constituição de 1988 combinou essas lógicas ao incorporar um extenso catálogo de direitos e mecanismos de tutela (ação de *habeas corpus*, mandado de segurança, ação direta de inconstitucionalidade etc.), gerando um sistema que busca garantir a liberdade por múltiplas vias: normativa, institucional e jurisdicional (Barroso, 2012).

Em termos metodológicos e teóricos, a leitura comparada proposta neste texto revela a utilidade de uma abordagem genealógica e funcional: genealógica, porque permite entender as

origens e as sedimentações históricas que tornam plausível a recepção de institutos; funcional, porque examina a razão prática de cada instituto à luz dos problemas que se pretendeu solucionar no Brasil. Essa dupla perspectiva evita tanto o anacronismo quanto o provincianismo — isto é, impede atribuir às instituições brasileiras uma origem monolítica e, ao mesmo tempo, impede rejeitar a influência externa como irrelevante (Tocqueville, 1998).

Quanto às implicações contemporâneas e aos desafios para o futuro imediato do constitucionalismo brasileiro, podem-se destacar quatro linhas de problematização e ação:

- i. **Reequilíbrio institucional:** a persistência de distorções no funcionamento dos poderes (Executivo hegemônico, Legislativo fragmentado, Judiciário em patamar de grande protagonismo) impõe a necessidade de reformas que preservem a essência dos *checks and balances* sem comprometer a representatividade democrática. A busca por instrumentos que reforcem mecanismos de responsabilização e transparência é premente (Sustein, 2013).
- ii. **Efetividade dos direitos:** a ampla gama de direitos inscrita na Constituição de 1988 exige políticas públicas e capacidade administrativa para sua realização. A mera recepção formal de direitos de matriz anglo-saxã não garante sua efetividade; é necessário investimento institucional e normativo para transformar direitos em possibilidades reais (Comparato, 2015).
- iii. **Diálogo constitucional:** o pluralismo de influências recomenda a construção de um diálogo contínuo entre doutrina, jurisprudência e práticas políticas. O Brasil beneficia-se do estudo comparado e da criatividade normativa: a adoção de melhores práticas (sem imitação acrítica) pode aprimorar a proteção da liberdade e da democracia (Tribe, 2000).
- iv. **Proteção em tempos de crise:** as tradições inglesa e norte-americana oferecem repertórios distintos para o enfrentamento de emergências. A lição prática é que mecanismos de proteção da liberdade devem ser robustos mesmo em situações excepcionais, com limites claros e garantias processuais que evitem abusos (Dworkin, 1996).

Por fim, é possível afirmar que o constitucionalismo brasileiro é simultaneamente herdeiro e autor: herdeiro de tradições inglesas e norte-americanas que moldaram concepções e técnicas jurídicas sobre a liberdade; autor, porque transformou, combinou e recriou esses elementos à luz de uma realidade nacional singular. Essa tensão entre herança e criação é, em última instância, o motor do desenvolvimento constitucional: o Brasil não apenas replica modelos, mas experimenta e renova o constitucionalismo, tornando-o adequado às suas necessidades políticas e sociais. Reconhecer essa dinâmica é condição para promover reformas

sensíveis à história, às instituições e ao futuro democrático do país.

Referências

- ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- AVRITZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. São Paulo: Schwarcz, 2018.
- BAILYN, Bernard. *The Ideological Origins of the American Revolution*. Cambridge: Harvard University Press, 1992.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BERMAN, Harold. *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. Chicago: University of Chicago Press, 1979 (edição fac-similar).
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BOGDANOR, Vernon. *The New British Constitution*. Oxford: Hart Publishing, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução na França*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CRAIG, Paul; BELLAMY, Richard (org.). *The Cambridge Companion to the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982 (1ª ed. 1885).
- DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2003.
- FINER, Samuel. *The History of Government from the Earliest Times*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. New York: Signet, 2003.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- KRAMNICK, Isaac. *The Portable Edmund Burke*. New York: Penguin, 1999.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Trad. Magda Lopes. Petrópolis: Vozes, 1994.

- MATTEUCCI, Nicola. *Organização do poder e liberdade: história do constitucionalismo moderno*. Brasília: UNB, 1998
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *O Constitucionalismo e suas tradições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- NATIONAL ARCHIVES (Reino Unido). *Magna Carta (1215)*. Londres, 2020. Disponível em: <https://www.nationalarchives.gov.uk>. Acesso em: 18 nov. 2025.
- PAIXÃO, Cristiano; BIGLIASSI, Renato. *História Constitucional Inglesa e Norte-Americana: Do Surgimento à Estabilização da Forma Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2020
- PALLARES-BURKE, Maria Lúcia. *O constitucionalismo e suas matrizes históricas*. São Paulo: Edusp, 2007.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- SUNSTEIN, Cass. *Why Societies Need Dissent*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- VERMEULE, Adrian. *Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State*. Cambridge: Harvard University Press, 2020.
- THOMPSON, E. P. *Senhores e Caçadores*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.
- UNITED KINGDOM. Parliament. *Bill of Rights 1689*. Londres, 1689. Disponível em: <https://www.parliament.uk>. Acesso em: 15 nov. 2025.
- UNITED KINGDOM. Parliament. *Habeas Corpus Act 1679*. Londres, 1679. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk>. Acesso em: 15 nov. 2025.
- WOOD, Gordon S. *The Creation of the American Republic: 1776–1787*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1969.

A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COM RELAÇÃO À DEFICIÊNCIA

Claudia Perini Mantovani⁶⁹

1 Introdução

O estudo trata da Hermenêutica Constitucional com relação à Equidade e à Deficiência, com o objetivo de assegurar os direitos às pessoas com alguma deficiência. Além disso, a vinda da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi relevante para assegurar a igualdade de tratamento com relação aos direitos das pessoas com deficiência em relação às demais pessoas. Assim sendo, os Tratados Internacionais e o Estatuto da Pessoa com Deficiência surgiram para outorgar direitos e proteger às pessoas com deficiência, sem que haja discriminações.

Portanto, esta pesquisa irá mostrar que o surgimento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi um marco relevante, porque simbolizou uma conquista respeitável na outorga dos direitos das pessoas com alguma deficiência, para que essas pudessem estabelecer relações saudáveis e construtivas com outros membros existentes nos grupos familiar, escolar, profissional e comunitário, sem que houvesse a ocorrência de qualquer discriminação.

Entretanto, este artigo irá demonstrar que a vinda da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veio assegurar a aplicação dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Isonomia para as pessoas com alguma deficiência, em virtude destas terem os mesmos direitos de participarem na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo, portanto, inadmissível a ocorrência de qualquer forma de discriminação no ambiente social. Além disso, irá apresentar os Tratados Internacionais e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que versam a respeito da proteção e dos direitos das pessoas com alguma deficiência.

Logo, o presente estudo está dividido em dois itens, que são os seguintes: o primeiro item irá relatar a Hermenêutica Constitucional com relação à Equidade, enquanto o segundo item irá narrar a Hermenêutica Constitucional com relação à Deficiência, cujos assuntos são relevantes e estão presentes nos nossos dias atuais com relação à igualdade de todos perante a lei, sem que haja a ocorrência de qualquer tipo de discriminação entre as pessoas.

⁶⁹ Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos pela Universidade Federal Fluminense (PPGDIN – UFF),
E-Mail: claudiaperinimantovani@gmail.com; claudiapm@id.uff.br Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/6684834019408254>; Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-7244-9597>.

Assim sendo, esta investigação irá proporcionar uma leitura satisfatória na área jurídica, ao mesmo tempo em que irá fornecer conhecimentos para a vida profissional e acadêmica do Direito, em que devemos sempre resguardar os direitos das pessoas com alguma deficiência.

2 A hermenêutica constitucional com relação à equidade

A Hermenêutica Constitucional orienta o intérprete a fazer a análise das normas constitucionais, em que os métodos de interpretação jurídica são considerados modelos conceituais que definem os parâmetros para a aplicação da norma jurídica ao caso concreto, quando o magistrado avaliar e julgar as demandas judiciais (Slaibi Filho, 2001, p. 75).

Assim sendo, a Hermenêutica consiste no entendimento do texto com o uso da inteligência de nós percebermos qual é a intenção do conteúdo apresentado pelo autor. Então, a Hermenêutica Jurídica permite que o magistrado venha compreender e aplicar as normas jurídicas de maneira eficaz. Neste caso, o jurisconsulto procura analisar, entender e compreender a regularização das normas jurídicas existentes no Sistema Jurídico, com o intuito de modificar a Constitucionalização do Direito Privado que evidencia a crescente importância dos Princípios Constitucionais que determinaram as relações jurídicas entre as pessoas físicas e as pessoas jurídicas de forma equilibrada e procurando respeitar a autonomia da vontade das partes litigantes, cabendo, com isso, o magistrado proferir a sua decisão jurisdicional. Assim sendo, a Hermenêutica deve ponderar ou avaliar cuidadosamente as normas jurídicas estabelecidas de forma geral e abstrata, que são aplicadas em diferentes situações e casos específicos, bem como também averiguar a realidade concreta determinada no processo jurídico (Leiria; Ley, 2013).

Entretanto, a Hermenêutica e a Interpretação possuem ideias, termos ou definições com significados diferentes. A Hermenêutica é a metodologia da interpretação dos textos escritos, em que visa compreender o significado implícito e a intenção do autor. Já a Interpretação dos textos escritos relata a fixação das conexões e interações dos diversos textos com o momento atual, com o intuito de serem utilizados nas novas relações jurídicas e colocá-los na prática jurídica. Assim sendo, o magistrado precisa determinar a vinculação do texto jurídico proveniente do momento pregresso para ajustá-lo à vida atual sem distanciar do passado e com projeções para o futuro (Leiria; Ley, 2013).

Por outro lado, Carlos Maximiliano sustenta que a Hermenêutica é essencial para a interpretação precisa e profunda de qualquer texto. Apesar da origem distinta, é usual o emprego dos termos “ Interpretação” e “Hermenêutica” como sendo sinônimos, mas os conceitos desses dois termos não são duvidosos e equívocos. Então, esse doutrinador também alega, que foi

considerado um dos precursores com relação à análise, ao entendimento e à compreensão das normas, dos valores e dos conhecimentos jurídicos, para que a prática jurídica fosse um procedimento fundamental no campo de atuação do Sistema Jurídico. Além disso, o próprio autor afirmou também que a Hermenêutica Jurídica tem a finalidade de adquirir conhecimentos jurídicos referentes à organização e à estruturação do processo de aprendizagem para simplificar e compreender melhor os assuntos jurídicos (Leiria; Ley, 2013).

Entretanto, Paulo Bonavides sustenta que não há possibilidade da Hermenêutica Tradicional ser adotada nos direitos fundamentais, em virtude de estes somente serem materializados com relação à sua existência real e concreta. Assim sendo, esse doutrinador afirma também que é inadmissível a interpretação dos direitos fundamentais previstos nas normas constitucionais, em que nós percebemos que essas devem ser compreendidas e colocadas em prática até a sua revogação por outra norma constitucional (Leiria; Ley, 2013).

Portanto, a Interpretação do Direito consiste em ser um processo de transformação dos textos legais em normas durante a realização da decisão judicial na causa jurídica. Neste caso, nós percebemos que a interpretação dos textos legais e das normas jurídicas estabelece ligações imediatas com o Ordenamento Jurídico. Então, a interpretação do Direito determina o sentido das expressões normativas ou jurídicas e aponta os limites da atuação da norma jurídica. Assim sendo, a interpretação jurídica está presente em todos os períodos do processo de construção normativa do sistema jurídico, com o objetivo de serem fixadas as suas relevância e credibilidade no âmbito jurídico que abrange todas as questões relacionadas ao Direito, à Justiça, à interpretação das leis e regulamentos até a solução dos conflitos de interesses existentes entre as partes litigantes (Slaibi Filho, 2001, p. 76).

No entanto, a interpretação das normas constitucionais deve levar em consideração a força impositiva da Constituição Federal. Então, nós percebemos que o princípio da interpretação conforme a Constituição não deve ser aplicado às normas constitucionais, mas pode ser adotada nas normas infraconstitucionais que regulamentam e complementam as disposições constitucionais. Assim sendo, as normas infraconstitucionais, que são compreendidas por leis, regulamentos e regras, estão hierarquicamente abaixo da Constituição Federal (Slaibi Filho, 2001, p. 77).

Portanto, Peter Häberle sustenta a respeito da interpretação da Constituição referente ao conjunto de abordagens, caminhos e meios empregados para extrair o significado das normas constitucionais. Então, a Constituição do país é constituída do conjunto de normas e princípios constitucionais que visam regulamentar a organização do estado e assegurar os direitos e os deveres dos cidadãos, dentre eles poderemos mencionar as garantias fundamentais, com o intuito de atender as necessidades coletivas e promover o bem-estar da população, tais como saúde, educação,

transporte e segurança pública, bem como também compreender o funcionamento da sociedade através da diversidade cultural e da maneira comportamental das pessoas (Leiria; Ley, 2013).

Entretanto, Gustavo Binbenbim alega que não poderá existir superioridade absoluta do interesse público em relação ao interesse privado, pois esse juridicamente tutelado compõe o interesse público em sentido amplo que procura valorizar os interesses compartilhados por uma coletividade que almeja a proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, com o intuito de garantir a igualdade entre os indivíduos, nos termos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Leiria, Ley, 2013).

Por outro lado, o Constitucionalismo Contemporâneo surgiu após a finalização da Segunda Guerra Mundial em 1945 e foi muito importante, porque se empenhou em diversas perspectivas relacionadas à democracia, à dignidade humana, ao controle da constitucionalidade, à validação dos Princípios Constitucionais e à Interpretação Constitucional. Além disso, o reconhecimento da força e do poder das Constituições e o avanço do Estado Social foi decisivo com relação à consideração e à integração dos grupos vulneráveis, dentre eles poderemos mencionar as pessoas com alguma deficiência (Lazari; Nishiyama, 2020, p. 241).

No entanto, a importância e a integração das pessoas com alguma deficiência refletiu os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial durante o período de 1939 a 1945 e os momentos de formação e de caracterização dos tratados internacionais a respeito dos direitos humanos depois dos anos de 1950, fazendo com que viesse a ser elaborada a Emenda Constitucional nº 12/ 1978, para tratar da temática sobre as pessoas com deficiência, assegurando-lhes, com isso, melhoramento nas suas situações sociais e econômicas, bem como também o impedimento de ocorrência de qualquer forma de discriminação na sociedade. Assim sendo, a vinda da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi um marco relevante para a importância e a integração das pessoas com alguma deficiência, que conquistaram alguns direitos referentes à acessibilidade aos edifícios e aos espaços destinados ao uso coletivo, à aposentadoria por invalidez permanente, à defesa e a sua inclusão e a sua participação na sociedade em plena igualdade com as demais pessoas tanto nas alçadas constitucional e infraconstitucional (Lazari; Nishiyama, 2020, p. 242-243; BRASIL, 1978).

Portanto, a vinda do Estado Democrático de Direito possibilitou a realização de valores da convivência humana e o surgimento da expressão jurídica da democracia liberal, em que não ficou mais comprometido com o conteúdo do Positivismo Jurídico. Então, o Direito começou a percorrer o caminho da Hermenêutica Jurídica, em que precisamos estabelecer os métodos de compreensão legal que é essencial para a aplicação do Direito e o entendimento do seu significado, em virtude da legislação vigente não prever todas as suposições e as viabilidades que poderão acontecer futuramente, fazendo, com que, se desprendesse da relação concorrida entre os Poderes Legislativo,

Judiciário e Executivo e passasse o controle para a Jurisdição Constitucional que é considerada a área fundamental do Sistema Jurídico e é a norma suprema do estado com relação à fixação dos Princípios Jurídicos fundamentais e dos direitos e deveres dos cidadãos. Assim sendo, o Constitucionalismo Contemporâneo é também denominado de Constitucionalismo Moderno ou Pós-Positivista, porque reivindica um novo procedimento de entendimento, compreensão e aplicação das disposições contidas na Constituição de maneiras adequada e eficaz, bem como também analisar juridicamente a lei diante das condições mutáveis da coletividade a que se dirige e sem desconsiderar o próprio Direito. Neste caso, o Direito evoluiu com avanços e retrocessos, em que passou por uma contínua evolução em diversas áreas jurídicas que compõem o Sistema Jurídico, em que esse está sempre atento às necessidades de transformação e progresso na sociedade (Carneiro; Caldeira, p. 3-5).

Portanto, o Jurista Luiz Roberto Barroso sustenta que o Neoconstitucionalismo representa uma mudança exemplar no Direito Constitucional que visa a valorização dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos relacionados à dignidade da pessoa humana, bem como também enfatiza a força normativa da Constituição e sua influência nas relações jurídicas através da concretização dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna Brasileira de 1988. Além disso, este magistrado afirma que surge o aumento das prerrogativas da Jurisdição Constitucional, que tem maior atuação do Poder Judiciário através da criação dos Tribunais Constitucionais no que se referem à aplicação de novas idéias, métodos e princípios da Hermenêutica Constitucional no âmbito do Direito, com o intuito de tornar os processos mais eficientes, acessíveis e adaptados às necessidades da sociedade contemporânea (Carneiro; Caldeira. p. 7-8).

Por outro lado, Lenio Luiz Streck alega a respeito da importância e do cenário da Hermenêutica, que foi instituída após a Segunda Guerra Mundial e relevante para possibilitar o revigoramento da Jurisdição Constitucional Brasileira mediante o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabeleceu mecanismos de controle de Constitucionalidade e decisões vinculantes, e métodos de compreensão legal dos textos constitucionais, para que o jurista possa encontrar a solução mais adequada para a aplicação do Direito ao caso concreto (Carneiro; Caldeira, p. 10).

Por conseguinte, as Constituições Modernas procuram definir as normas e os programas de ação e de organização a serem concretizados pelos poderes públicos, bem como também regulamentam as matérias a respeito dos direitos individuais, dos princípios fundamentais, em que consistem em ser a base de todas as normas jurídicas que se apoiam nos termos constitucionais vigentes (Slaibi Filho, 2001, p. 78).

Entretanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é um marco importante na consolidação dos direitos fundamentais no Brasil. Esses direitos representam não apenas princípios legais, mas também valores essenciais para uma sociedade democrática e justa, conforme o artigo 1º da Carta Magna de 1988. Então, este artigo estabelece que os fundamentos da República Federativa do Brasil são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Assim sendo, a referida Carta Magna de 1988 permitiu a regulamentação de vários textos legais existentes no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Estatuto da Pessoa com Deficiência, na Legislação do Inquilinato Urbano etc (Slaibi Filho, 2001, p. 87).

Portanto, os juristas brasileiros Carlos Maximiliano e Lúcio Bittencourt estruturaram as diretrizes que orientam a compreensão e a aplicação das normas contidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cujo assunto foi realizado de forma de valor muito estimada por José Alfredo de Oliveira Baracho a respeito dos comentários das diretrizes de interpretação constitucional, conforme sustenta Linares Quintana (Slaibi Filho, 2001, p. 88).

No entanto, o entendimento, a compreensão e a análise da Constituição predominam a finalidade pretendida pelo contexto constitucional. Então, a Constituição Federal está no pico da pirâmide e é conhecida como sendo a lei maior do Ordenamento Jurídico, em que deve ser observada por toda a produção normativa das regras jurídicas pelo legislador ordinário, pois a existência de qualquer violação da Carta Magna torna o ato inconstitucional e, conseqüentemente, não pode persistir na Ordem Jurídica. Neste caso, a interpretação das normas constitucionais deve respeitar o sentido original das normas constitucionais, com o intuito de serem acatados e cumpridos os objetivos e os fins a serem seguidos pelo Estado Brasileiro, que procuram orientar a interpretação e a aplicação da Constituição, influenciando, com isso, a formulação de leis e políticas públicas (Slaibi Filho, 2001, p. 91).

Por conseguinte, o legislador aceita que o magistrado analise os argumentos e profira a sua decisão judicial de forma imparcial, para tratar de um fato ocorrido no mundo real e que gerou implicações no mundo jurídico. Então, o conhecimento e a compreensão da equidade são essenciais no campo da Justiça Social, porque se procura garantir a igualdade de oportunidades e tratamento justo para todos os envolvidos na relação jurídica. Assim sendo, o juiz profere a sua decisão judicial de acordo com a sua convicção, não levando em consideração as normas jurídicas existentes no Sistema Jurídico, procurando aprimorar a norma não elaborada pelo legislador na resolução do caso concreto (Mergulhão, 2013, p. 155).

Entretanto, o magistrado deverá avaliar, ponderar ou considerar de forma cuidadosa todos os fatos jurídicos capazes de influenciar na órbita do Direito para criar, modificar ou extinguir

relações jurídicas, fazendo com que o jurisconsulto profira a sua decisão judicial de maneira que leve em consideração às particularidades e necessidades individuais dos envolvidos na demanda judicial, conforme os princípios éticos e morais. Então, nós percebemos que tanto a Hermenêutica quanto o magistrado não conseguem se manter sozinhos e são dependentes um do outro (Leiria; Ley, 2013).

Portanto, Caio Mário da Silva Pereira sustenta que o Princípio da Equidade se encontra na prática do Direito, bem como também é usado na análise, no entendimento e na compreensão do magistrado, quando for proferir o julgamento e, com isso, dando a sua própria convicção ao caso concreto. Além disso, o eminente mestre alega que o legislador não deve esquecer os seus princípios, pois o Princípio da Equidade deve ser usado para que a norma venha se fazer presente na significação de igualdade, em que a Justiça no Direito Contemporâneo envolve a igualdade e a proteção dos direitos coletivos e difusos. Então, nós percebemos que o Princípio da Equidade não está somente no trabalho de tornar flexível a norma jurídica no caso concreto, fazendo com que seja permitido várias interpretações do jurisconsulto. Assim sendo, o referido princípio torna menos rígido a aplicação da norma jurídica ao caso concreto, em que consiste em ser um conceito filosófico que consiste em realizar diversos pontos de vista no Ordenamento Jurídico vigente, fazendo com que o Operador do Direito venha atribuir uma ponderação de valores no Sistema Jurídico, com o idêntico propósito que se pretende alcançar com a flexibilização da norma jurídica (Mergulhão, 2013, p. 150-151).

Entretanto, Carlos Maximiliano alega a respeito dos objetivos do Princípio da Equidade nos seguintes termos: que o Princípio da Equidade surgiu para tornar menos intenso o teor e reduzir a severidade do texto legal e procurando, com isso, fazer análises, entendimentos e compreensões de acordo com os avanços da sociedade, pois não se deve levar em conta a existência do Ordenamento Jurídico que não se adequou e não está condizente com a nova realidade fática. Então, a Interpretação Hermenêutica procura se direcionar pelos resultados que tem grande possibilidade de acontecer nas decisões jurisdicionais a serem proferidas pelos magistrados, em que, desconsidera, com isso, a norma imperativa que não admite ser modificada e estabelece obrigações incondicionais para as partes envolvidas na relação jurídica (Mergulhão, 2013, p. 152).

Todavia, Silvio Rodrigues esclarece que o julgamento por equidade somente poderá ser aceito nos termos previstos no art. 127 do CPC de 1973. Além disso, o art. 140 do CPC de 2015 também prescreve que o juiz somente julgará por equidade nos casos previstos em lei, em que o próprio magistrado não poderá escusar-se de uma obrigação legal de proferir o julgamento jurídico com a argumentação de apresentação de lacunas ou obscuridade no Sistema Jurídico, fazendo com que venha a decidir por equidade sempre que a norma jurídica não apresente uma solução justa para

as partes litigantes envolvidas no processo judicial. Então, a Lei nº 13.105/2015 instituiu o Código de Processo Civil de 2015 e revogou o Código de Processo Civil de 1973 (Mergulhão, 2013, p. 156; Brasil, 2015).

Portanto, o Ordenamento Jurídico Brasileiro aceita a Equidade Valor porque é considerado um princípio que visa a justa solução de demandas judiciais que não podem ser resolvidas a partir da aplicação estrita da lei, com o objetivo de fazer correções de possíveis injustiças ou omissões na legislação, visando, com isso, levar em consideração os valores e as particularidades de determinado fato ocorrido no mundo real que gerou implicações no mundo jurídico. Então, nós percebemos que o Sistema Normativo não pode ser completamente fechado, pois os juristas precisam fazer uma ponderação dos valores existentes nas normas jurídicas vigentes e realizar análises, investigações e estudos imprescindíveis para compreender a primazia da adaptação jurisdicional ao processo judicial. Já a Equidade Integrativa, que visa a acrescentar a uma regra jurídica que estabelece uma diretriz geral prevista no art. 127 do CPC de 1973 e no art. 140 do CPC de 2015. Assim sendo, o Código de Processo Civil de 2015 procurou também regulamentar a Equidade Integrativa, quando revogou o Código de Processo Civil de 1973 (Mergulhão, 2013, p. 159).

Por outro lado, Washington de Barros Monteiro alega que o juiz somente pode se proteger do Princípio da Equidade quando houver a anuência expressa pelo legislador. Assim sendo, o magistrado somente julgará com equidade nas situações prescritas nas normas jurídicas e de acordo com as particularidades de cada demanda judicial, buscando, com isso, a justiça e a igualdade nos processos judiciais (Mergulhão, 2013, p. 159-160).

Por conseguinte, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atribui ao STF (Supremo Tribunal Federal) o papel de guardião da Carta Magna de 1988 para a manutenção da democracia no Brasil, conforme o Caput do art. 102 da CRFB de 1988. Então, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) é competente para atuar como guardião da uniformidade da interpretação das leis federais ordinárias, assegurando a aplicação correta e justa do Direito em todo o território nacional, bem como tem a atribuição de analisar, entender e compreender a Constituição de maneira aberta e orientada pela proteção dos direitos fundamentais nos termos previstos no inciso terceiro do art. 105 da CRFB de 1988. Além disso, o próprio STJ tem a independência, a liberdade e a autossuficiência para ingressar com a Ação de Inconstitucionalidade nos termos estabelecidos no art. 103 da CRFB de 1988 ou pelo modo secundário mediante a sua competência originária recursal ou por meio de recurso extraordinário fixados nos incisos I a III do art. 102 da CRFB de 1988, em que procura garantir a aplicabilidade nas normas constitucionais para que nós nos permitamos entender exatamente o alcance e a realizabilidade dos vários dispositivos constitucionais (Slaibi Filho, 2001, p. 92).

No entanto, o Ministro do STF (Supremo Tribunal Federal) Luiz Fux alega que a Equidade permite ao julgador analisar cada demanda judicial de forma individualizada, buscando alcançar um resultado justo e proporcional e que esteja de acordo com a legislação existente no Ordenamento Jurídico e as pretensões que vierem a se beneficiar com a sociedade. Neste caso, o magistrado deverá estar adstrito aos limites do processo judicial e dar o seu veredito em concordância com o momento atual, suprindo, com isso, a existência de lacunas no Ordenamento Jurídico. Além disso, os jurisconsultos não devem ser simplesmente os meros Operadores do Direito existente no Sistema Jurídico, bem como também deverão analisar, investigar, entender e compreender o contexto legal para adequar as normas jurídicas ao contexto contemporâneo (Mergulhão, 2013, p. 153-154).

3 A hermenêutica constitucional com relação à deficiência

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 alcançou relevância e notoriedade desde que concedeu destaque com relação à possibilidade de integrar as pessoas com alguma deficiência à sociedade, garantindo-lhes acesso igualitário a oportunidades e recursos. Então, a Carta Magna Brasileira de 1988 procurou regulamentar os direitos das pessoas com alguma deficiência, que permitiu o surgimento da Lei nº 13.146/2015 que rege o Estatuto da Pessoa com Deficiência, fazendo com que esse viesse a alterar o Regime Civil das Incapacidades, para que fossem removidos os indivíduos que tiverem enfrentando situações relacionadas aos fatores externos que envolvem uma desordem emocional decorrentes de fatores emocionais, psicológicos ou mentais da relação dos Absolutamente Incapazes, ficando somente os menores com idade abaixo de 16 (dezesesseis) anos (Branco, 2023, p. 165-166; Brasil, 2015).

Entretanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 simbolizou uma conquista respeitável na área da outorga dos direitos das pessoas com alguma deficiência, no momento em que aduz normas a respeito da proteção, da defesa, do amparo e da participação ativa das pessoas com deficiência na sociedade, para que essas pudessem estabelecer relações saudáveis e construtivas com outros membros dos grupos familiar, escolar, profissional e comunitário, sem que houvesse a ocorrência de qualquer discriminação. Hoje em dia, as pessoas com alguma deficiência têm direitos a disputarem às vagas de empregos particulares e públicos mediante a retenção dessas vagas destinadas aos candidatos com deficiência, conforme o Princípio da Igualdade prevista na Carta Magna Brasileira de 1988, que determina que os trabalhadores com alguma deficiência devem ser tratados da mesma maneira que os demais trabalhadores sem deficiência (Branco, 2023, p. 168).

Portanto, a Convenção Internacional sobre os direitos da pessoa com deficiência e seu Protocolo Facultativo de Nova Iorque e datado em 30 de março de 2007 foi ratificado pela Câmara dos Deputados em 09 de julho de 2008 através de Decreto Legislativo de nº 186. Essa Convenção Internacional foi considerada o Primeiro Tratado Internacional com semelhança à Emenda Constitucional, sendo que é conhecida como sendo a Convenção de Nova Iorque. Então, essa Convenção e o seu Protocolo Facultativo foram regularizados pelo Decreto 6.949/2009 e homologados pela Carta Magna Brasileira de 1988. Assim sendo, essa Convenção, que trata sobre os direitos humanos das pessoas com alguma deficiência, pode ter equivalência às Emendas Constitucionais e terá o mesmo status normativo-hierárquico das Emendas Constitucionais, consoante o parágrafo terceiro do artigo quinto da CRFB de 1988. Além disso, a Emenda Constitucional Nº 45 de 2004 estabelece que os tratados e as convenções internacionais referentes aos direitos humanos e que serão análogos às Emendas Constitucionais a partir do momento que venham conseguir a legalização dos assuntos, que versam a respeito dos direitos humanos nos dois turnos a serem realizados nas duas Casas do Congresso Nacional composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, desde que tenham alcançado três quintos dos votos presentes necessários para a aprovação de uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC) na Carta Magna (Leiria; Ley, 2013); (Branco, 2023, p. 170); (Brasil, 2008; 2009, 1988, ART. 5º; 2004).

No entanto, o Congresso Nacional Brasileiro homologou a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu Protocolo Facultativo de Nova Iorque através do Decreto Legislativo 186/2008. Essa Convenção Americana, que foi datada em 30 de março de 2007, passou a ter o status de Emenda Constitucional e foi legitimada pela Secretaria Geral das Nações Unidas pelo governo brasileiro em 01 de agosto de 2008, com o intuito de atualizar o texto constitucional brasileiro de 1988 e de garantir a dignidade humana e o exercício pleno dos direitos humanos com direito à inclusão social, à acessibilidade e à igualdade de oportunidades com relação às demais pessoas (Lazari, Nishiyama, 2020, p. 245); (Brasil, 2008).

Entretanto, a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com alguma deficiência foi considerado o primeiro tratado, que veio assegurar os direitos próprios das pessoas com deficiência no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos e, conseqüentemente, foi ratificada pela ONU (Organização das Nações Unidas). Então, o contexto desse tratado desempenha um papel crucial para garantir os seguintes direitos: a dignidade da pessoa humana, a participação e a inclusão social; a acessibilidade e a igualdade de oportunidades, em que os estados, a sociedade civil, as organizações internacionais e as entidades supranacionais têm a obrigação, a incumbência e a responsabilidade de proteger e preservar esses direitos fundamentais às pessoas com alguma deficiência (Branco, 2023, p. 171).

Por outro lado, a Convenção Interamericana sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência é considerada um Tratado Internacional a respeito dos direitos humanos apesar de não ter sido legalizado com o rito correspondente às modificações a serem feitas no texto constitucional, com o intuito de mantê-la atualizada diante das relevantes mudanças sociais. A referida convenção esclarece que as pessoas com deficiência têm direitos a condições justas e favoráveis no que diz respeito ao exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em igualdade de oportunidades em relação às outras pessoas. Então, o Decreto 3.956/2001 veio decretar que essa convenção passasse a ser oficialmente conhecida e válida, com o objetivo de suprimir e afastar todas as formas de discriminação contra as pessoas com alguma deficiência. Neste caso, esse tratado tem hierarquia superior em relação às outras normas jurídicas e se encontra em lugar inferior à principal lei do país que é a Constituição Federal (Branco, 2023, p. 171); (Brasil, 2001).

No entanto, o Tratado de Marraqueche é muito importante, porque procurou tornar mais fácil o acesso das obras publicadas pelas pessoas com deficiência visual. Assim sendo, esse tratado foi homologado com status de Emenda Constitucional e foi recepcionado através do Decreto 9.522/2018 e regulamentado através do Decreto 10.882/2021 (Branco, 2023, p. 173); (Brasil, 2018; 2021).

Por conseguinte, os Tratados e as Convenções Internacionais, que relatam a respeito dos direitos humanos, são imprescindíveis, quando executam uma atribuição relevante para garantir que o modelo social venha a enxergar a deficiência como sendo uma questão social, em que é resultante da interação das pessoas com alguma deficiência na sociedade. Então, a atualidade não leva mais em consideração o parecer da medicina no que diz respeito a qualquer tipo de deficiência, mas somente dá importância do tema social da inclusão e do reconhecimento dos direitos das pessoas com alguma deficiência, para que essas possam enfrentar e superar as barreiras que venham impedir as suas participações na sociedade, com o objetivo de ser construído um ambiente justo e democrático que visa garantir os mesmos direitos e oportunidades para todos os cidadãos (Branco, 2023, p. 169).

Portanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou e se comprometeu a cumprir vários tratados a respeito dos direitos humanos que compreendem a dignidade da pessoa humana e englobam o respeito à integridade física e moral, à liberdade de expressão, à igualdade de oportunidades e ao acesso a direitos básicos de cada ser humano, garantindo, com isso, os direitos fundamentais das pessoas com deficiência (Branco, 2023, p. 174).

Entretanto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência é designado como sendo a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência é regulamentado pela Lei nº 13.146/2015, que apresentou

um novo paradigma no conceito da pessoa com deficiência fundamentado no contexto estabelecido na Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiências. A referida lei procurou regularizar a Convenção da ONU (Organização das Nações Unidas) e tem como objetivo garantir e proporcionar o exercício pleno dos direitos humanos e fundamentais às pessoas com alguma deficiência, para que essas venham a ser tratadas de forma equitativa e que não sejam discriminadas pela sociedade, tencionando, com isso, a conquista da sua inclusão social e a sua condição de cidadãos na sociedade. Então, a referida Convenção determina que essas pessoas têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que podem ser obstruídas por barreiras e que venham impossibilitar a sua presença irrestrita e efetiva na sociedade com o mínimo de igualdade possível com as demais pessoas. Assim sendo, essa convenção contribuiu para corrigir desvantagens sociais e promover igualdade de condições com as demais pessoas (Branco, 2023, p. 175).

No entanto, nós percebemos que a Convenção da ONU (Organização das Nações Unidas) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência transformaram-se em relevantes ferramentas normativas constituídas de regras e diretrizes, que estabelecem os procedimentos de inclusão social para as pessoas com alguma deficiência a terem os mesmos direitos atribuídos a qualquer cidadão, bem como também essas conseguiram conquistar o acesso aos lugares públicos e privados situados nas zonas urbana e rural mesmo que apresentassem a mobilidade reduzida para utilizarem transportes públicos e edificações públicas e privadas. Além disso, a referida lei prediz que há possibilidade de serem feitas as alterações imprescindíveis e apropriadas caso forem solicitadas e desde que não ocasionem ônus desigual e injusto a fim de garantir que as pessoas com deficiência possam usá-las em situações idênticas às demais pessoas através da eliminação de obstáculos e barreiras ao acesso (Lazari; Nishiyama, 2020, p. 246); (BRASIL, 2015).

Por conseguinte, a Lei nº 13.146/2015 trouxe mudanças significativas com relação à acessibilidade e ao desenho universal. A acessibilidade é muito importante, porque concede a oportunidade das pessoas com alguma deficiência ou mobilidade reduzida de terem a condição de alcançar com segurança e autonomia os espaços, as edificações públicas e privadas e os transportes nas zonas urbana e rural. Já o desenho universal visa melhorar a acessibilidade no que diz respeito à utilização dos equipamentos, objetos e mobiliários organizados nos espaços públicos e privados por todas as pessoas, sendo que o projeto deverá ser elaborado de acordo com a acessibilidade e a usabilidade das pessoas com deficiência e sem deficiência (Branco, 2023, p. 175-176); (BRASIL, 2015).

Por outro lado, a Lei nº 10.098/2000 foi a primeira lei do Sistema Jurídico Brasileiro, que aborda a respeito da acessibilidade das pessoas com deficiência e com mobilidade reduzida. Então,

a lei supracitada e a Lei nº 13.146/2015 procuram tratar de temas no que se referem acessibilidade e desenho universal, com o intuito de garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência através da inclusão e da igualdade de oportunidades (Branco, 2023, p. 176); (BRASIL, 2000); (BRASIL, 2015).

Todavia, o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, que era denominado Plano Viver sem Limite, foi estabelecido por meio do Decreto 7.612/2011, que visava assegurar que todas as pessoas com alguma deficiência tivessem acesso aos direitos fundamentais e a uma vida digna através de programas e ações, em que contavam com as participações dos entes federativos, da sociedade civil, dos ministérios e do CONADE (Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência). Então, o Decreto 7.612/2011 foi revogado pelo Decreto 11.793/2023, que estabelece o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência com relação ao Novo Viver sem Limites, que será executado pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal, pelos Municípios e pela sociedade civil, com o objetivo das pessoas com alguma deficiência participarem em diversas relações que venham influenciar a vida em sociedade e compreender os aspectos relacionados à justiça social, à inclusão social e à equidade através da redução das barreiras e das discriminações sociais, bem como também terem acesso aos direitos humanos e fundamentais em igualdade de condições oferecidos pela sociedade (Branco, 2023, p. 178); (BRASIL, 2023).

No entanto, a Convenção sobre os Direitos Humanos das Pessoas Com Deficiência procurou admitir a relevância de projetar e adaptar ambientes físicos sociais, econômicos e culturais com a eliminação de barreiras arquitetônicas, para que sejam utilizáveis por todas as pessoas, independentemente de suas habilidades. Isso inclui a adaptação de espaços com rampas, elevadores adaptados, banheiros acessíveis e sinalização em braile ou com contraste de núcleos para as pessoas com deficiência visual. A acessibilidade também se refere à percepção de outras pessoas sem que haja preconceitos e discriminações. Assim sendo, as barreiras existentes nos ambientes físicos e sociais procuram dificultar ou impedir a realização de atividades, gerando, com isso, restrições à participação com igualdade. As pessoas com alguma deficiência terão direito à educação gratuita e de qualidade, às atividades relacionadas à cultura, ao lazer, à recreação e ao esporte, bem como também terão a garantia de que todas as pessoas, independentemente de suas limitações físicas, sensoriais ou cognitivas, consigam utilizar os meios de transporte de forma segura e autônoma, caso queiram se locomover dentro das suas cidades e desejem se deslocar para outras cidades nas suas viagens nacionais e internacionais, fazendo, com que as pessoas com alguma deficiência venham a ter o reconhecimento dos seus direitos humanos e fundamentais em igualdade de condições com relação às outras pessoas sem deficiência (Leiria; Ley, 2013).

Entretanto, a Carta Magna Brasileira de 1988 veio estabelecer que a Lei Complementar fixará as regras a respeito da produção de viaturas destinadas ao transporte público e da construção dos espaços destinados ao uso coletivo e à utilização dos edifícios públicos, bem como também irá realizar as adequações necessárias da frota existente no transporte público e das construções antigas para atender e proporcionar o acesso facilitado às pessoas com alguma deficiência, pois devem ser removidas as barreiras que impedem a locomoção e dificultam a inclusão dessas pessoas nos ambientes sociais e nas utilizações dos meios de transportes públicos de passageiros. Além disso, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veio assegurar a aplicação dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Isonomia para as pessoas com alguma deficiência, em virtude destas terem os mesmos direitos de participarem na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo, portanto, inadmissível a ocorrência de qualquer forma de discriminação no ambiente social (Lazari; Nishoyama, 2020, p. 244).

Conclusão

A Hermenêutica Constitucional e a Hermenêutica Jurídica são muito relevantes no estudo do Direito. Então, a Hermenêutica Constitucional é muito importante, porque visa orientar o intérprete a fazer a análise das normas constitucionais. Já a Hermenêutica Jurídica permite que o magistrado venha entender, compreender e aplicar as normas jurídicas de maneira eficaz, bem como também deverá interpretar as normas jurídicas e os textos jurídicos e ajustá-los à nova realidade jurídica, quando for proferir a sua decisão jurisdicional. Assim sendo, nós percebemos que o Direito evoluiu e está sempre atento às transformações e ao progresso da sociedade, em que cabe ao jurisconsulto analisar juridicamente a lei diante das condições mutáveis da coletividade a que se dirige, sem desconsiderar o Direito na sua época passada e fazendo, com isso, projeções para a vida presente e futura.

Portanto, o Constitucionalismo Contemporâneo surgiu após a finalização da Segunda Guerra Mundial em 1945 e foi muito importante, porque procurou se empenhar na validação dos Princípios Constitucionais com relação à dignidade humana, com o intuito de tratar da temática sobre as pessoas com alguma deficiência.

Entretanto, a vinda da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi um marco relevante para integrar as pessoas com alguma deficiência com relação à conquista dos direitos referentes à acessibilidade dos edifícios e dos espaços destinados ao uso coletivo em igualdade de condições com às demais pessoas.

No entanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é um marco relevante para a nossa sociedade democrática, porque visa consolidar os direitos fundamentais, os princípios constitucionais, bem como também permitir a regulamentação de vários textos legais, dentre eles poderemos mencionar o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência e a Lei do Inquilinato Urbano. Além disso, a Constituição Federal está no pico da pirâmide e deve ser observada por toda a produção normativa das regras jurídicas pelo legislador ordinário e pelos magistrados, quando forem proferir a sua decisão jurisdicional no caso concreto, conforme os avanços ocorridos na sociedade, em que o Ordenamento Jurídico não se adequou constantemente e não está condizente com a nova realidade fática.

Por conseguinte, a Carta Magna Brasileira de 1988 procurou regulamentar os direitos das pessoas com alguma deficiência, quando permitiu o surgimento da Lei nº 13.146/2015 que rege o Estatuto da Pessoa com Deficiência, com o intuito de integrar as pessoas com alguma deficiência à sociedade, bem como também permitiu a homologação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo de Nova Iorque de 2007 através do Decreto Legislativo de nº 186/2008 e pelo Decreto 6.949/ 2009, com o intuito de garantir a dignidade humana e o exercício pleno dos direitos humanos referentes à inclusão social, à acessibilidade e à igualdade de oportunidades das pessoas com deficiência em relação às demais pessoas.

Por conseguinte, nós percebemos que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou e se comprometeu a cumprir vários tratados a respeito dos direitos humanos que compreendem à dignidade da pessoa humana e englobam o respeito à integridade física e moral, à liberdade de expressão, à igualdade de oportunidades e ao acesso dos direitos básicos de cada ser humano, garantindo, com isso, os direitos fundamentais das pessoas com deficiência. Além disso, também nós constatamos que a Convenção da ONU (Organização das Nações Unidas) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência transformaram-se em relevantes ferramentas normativas, que procuraram estabelecer os procedimentos de inclusão social para que as pessoas com alguma deficiência passassem a ter os mesmos direitos atribuídos a qualquer cidadão, bem como também conquistaram o direito à acessibilidade nos transportes públicos e nas edificações públicas e privadas.

Referências bibliográficas

BRANCO, Clarice Corbella Castelo. A evolução dos direitos da pessoa com deficiência no histórico constitucional brasileiro. Revista da Defensoria Pública da União, Brasília, DF, v. 20, n. 20, jul./

dez. 2023. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view>; Disponível em: DOI: <https://doi.org/10.46901/revistadadpu.i20.p.161-186>. Acesso em: 15 fev. 2025.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 mar. 2025.

BRASIL. Decreto nº 3.956/2001, de 08 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm. Acesso em: 17 mar. 2025.

BRASIL. Decreto nº 6949/2009, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 17 mar. 2025.

BRASIL. Decreto nº 9.522/2018, de 08 de outubro de 2018. Promulga o Tratado de Marraqueche para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/Decreto/D9522.htm. Acesso em: 17 mar. 2025.

BRASIL. Decreto nº 10.882/2021, de 03 de dezembro de 2021. Regulamenta o Tratado de Marraqueche para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Decreto/D10882.htm. Acesso em: 17 mar. 2025.

BRASIL. Decreto nº 11.793/2023, de 23 de novembro de 2023. Institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Novo Viver sem Limite. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11793.htm. Acesso em: 17 mar. 2025.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 186/2008, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em: 17 mar. 2025.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 12, 1978. Assegura aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1970-1979/emendaconstitucional-12-17-outubro-1978-366956-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 17 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 10.098/2000, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10098.htm. Acesso em: 17 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03///_ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 17 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 17 mar. 2025.

CARNEIRO, Claudio; CALDEIRA, Ana Paula. Os trinta anos da constituição e a evolução do constitucionalismo. Disponível em: https://digital.iabnacional.org.br/wp-content/uploads/2018/08/CLÁUDIO_CARNEIRO.pdf. Acesso em: 04 mar. 2025.

LAZARI, Rafael José Nadim de; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. O estado brasileiro e a inclusão social das pessoas com deficiência. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, UFRGS. – PPGDIR/UFRGS. Edição Digital, Porto Alegre, v. XV, n. 1, 2020, seer.ufrgs.br. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/94160>. Acesso em: 15 fev. 2025.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz; LEY, Laura Lessa Gaudie. Uma visão hermenêutica sobre o interesse público como diretriz de inclusão dos portadores de deficiência: a relativização do direito de autor em face do direito de igualdade. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n. 53, abr. 2013. TRF4 RS SC Pr. Abr. 2013. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?>; https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao053/MariaLucia_LauraLey.html. Acesso: 15 fev. 2025.

MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. O princípio da equidade - por uma nova exegese. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 50, out./ dez. 2013. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2592408/Maria_Fernanda_Dias_Mergulhao.pdf. Acesso em: 15 fev. 2025.

SLAIBI FILHO, Nagib. Hermenêutica Constitucional. Revista da EMERJ, v. 4, n. 16, 2001. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/34848581/hermeneutica-constitucional-nagib-s-filho>; https://www.academia.edu/93094125/Hermenêutica_Constitucional. Acesso em: 16 set. 2024.

A EVOLUÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL APÓS 37 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À SAÚDE E SUAS GARANTIAS

Karla Roberta da Fonseca Nunes⁷⁰

1 Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, consolidou um novo paradigma para a saúde pública no país, estabelecendo-a como um direito fundamental e um dever do Estado. De acordo com o artigo 196 da Constituição, a saúde deve ser garantida por meio de políticas sociais e econômicas que reduzam o risco de doenças e assegurem acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde (BRASIL, 1988). Esse marco normativo representou uma ruptura com o modelo anterior, predominantemente excludente, em que o acesso aos serviços de saúde era condicionado à contribuição previdenciária. A partir da Carta de 1988, criou-se o Sistema Único de Saúde (SUS), um modelo público que visa garantir a universalidade, integralidade e equidade na assistência à saúde.

Autores como Gerschman (2020) e Noronha e Alcântara (2020) apontam que a criação do SUS foi fruto de um intenso processo de mobilização social, impulsionado pelo movimento da Reforma Sanitária. Essa transformação foi fundamental para que a saúde fosse reconhecida como um direito de cidadania, afastando-se de uma lógica mercantilista e se aproximando dos princípios da justiça social. Contudo, apesar das conquistas institucionais, a efetivação plena desse direito enfrenta desafios estruturais, incluindo subfinanciamento, desigualdade regional na distribuição de serviços e crescente judicialização da saúde (Mendes; Carnut, 2020). Assim, é necessário avaliar criticamente os avanços e os entraves da saúde pública brasileira ao longo das três últimas décadas.

Diante desse contexto, a presente pesquisa tem como tema a evolução da saúde pública no Brasil após a Constituição de 1988, com foco na implementação de políticas que garantam a fundamentalidade do direito à saúde. O problema de pesquisa a ser investigado é: Quais foram as principais políticas e iniciativas implementadas nos últimos 30 anos para garantir a efetivação do direito à saúde no Brasil? Esse questionamento surge da necessidade de compreender como as mudanças institucionais e normativas impactaram a organização e o funcionamento do SUS, bem como os desafios que persistem na garantia do acesso à saúde.

⁷⁰ Doutoranda em Direito pelo PPGD da Universidade Federal Fluminense. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Desenvolvimento da Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito Civil, Processo Civil e Direito do Consumidor pela Universidade Cândido Mendes. Advogada e Analista Processual da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro. E-mail: karlafnunes@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4577080616306098> ID Orcid 0009-0008-2164-3837

A hipótese considerada é a de que, apesar dos avanços conquistados na organização do SUS e na ampliação do acesso à saúde, fatores como o subfinanciamento crônico, a desigualdade na alocação de recursos e a crescente interferência do Poder Judiciário na gestão do sistema comprometem a plena efetivação do direito à saúde. Assim, mesmo com políticas bem estruturadas, a implementação efetiva ainda encontra limitações que afetam a equidade e a eficiência dos serviços de saúde no Brasil.

A justificativa para este estudo baseia-se na importância da saúde pública como elemento central para a promoção da qualidade de vida e da justiça social. A análise das políticas implementadas nas últimas três décadas é essencial para compreender as conquistas do SUS, bem como os desafios que ainda precisam ser superados. Além disso, compreender a evolução do direito à saúde permite subsidiar novas estratégias de aprimoramento do sistema público, garantindo maior equidade e eficiência na oferta dos serviços.

A metodologia utilizada para a realização deste estudo é de caráter qualitativo e quantitativo, com base em revisão bibliográfica e documental. Foram analisadas legislações, políticas públicas e artigos científicos que tratam da evolução da saúde pública no Brasil pós-Constituição de 1988. Não obstante, a pesquisa baseia-se na análise de dados secundários, fornecidos por órgãos governamentais e institutos de pesquisa, permitindo uma visão abrangente da implementação das políticas de saúde no país.

Este estudo estrutura-se da seguinte maneira: após esta introdução, o segundo capítulo abordará o contexto normativo da Constituição de 1988 e os princípios que fundamentam o SUS. No capítulo seguinte, serão analisados os avanços na saúde pública brasileira ao longo das últimas três décadas, com destaque para a expansão da Atenção Primária, a política de medicamentos e os programas de imunização. Ato contínuo, serão discutidos os desafios persistentes na efetivação do direito à saúde, como o subfinanciamento e a desigualdade no acesso aos serviços. Por fim, as conclusões apresentarão uma síntese dos achados do estudo, verificando se a hipótese foi confirmada e sugerindo caminhos para o aprimoramento do SUS.

2 A Constituição de 1988 e o direito fundamental à saúde

A Constituição Federal de 1988 inovou ao estabelecer a saúde como um direito social e um dever do Estado, criando as bases para a universalização da assistência em saúde no Brasil (BRASIL, 1988). Esse princípio foi regulamentado pela Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990), que definiu a organização e funcionamento do SUS, incluindo seus princípios de universalidade, equidade e integralidade (Asensi, 2015).

A criação do SUS representou uma ruptura com o modelo assistencial anterior, que restringia o acesso à saúde a trabalhadores segurados pela Previdência Social. A partir de 1988, a saúde passou a ser um direito de todos os cidadãos, sem discriminação de renda ou vínculo empregatício (Gerschman, 2020). O Sistema Único de Saúde (SUS) foi estruturado com base em princípios fundamentais que visam garantir a universalização do acesso à saúde no Brasil. Esses princípios foram consolidados na Carta de 1988 e regulamentados pela Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990), estabelecendo diretrizes para a organização do sistema de saúde pública no país. A partir desses marcos legais, o SUS passou a funcionar sob cinco princípios básicos: universalidade, integralidade, equidade, descentralização e participação social (Noronha; Alcântara, 2020).

O princípio da universalidade estabelece que todos os cidadãos, independentemente de sua condição socioeconômica, têm direito ao atendimento público de saúde. Essa diretriz rompe com o modelo anterior, em que o acesso aos serviços de saúde era restrito àqueles que contribuíam para a Previdência Social. Dessa forma, a universalização representou uma mudança estrutural no sistema de saúde brasileiro, garantindo que todos os indivíduos tenham acesso a serviços médicos, independentemente de sua renda ou vínculo empregatício (BRASIL, 1988). Esse princípio reafirma a ideia de que a saúde deve ser tratada como um direito de cidadania e não como uma mercadoria, consolidando o compromisso do Estado em garantir condições dignas de vida para a população.

A integralidade é outro pilar fundamental do SUS, determinando que a assistência à saúde deve abranger não apenas a recuperação de doenças, mas também a promoção da saúde e a prevenção de agravos. Esse princípio visa garantir que os cidadãos tenham acesso a um atendimento completo e contínuo, que não se limite a ações isoladas, mas que integre diferentes níveis de atenção, desde a Atenção Primária até a alta complexidade (Gerschman, 2020). A integralidade também se reflete na necessidade de o SUS oferecer serviços que contemplem diferentes dimensões da saúde, incluindo aspectos físicos, mentais e sociais, conforme preconizado pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

O princípio da equidade busca reduzir as desigualdades regionais e populacionais no acesso aos serviços de saúde. Isso significa que, embora a universalidade garanta o direito de todos à saúde, a equidade exige que os recursos sejam distribuídos de maneira proporcional às necessidades da população. Em outras palavras, aqueles que mais necessitam de cuidados devem receber prioridade no atendimento. Esse princípio é essencial para combater as disparidades históricas no acesso aos serviços de saúde, especialmente nas regiões Norte e Nordeste, onde a infraestrutura hospitalar e a disponibilidade de profissionais de saúde ainda são limitadas (Noronha; Alcântara, 2020). Além disso, a equidade reforça a importância de políticas específicas para grupos vulneráveis, como povos

indígenas, comunidades quilombolas e populações ribeirinhas, que muitas vezes enfrentam barreiras adicionais no acesso aos serviços de saúde.

A descentralização é um princípio organizativo do SUS que prevê a distribuição da gestão dos serviços de saúde entre os três níveis de governo: federal, estadual e municipal. Essa diretriz visa aumentar a eficiência administrativa, permitindo que as decisões sejam tomadas mais próximas da realidade local. Antes da criação do SUS, o sistema de saúde era excessivamente centralizado, dificultando a implementação de políticas que atendessem às necessidades específicas de cada região. Com a descentralização, os municípios passaram a ter maior autonomia na gestão da saúde, sendo responsáveis pela administração dos serviços básicos e pela implementação de programas de atenção primária (Asensi, 2015). No entanto, esse processo também trouxe desafios, especialmente no que diz respeito ao financiamento e à coordenação entre os diferentes níveis de governo. Muitas vezes, os municípios enfrentam dificuldades financeiras para manter os serviços de saúde em funcionamento, dependendo de repasses estaduais e federais que nem sempre são suficientes para atender à demanda local.

Por fim, o princípio da participação social garante que a sociedade tenha um papel ativo no planejamento, fiscalização e controle das políticas públicas de saúde. Foi concretizado por meio da criação dos Conselhos e Conferências de Saúde, espaços democráticos onde representantes da sociedade civil, trabalhadores da saúde e gestores públicos podem debater e definir diretrizes para a gestão do SUS. Os Conselhos de Saúde, presentes em todas as esferas de governo, têm caráter deliberativo e atuam no acompanhamento da execução das políticas de saúde, garantindo maior transparência e controle social sobre os recursos públicos (Noronha; Alcântara, 2020). Já as Conferências de Saúde ocorrem periodicamente e têm como objetivo principal avaliar a situação da saúde no país e propor novas estratégias para o aprimoramento do SUS. A participação social fortalece a gestão democrática do sistema e possibilita que as demandas da população sejam levadas em consideração na formulação de políticas públicas.

A implementação desses princípios foi essencial para a consolidação do SUS como um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. No entanto, sua efetivação enfrenta desafios relacionados ao subfinanciamento, à desigualdade na alocação de recursos e à dificuldade de articulação entre os diferentes níveis de governo. Além disso, a crescente judicialização da saúde tem gerado impactos significativos na gestão do sistema, uma vez que decisões judiciais individuais muitas vezes desviam recursos que deveriam ser destinados ao planejamento coletivo das políticas de saúde (Trettel; Scheffer, 2020). Assim, embora os princípios do SUS representem um avanço significativo na garantia do direito à saúde, sua implementação plena ainda requer aprimoramentos na gestão e no financiamento do sistema.

O modelo assistencial do SUS buscou substituir a lógica curativa e fragmentada que predominava antes de sua criação por um modelo integral, com foco na Atenção Primária à Saúde (APS). Esse enfoque na APS é essencial para garantir a efetividade do princípio da integralidade, uma vez que permite a identificação precoce de problemas de saúde e a adoção de medidas preventivas que reduzem a necessidade de internações hospitalares e procedimentos de alta complexidade (Almeida; Mazzaia, 2018). Além disso, a expansão da Estratégia Saúde da Família (ESF) tem sido um dos principais instrumentos para fortalecer a APS, levando atendimento médico a comunidades vulneráveis e reduzindo a sobrecarga dos serviços de média e alta complexidade.

Entretanto, a implementação desses princípios não ocorreu sem desafios. O financiamento do SUS tem sido uma questão recorrente, especialmente após a aprovação da Emenda Constitucional 95/2016, que instituiu o teto de gastos públicos e limitou os investimentos em saúde (Fernandes; Pereira, 2020). Essa medida comprometeu a capacidade do SUS de expandir seus serviços e melhorar a qualidade do atendimento, agravando desigualdades regionais e dificultando a concretização do princípio da equidade. Não obstante, a pandemia de COVID-19 expôs fragilidades no sistema de saúde, evidenciando a necessidade de maior investimento na estrutura hospitalar, na valorização dos profissionais e na ampliação dos programas de vigilância epidemiológica (Bousquat *et al.*, 2021).

Os princípios do SUS são fundamentais para garantir um sistema de saúde público, universal e de qualidade no Brasil. No entanto, sua plena implementação depende de um financiamento adequado, de uma gestão eficiente e de uma maior articulação entre os diferentes níveis de governo. A participação social continua sendo um elemento essencial para a consolidação do SUS, garantindo que as políticas de saúde sejam formuladas com base nas necessidades reais da população. Dessa forma, o fortalecimento do SUS passa não apenas pela ampliação de recursos, mas também pela melhoria dos mecanismos de governança e pela valorização dos profissionais que atuam na linha de frente do atendimento à população.

3 Avanços na saúde pública no Brasil Pós-Constituição de 1988

A Atenção Primária à Saúde (APS) é considerada a principal porta de entrada para o Sistema Único de Saúde (SUS) e tem sido um dos pilares fundamentais para a organização dos serviços de saúde no Brasil. A Estratégia Saúde da Família (ESF), criada na década de 1990, desempenha um papel central nesse modelo ao oferecer atendimento integral e contínuo à população, com foco na promoção da saúde e na prevenção de doenças (Almeida; Mazzaia, 2018). Diferentemente do modelo tradicional de atenção médica, que enfatiza o atendimento hospitalar e especializado, a ESF

prioriza a atuação territorial e o acompanhamento longitudinal dos indivíduos e famílias, fortalecendo o vínculo entre profissionais de saúde e comunidade.

A implementação da ESF possibilitou a ampliação do acesso aos serviços de saúde, especialmente em áreas mais vulneráveis e com histórico de exclusão social. A estrutura básica da estratégia é composta por equipes multidisciplinares, geralmente formadas por médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem e agentes comunitários de saúde, que atuam diretamente na comunidade. Essas equipes desenvolvem atividades voltadas para a prevenção de agravos, acompanhamento de doenças crônicas, imunizações e educação em saúde, promovendo um modelo de cuidado que vai além da atenção curativa (Noronha; Alcântara, 2020).

Com a ampliação da ESF, houve um impacto positivo na redução de internações hospitalares por condições sensíveis à atenção primária, como hipertensão, diabetes e infecções respiratórias. Além disso, a descentralização do atendimento proporcionou maior proximidade entre os profissionais de saúde e a população, favorecendo o diagnóstico precoce de doenças e melhorando os indicadores epidemiológicos do país (Fernandes; Pereira, 2020). No entanto, a ESF ainda enfrenta desafios, como a necessidade de expansão da cobertura, a melhoria das condições de trabalho dos profissionais de saúde e o fortalecimento do financiamento. Para garantir a efetividade da APS e consolidar a ESF como eixo estruturante do SUS, é essencial investir em recursos humanos, infraestrutura e qualificação profissional contínua, assegurando que a estratégia continue cumprindo seu papel na promoção da saúde e na redução das desigualdades no acesso aos serviços.

O Programa Nacional de Imunizações (PNI) é um dos maiores e mais bem-sucedidos programas de vacinação do mundo, sendo um pilar essencial para a política de saúde pública no Brasil. Criado em 1973 e consolidado após a Constituição de 1988, o PNI tem como objetivo garantir o acesso universal e gratuito às vacinas essenciais para a população, contribuindo significativamente para a redução da morbimortalidade causada por doenças imunopreveníveis (Bousquat *et al.*, 2021).

O PNI possibilitou a erradicação da varíola no Brasil e a eliminação da poliomielite, além da redução drástica de doenças como sarampo, rubéola e tétano neonatal. A estratégia do programa baseia-se na vacinação em larga escala, utilizando unidades básicas de saúde e campanhas nacionais para alcançar altas coberturas vacinais. Um dos grandes diferenciais do PNI é sua capacidade de adaptação às mudanças epidemiológicas e à incorporação de novas vacinas ao longo do tempo, garantindo que a população esteja protegida contra diferentes agentes infecciosos (Fernandes; Pereira, 2020).

A logística do PNI envolve uma complexa rede de distribuição, armazenamento e aplicação de vacinas, garantindo que doses cheguem a locais de difícil acesso, como áreas rurais, ribeirinhas

e indígenas. Essa capilaridade do sistema de vacinação permitiu que o Brasil alcançasse, ao longo das décadas, coberturas vacinais superiores a 90% para diversas doenças, um feito notável considerando as dimensões territoriais do país e as desigualdades regionais. O programa também conta com a participação ativa da sociedade, por meio de campanhas publicitárias e parcerias com escolas, instituições de saúde e organizações não governamentais, o que reforça a conscientização sobre a importância da vacinação (Noronha; Alcântara, 2020).

Apesar dos avanços, o PNI enfrenta desafios contemporâneos, como a disseminação de desinformação sobre vacinas e a consequente queda nas taxas de cobertura vacinal em algumas regiões. Esse fenômeno, impulsionado por movimentos antivacina e pela propagação de fake news, representa um risco significativo para a saúde pública, pois pode favorecer o ressurgimento de doenças já controladas. Insta salientar que a pandemia de COVID-19 impôs desafios adicionais ao programa, exigindo um esforço logístico e operacional sem precedentes para a vacinação em massa da população contra o coronavírus (Bousquat *et al.*, 2021). Para fortalecer o PNI, é essencial investir em campanhas de conscientização, combater a desinformação e ampliar a infraestrutura de armazenamento e distribuição de imunobiológicos, garantindo que o Brasil continue sendo referência mundial em imunização.

A Política Nacional de Medicamentos e o programa Farmácia Popular representam avanços significativos no acesso a medicamentos essenciais pela população brasileira. A Política Nacional de Medicamentos, instituída em 1998, estabeleceu diretrizes para garantir a qualidade, segurança e eficácia dos medicamentos distribuídos pelo SUS, além de promover o uso racional desses insumos (Menezes; Moretti; Reis, 2020). Essa política definiu uma Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), que orienta a padronização dos fármacos disponibilizados no sistema público, garantindo que a população tenha acesso a tratamentos fundamentais para o controle de diversas doenças crônicas e infecciosas.

Complementando essa política, o programa Farmácia Popular, criado em 2004, ampliou o acesso da população a medicamentos essenciais, permitindo a aquisição gratuita ou subsidiada de fármacos para o tratamento de doenças como hipertensão, diabetes e asma. O programa funciona por meio de farmácias conveniadas e unidades próprias, que distribuem medicamentos a preços reduzidos ou sem custo para o usuário, dependendo do fármaco em questão. Essa iniciativa foi fundamental para garantir o tratamento contínuo de pacientes crônicos, reduzindo internações hospitalares e promovendo melhor qualidade de vida para milhões de brasileiros (Noronha; Alcântara, 2020).

A política de medicamentos do SUS também incluiu a criação de programas específicos para o fornecimento de fármacos de alto custo, destinados ao tratamento de doenças raras e condições

complexas, como câncer, HIV/AIDS e artrite reumatoide. Esse avanço garantiu que pacientes em situações de vulnerabilidade tivessem acesso a medicamentos de última geração, independentemente de sua capacidade financeira. Além disso, o fortalecimento da produção nacional de fármacos, por meio de parcerias público-privadas e investimentos na indústria farmacêutica nacional, contribuiu para reduzir a dependência de importações e ampliar a oferta de medicamentos estratégicos (Fernandes; Pereira, 2020).

Apesar dos avanços, a Política Nacional de Medicamentos enfrenta desafios relacionados ao financiamento, à distribuição desigual dos insumos e à judicialização da saúde. Muitas vezes, pacientes recorrem ao Poder Judiciário para garantir o acesso a medicamentos não disponíveis no SUS, o que gera impactos no orçamento da saúde e pode comprometer a sustentabilidade do sistema (Trettel; Scheffer, 2020). Há também as questões logísticas e a escassez de alguns insumos em determinadas regiões do país que comprometem a efetividade da política, dificultando o acesso equitativo aos medicamentos.

Para fortalecer a Política Nacional de Medicamentos e o programa Farmácia Popular, é fundamental ampliar o financiamento, investir na modernização da distribuição de fármacos e fortalecer a regulação sanitária. Campanhas de conscientização sobre o uso racional de medicamentos são essenciais para evitar desperdícios e garantir que a população utilize os tratamentos de maneira adequada.

A continuidade e aprimoramento dessas iniciativas são indispensáveis para consolidar o direito à saúde no Brasil e reduzir as desigualdades no acesso a medicamentos essenciais.

4 Desafios persistentes na efetivação do direito à saúde

Apesar dos avanços significativos conquistados ao longo das três últimas décadas, a saúde pública no Brasil ainda enfrenta desafios estruturais que comprometem a sua plena efetivação, garantida pela Constituição de 1988. A implementação do Sistema Único de Saúde (SUS) permitiu a ampliação do acesso à assistência médica, redução da mortalidade infantil, melhora nos indicadores epidemiológicos e consolidação de programas essenciais, como o Programa Nacional de Imunizações e a Estratégia Saúde da Família. No entanto, a falta de recursos adequados, a desigualdade regional na distribuição dos serviços e a complexidade burocrática do sistema impõem barreiras que dificultam a concretização do princípio da universalidade (Noronha; Alcântara, 2020).

Entre os principais desafios enfrentados pelo SUS, destacam-se o subfinanciamento e a crise federativa, que comprometem a sustentabilidade do sistema; a judicialização da saúde, que distorce o orçamento público e prejudica a equidade na alocação de recursos; e a desigualdade no acesso aos

serviços, que perpetua disparidades regionais e limita a oferta de atendimento qualificado em determinadas localidades. Esses obstáculos exigem soluções estruturais e investimentos contínuos para que o SUS continue cumprindo seu papel de garantir a saúde como direito de todos e dever do Estado.

O subfinanciamento do SUS tem sido um dos principais entraves à efetivação plena do direito à saúde no Brasil. Desde sua criação, o sistema de saúde pública brasileiro tem enfrentado dificuldades financeiras, resultado da insuficiência de recursos destinados ao setor e da falta de uma política sustentável de financiamento a longo prazo. A Constituição de 1988 estabeleceu que o financiamento do SUS deveria ser tripartite, com a contribuição de recursos provenientes da União, dos estados e dos municípios. No entanto, a prática tem demonstrado que a carga de financiamento recai de forma desproporcional sobre os municípios, que muitas vezes não possuem orçamento suficiente para garantir a manutenção dos serviços de saúde locais (Mendes; Carnut, 2020).

A Emenda Constitucional 29/2000 buscou regulamentar os percentuais mínimos de investimento em saúde pelos entes federativos, determinando percentuais para estados, municípios e União. No entanto, a ausência de um mecanismo eficiente de fiscalização e a flexibilização na aplicação dos recursos comprometeram a efetividade dessa medida. Ademais, os valores destinados à saúde foram historicamente insuficientes para cobrir a crescente demanda por serviços, especialmente diante do envelhecimento da população e do aumento da prevalência de doenças crônicas não transmissíveis (Fernandes; Pereira, 2020).

O cenário se agravou com a aprovação da Emenda Constitucional 95/2016, que instituiu o chamado "teto de gastos públicos", congelando os investimentos em saúde e educação por 20 anos. Essa medida impactou diretamente a capacidade de financiamento do SUS, reduzindo a possibilidade de ampliação de serviços e comprometendo a qualidade da assistência prestada à população. Com a limitação de recursos, houve um aumento na fila de espera por procedimentos médicos, redução na aquisição de insumos essenciais e agravamento das desigualdades no acesso aos serviços de saúde (Noronha; Alcântara, 2020).

Outro fator que compromete o financiamento do SUS é a crise federativa, que se manifesta na dificuldade de articulação entre os três níveis de governo na gestão dos recursos da saúde. A descentralização da administração do SUS foi uma medida necessária para permitir maior autonomia dos municípios, mas, na prática, resultou em um cenário de dependência financeira e dificuldades operacionais para os gestores locais. Muitos municípios enfrentam problemas de repasse irregular de verbas federais e estaduais, o que compromete o planejamento e a continuidade dos serviços de saúde (Asensi, 2015).

Além disso, a falta de investimentos adequados na Atenção Primária à Saúde e a priorização de gastos emergenciais em detrimento de ações preventivas têm gerado um aumento na demanda por serviços de média e alta complexidade, sobrecarregando hospitais e unidades de pronto atendimento. Esse desequilíbrio no financiamento contribui para a ineficiência do sistema, gerando desperdício de recursos e dificultando a efetivação dos princípios de universalidade e integralidade do SUS (Fernandes; Pereira, 2020).

Para superar o problema do subfinanciamento e da crise federativa, é essencial que haja uma revisão no modelo de financiamento do SUS, garantindo maior previsibilidade orçamentária e mecanismos de controle que assegurem a correta aplicação dos recursos. Além disso, é necessário ampliar a participação social na definição das políticas públicas, fortalecendo os conselhos municipais e estaduais de saúde e garantindo maior transparência na gestão dos fundos destinados ao setor.

A crescente judicialização da saúde no Brasil tem gerado impactos significativos no financiamento e na organização do SUS. O fenômeno ocorre quando cidadãos recorrem ao Poder Judiciário para garantir o acesso a medicamentos, tratamentos ou procedimentos médicos que não são oferecidos pelo sistema público ou que estão indisponíveis devido à falta de estoque ou infraestrutura inadequada. Embora a judicialização seja um instrumento legítimo para garantir o direito à saúde, sua expansão descontrolada tem gerado distorções na alocação de recursos e comprometido a equidade na distribuição dos serviços de saúde (Trettel; Scheffer, 2020).

A principal consequência da judicialização da saúde é a realocação de recursos orçamentários para o cumprimento de decisões judiciais individuais, em detrimento do planejamento coletivo do SUS. Muitas dessas decisões determinam a aquisição de medicamentos de alto custo ou tratamentos experimentais, por vezes sem a devida avaliação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC). Esse desvio de recursos impacta diretamente a capacidade do sistema de atender às demandas da população de forma equitativa, pois favorece aqueles que têm maior acesso à Justiça em detrimento de grupos mais vulneráveis (Menezes; Moretti; Reis, 2020).

Além disso, a judicialização da saúde tem gerado desafios operacionais para os gestores do SUS, que precisam lidar com decisões que muitas vezes são incompatíveis com a realidade financeira e logística do sistema. Muitos municípios, especialmente os de pequeno porte, enfrentam dificuldades para cumprir determinações judiciais que exigem a compra de medicamentos ou tratamentos que não estão disponíveis no mercado nacional, o que gera atrasos e ineficiências no atendimento (Noronha; Alcântara, 2020).

Outro fator preocupante é o aumento da participação de interesses privados na judicialização da saúde, com a atuação de grandes escritórios de advocacia e da indústria farmacêutica na promoção de ações judiciais para a incorporação de novos medicamentos ao SUS. Esse fenômeno tem levado ao crescimento de gastos desproporcionais com determinados tratamentos, reduzindo a capacidade do sistema de investir em políticas públicas de maior alcance populacional (Fernandes; Pereira, 2020).

Para enfrentar o problema da judicialização da saúde, é necessário adotar estratégias que conciliem o direito individual à saúde com a sustentabilidade financeira do SUS. Algumas medidas sugeridas incluem o fortalecimento da avaliação de tecnologias em saúde, garantindo que as decisões judiciais estejam alinhadas com critérios técnicos e científicos; a ampliação do diálogo entre o Poder Judiciário e os gestores da saúde, por meio da criação de núcleos especializados em Direito Sanitário; e a melhoria na transparência dos processos de aquisição de medicamentos e tratamentos, evitando que a judicialização seja utilizada como ferramenta para interesses privados.

A judicialização da saúde é um reflexo das dificuldades do SUS em garantir o acesso universal e integral aos serviços de saúde. No entanto, sua expansão descontrolada representa um risco para a equidade e a sustentabilidade do sistema, tornando essencial a implementação de políticas que conciliem a defesa do direito à saúde com a necessidade de um planejamento orçamentário eficiente.

Considerações finais

O presente estudo analisou a evolução da saúde pública no Brasil após a Constituição de 1988, com foco na implementação de políticas e iniciativas destinadas a garantir a fundamentalidade do direito à saúde. A pesquisa teve como objetivo investigar os avanços e desafios enfrentados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) ao longo das três últimas décadas, verificando se o princípio da universalidade tem sido efetivamente cumprido. A pergunta de pesquisa formulada – Quais foram as principais políticas e iniciativas implementadas nos últimos 37 anos para garantir a efetivação do direito à saúde no Brasil? – foi respondida por meio da análise das políticas de atenção primária, programas de imunização, acesso a medicamentos e estratégias de financiamento da saúde pública no país.

Os resultados da pesquisa indicam que o Brasil avançou significativamente na consolidação de um sistema de saúde público e universal, estruturado a partir de princípios como equidade, integralidade e participação social. Programas como a Estratégia Saúde da Família (ESF), o Programa Nacional de Imunizações (PNI) e a

Política Nacional de Medicamentos foram fundamentais para a ampliação do acesso aos serviços de saúde, contribuindo para a melhoria dos indicadores epidemiológicos e para a redução da mortalidade infantil e materna. Além disso, a descentralização da gestão do SUS permitiu maior autonomia dos municípios na administração dos recursos da saúde, aproximando os serviços da população e garantindo atendimento contínuo para milhões de brasileiros.

Contudo, apesar dos avanços registrados, a pesquisa confirmou a hipótese de que o direito à saúde ainda enfrenta desafios estruturais que comprometem sua efetivação plena. Entre os principais obstáculos identificados, destacam-se o subfinanciamento do SUS, a crise federativa e a crescente judicialização da saúde. O impacto da Emenda Constitucional 95/2016, que congelou os gastos públicos em saúde por 20 anos, comprometeu a capacidade de expansão dos serviços e resultou em dificuldades operacionais para hospitais, postos de saúde e unidades de atendimento de urgência. A falta de investimentos adequados tem gerado sobrecarga nos serviços de média e alta complexidade, além de afetar a qualidade do atendimento prestado à população.

Outro problema identificado foi a judicialização da saúde, que tem gerado distorções no orçamento do SUS, uma vez que decisões judiciais individuais muitas vezes obrigam o sistema a destinar recursos para atender demandas específicas, em detrimento do planejamento coletivo das políticas de saúde. A crescente interferência do Poder Judiciário no funcionamento do SUS compromete a equidade no acesso aos serviços, beneficiando indivíduos com maior poder econômico e maior acesso ao sistema judiciário, em detrimento de populações vulneráveis que não possuem os mesmos recursos para recorrer à Justiça. Assim, embora a judicialização seja um mecanismo legítimo de garantia do direito à saúde, sua expansão desordenada pode comprometer a sustentabilidade do SUS.

Além disso, a desigualdade no acesso aos serviços de saúde entre diferentes regiões do país continua sendo um desafio significativo. Enquanto algumas capitais e grandes centros urbanos contam com infraestrutura hospitalar avançada, muitas cidades do interior ainda enfrentam dificuldades para garantir a presença de médicos e especialistas, além de problemas logísticos para a distribuição de insumos e medicamentos. A desigualdade regional afeta principalmente populações mais pobres e marginalizadas, reforçando a necessidade de políticas públicas que garantam uma distribuição mais equitativa dos recursos e dos serviços de saúde.

Diante dos desafios levantados, recomenda-se a adoção de medidas que fortaleçam o financiamento do SUS, garantindo maior previsibilidade orçamentária e ampliando os investimentos em atenção primária e saúde preventiva. O fortalecimento da Estratégia Saúde da Família e a ampliação do acesso a medicamentos essenciais são medidas fundamentais para reduzir a sobrecarga nos hospitais e melhorar a qualidade do atendimento à população. Além disso, é essencial que haja

um aprimoramento na relação entre o Poder Judiciário e os gestores da saúde, para que as decisões judiciais levem em consideração a viabilidade orçamentária e a necessidade de garantir a equidade no acesso aos serviços.

Por fim, ressalta-se a importância da participação social na gestão do SUS, garantindo que a sociedade civil tenha voz ativa no planejamento e na fiscalização das políticas de saúde. Conselhos de Saúde e conferências nacionais desempenham um papel fundamental no controle social, permitindo que as demandas da população sejam levadas em consideração na formulação de novas estratégias para o setor. O fortalecimento desses mecanismos de participação é essencial para garantir que o direito à saúde continue sendo uma prioridade no Brasil, assegurando um sistema público acessível, eficiente e universal para todos os cidadãos.

Dessa forma, conclui-se que, embora a Constituição de 1988 tenha estabelecido a saúde como um direito fundamental e o SUS seja um avanço significativo para a inclusão social no Brasil, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que esse direito seja plenamente garantido. O enfrentamento dos desafios estruturais identificados nesta pesquisa requer o compromisso do Estado, da sociedade civil e dos profissionais de saúde, com o objetivo de fortalecer o sistema público e garantir que todas as pessoas tenham acesso a um atendimento digno e de qualidade.

Referências

- ALMEIDA, Patrícia Aline de; MAZZAIA, Maria Cristina. Consulta de enfermagem em saúde mental: vivência de enfermeiros da rede. *Revista Brasileira de Enfermagem*, v. 71, p. 2154-2160, 2018.
- ALVES, Sidnei Roberto et al. Serviços de saúde mental: percepção da enfermagem em relação à sobrecarga e condições de trabalho. *Revista Pesquisa Cuidado Fundamental*, p. 25-29, 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/194307449.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2024.
- ARAÚJO, Moisés; MENDES, Áquilas. Eficiência na atenção à saúde no SUS: revisão para uma crítica às recomendações do Banco Mundial. *Journal of Management & Primary Health Care*, v. 15, p. e002-e002, 2023.
- ASENSI, Felipe. *Sistema Único de Saúde: Lei 8.080/1990 e Legislação Correlata*. São Paulo: Leya, 2015.
- BOUSQUAT, Aylene et al. Pandemia de COVID-19: o SUS mais necessário do que nunca. *Revista USP*, n. 128, p. 13-26, 2021.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 20 dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Brasília, DF, 2005.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm. Acesso em: 20 dez. 2024.

CONTARATO, Priscilla Caran; LIMA, Luciana Dias de; LEAL, Rodrigo Mendes. Crise e federalismo: tendências e padrões regionais das receitas e despesas em saúde dos estados brasileiros. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 24, p. 4415-4426, 2019.

FERNANDES, Gustavo Andrey de Almeida Lopes; PEREIRA, Blenda Leite Saturnino. Os desafios do financiamento do enfrentamento à COVID-19 no SUS dentro do pacto federativo. *Revista de Administração Pública*, v. 54, p. 595-613, 2020.

GERSCHMAN, Silvia. Desigualdades sociais em saúde no Brasil e a reforma sanitária. *Cadernos de Saúde Pública*, 2020.

MENEZES, Ana Paula do Rego; MORETTI, Bruno; REIS, Ademar Arthur Chioro dos. O futuro do SUS: impactos das reformas neoliberais na saúde pública – austeridade versus universalidade. *Saúde em Debate*, v. 43, p. 58-70, 2020.

MENDES, Eugênio Vilaça. As fontes de financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, 2020.

MENDES, Áquilas; CARNUT, Leonardo. Crise do capital, Estado e neofascismo: Bolsonaro, saúde pública e atenção primária. *Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política*, p. 174-210, 2020.

MOROSINI, Márcia Valéria G. C.; CHINELLI, Filippina; CARNEIRO, Carla C. G. Coronavírus e crise socio sanitária: a radicalização da precarização do trabalho no SUS. *Crise e pandemia: quando a exceção é regra geral*. Rio de Janeiro: EPSJV, p. 93-111, 2020.

NORONHA, José Carvalho de; ALCÂNTARA, Augusto de. O financiamento do SUS: reflexões sobre o desafio da universalidade. *Saúde em Debate*, 2020.

ROSA, Sueli; SZANIAWSKI, Renata. O papel do Estado como garantidor de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 33, n. 97, p. 15-30, 2018.

SHIMIZU, Helena Eri et al. Regionalização e crise federativa no contexto da pandemia da COVID-19: impasses e perspectivas. *Saúde em Debate*, v. 45, p. 945-957, 2021.

TRETTTEL, Daniela Batalha; SCHEFFER, Mario Cesar. Judicialização de planos de saúde e posicionamentos dos tribunais: súmulas do Tribunal de Justiça de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça sobre cobertura assistencial. *Revista de Direito do Consumidor*, 2020.

VERONESE, Marcela Salim *et al.* Judicialização da saúde: a possibilidade de aplicação da Lei 12.732/12 aos contratos de planos de saúde suplementar. Minas Gerais: UFU, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufu.br/handle/123456789/23196>. Acesso em: 20 dez. 2024.

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: À LUZ DOS IDEAIS DE PETER HÄBERLE

Flávia Dantas Soares⁷¹

Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado⁷²

Renata do Amaral Barreto de Jesus de Oliveira⁷³

Verônica Teixeira Duarte⁷⁴

1 Introdução

O presente trabalho tem por objetivo discutir a amplitude das garantias constitucionais referente ao direito à saúde e a importância de instrumentos de auxílio aos Poderes constituídos, a partir da Constituição Federativa do Brasil de 1988, na interpretação das normas fundamentais no tempo, integrando-as à realidade pública, à luz dos ensinamentos de Peter Häberle.

O jurista alemão Peter Häberle inaugurou uma nova fase na hermenêutica constitucional na qual propõe a necessidade de ampliação dos participantes do processo de interpretação constitucional, até então vinculado a uma sociedade fechada, ou seja, concentrado apenas nos procedimentos formalizados e nos interpretes jurídicos vinculados a corporações. Nesse sentido, consagra a importância da interpretação constitucional ser realizada por uma sociedade aberta e pluralista, tendo em vista que o cidadão que vive a norma acaba por interpretá-la, ainda que indiretamente.

Häberle reconhece que as Constituições elaboradas pelos poderes constituintes originários vão sendo ultrapassadas pelas rápidas mudanças sociais e culturais e, dessa forma se torna necessária a ampliação dos participantes do processo, para produção da lei e nova interpretação Constitucional. Pondera ainda que nesse processo estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas

⁷¹ Doutoranda em Direito – PPGD/Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Graduada no Curso de Direito da Universidade Cândido Mendes – UCAM. Email: flaviadantassoares@id.uff.br; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6238243219399333> Orcid 0009-0000-8999-394X

⁷² Doutora em Direito – PPGD/Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Graduada no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Promotora de Justiça – Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Email: marcela_amaral@id.uff.br. Lattes: https://wwws.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=CFAD4449BC550AB5E845B0CD81ECE2E1#

⁷³ Doutoranda em Direito – PPGD/Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Especialista em Segurança Pública – Fundação Getúlio Vargas – FGV. Graduada no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Delegada de Polícia – Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Email: renatab@id.uff.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8705441487674096> Orcid 0009-0001-6564-3547

⁷⁴ Doutoranda em Direito – PPGD/Universidade Federal Fluminense - UFF. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela UCAM. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico, Propriedade Intelectual e Sustentabilidade, CNPq. Membro da Comissão de Direito Econômico da OAB/RJ. Advogada especializada em Direito Empresarial, Família e Sucessões. Administradora Judicial pela ESAJ.

as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição (Häberle, 2022, p.13)

Cumprе ressaltar a dificuldade de se conferir uma interpretação una à Constituição brasileira de 1988, bem como definir a amplitude do direito à saúde, tendo em vista a elaboração de normas vagas e programáticas pelo Poder Constituinte. Nesse sentido, houve uma crescente judicialização da saúde, o que levou o Supremo Tribunal Federal (STF) a convocar audiências públicas para discutir a referida temática.

Percebe-se que a Corte Constitucional brasileira tem se valido das audiências públicas, arranjo institucional criado sob a inspiração do jurista alemão Peter Häberle, para lidar com grandes temas controversos para a sociedade, em especial o que tange ao direito à saúde, ampliando a participação dos atores responsáveis pela interpretação das normas constitucionais.

Com este objetivo, o trabalho utiliza uma abordagem qualitativa, de pesquisa bibliográfica, tendo como marco teórico a obra de Peter Häberle, assim como consulta de artigos correlatos ao tema, com escopo de demonstrar a relevância do procedimento de interpretação da Carta Magna por atores públicos oriundos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e também dos diversos setores privados da sociedade civil para proporcionar legitimidade nas definições e decisões acerca das políticas públicas de saúde a serem implementadas no Brasil.

2 Constituição, Poder Constituinte e os ideais de interpretação de Peter Häberle

O conceito de constituição, assim, explicitado por Häberle é o de constituição como processo público, não sendo esta o simples texto constitucional elegido pelo constituinte originário, mas o resultado sempre temporário de sua interpretação. A Constituição seria um processo, que se desenvolveria na linha do tempo e à luz da publicidade. Um processo aberto e livre, uma tarefa que deve ir se realizando continuamente pelos processos sociais, jurídicos, institucionais. (AMARAL e ARAUJO, 2014, p.5)

Nesse sentido, cabe a afirmação de Eros Grau, segundo o qual:

Deveras, a Constituição do Brasil não é um mero “instrumento de governo”, enunciador de competências e regulador de processos, mas, além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Não compreende tão-somente um “estatuto jurídico do político”, mas sim um “plano global normativo” da sociedade e, por isso mesmo, do Estado Brasileiro. (Grau, 2005, Prefácio).

Desse modo, na visão Häberleana, como as Constituições são elaboradas para perdurarem indefinidamente no tempo, veja-se o exemplo da Constituição norte-americana, são construídas, em sua grande totalidade, por termos imperfeitos, incompletos que comportam a dinâmica social,

permitindo ao sistema constitucional ser aberto ao mundo da vida, dinâmico, sujeito a transformações que lhe permitam acompanhar os projetos e valores vigentes na sociedade em cada momento histórico. (Amaral e Araújo, 2014, p.6)

No caso do Brasil, o poder constituinte criado em 1987/88 legislou sobre uma série de diferenças sociais em atenção às vontades da sociedade civil ativa, expressão maior da soberania popular organizada sob a Assembleia Nacional Constituinte (ANC)⁷⁵. (Mello e Botelho, 2019, p.3) Durante a Assembleia foi possível que os diversos atores e atrizes políticas disputassem vozes e os diversos interesses desses representantes, resultaram num instrumento de transição, e não de reforma, reflexos da condução do processo de democratização por uma elite política que se manteve no poder.

Nesta disputa hegemônica no interior da ANC, havia duas expectativas distintas. Uma acreditava que, assim como acontecera com a Constituição de 1946, a nova Carta teria um significado meramente simbólico. Outro grupo de parlamentares constituintes apostava no papel que uma nova comunidade de intérpretes poderia vir a representar no controle abstrato das normas. O resultado da promulgação de nossa Carta Magna acompanhou a seguinte equação: quanto mais indeterminada for a Constituição, maiores serão os conflitos pela interpretação hegemônica entre os gestores das três esferas da federação, e maior será a discricionariedade do Poder Judiciário. (Machado e Dain, 2012, p.1020) Apesar do ambiente altamente conflitante, a Assembleia Nacional Constituinte é referenciada como o marco real da saída do Brasil do regime ditatorial, tornando-se o principal símbolo do processo de redemocratização nacional.

Nessa seara, destaca-se o apontamento do professor Daniel Aarão Reis:

A Constituição de fato encerrou a longa transição à democracia e instaurou um novo estado de direito. Um conjunto de dispositivos, alguns notavelmente inovadores, de defesa e garantia de direitos democráticos, políticos e sociais, estavam nela inscritos, embora muitos deles ainda dependendo, para sua efetivação, da aprovação de leis complementares. (...) em suma, o país mudou e não mudou. E é esta ambivalência a marca registrada da Constituição de 1988. as ambiguidades nela contidas são uma expressão autêntica – para o mal e para o bem – do processo de transição da ditadura à democracia no Brasil. (REIS, 2018, p. 293)

Ratificam esse entendimento os autores Bruno Meneses Lorenzetto e Katya Kozicki:

No caso do Brasil a Assembleia Nacional Constituinte almejou realizar uma profunda reforma da máquina estatal, porém, esta foi interrompida por interesses das elites que ali se fizeram representadas. Ante a possível radicalidade de uma mudança institucional, levantaram-se grupos de interesse que assombraram e limitaram o potencial transformativo presente no poder constituinte. O saldo

⁷⁵ A Assembleia Constituinte, foi formada por membros do Poder Legislativo, eleitos, pela primeira vez, por meio de eleições diretas, legítimos representantes do povo. Ademais além dos deputados federais e senadores, havia também a presença dos “notáveis”, isto é, especialistas em diversos assuntos que diziam respeito à cidadania, à educação, à jurisprudência, ou seja, a todos os assuntos correlacionados ao edifício jurídico de uma Constituição Federal.

positivo é que se tem uma Constituição em que acabou por prevalecer (não em sua totalidade, mas em um grande número de ocasiões), uma postura progressista circunscrita a uma minoria parlamentar, face à maioria conservadora. Observa-se, portanto, na atual Constituição as diferentes *vozes* que no momento do *novo pacto institucional* puderam se fazer ouvir. (Lorenzeto e Kozichi, 2015, p.18)

No entanto, pondera-se que o resultado final de uma transição acaba por expor uma série de decisões de ordem política, administrativa e jurídica. No caso das transições *negociadas*, como aconteceu no Brasil, algumas opções políticas podem ficar de fora da transição para que a mesa de negociações possa ter continuidade e que os termos da entrega do poder sejam estabelecidos. (Lorenzeto e Kozichi, 2015, p.23)

O perfil sociopolítico de permanente disputa no Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988, materializado no seu texto constitucional, revela no campo jurídico relações de poder existentes na sociedade brasileira e presentes na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88, que não se limitam ao mero e complexo processo de conflitos e de negociações em torno dos projetos constitucionais, mas exigem de fato compromissos do poder constituído (Mello e Botelho, 2019, p. 2-3)

A nova Constituição brasileira, de certo modo, é avançada, inovadora e foi elaborada em sintonia com a vontade dominante de uma população pacífica, demonstrando a importância de garantir direitos individuais, bem como contemplando os interesses gerais e, em particular, os das classes populares com o reconhecimento expresso dos direitos sociais. No entanto, como ordem fundamental jurídica da coletividade, a Constituição deve ser interpretada, no tempo e no espaço, para então ser reconhecido como um legítimo instrumento normativo de estabilidade, garantia e segurança jurídica.

Cabe ressaltar os ensinamentos dos autores Bruno Meneses Lorenzetto e Katya Kozicki

Ainda que existam sinceros questionamentos a respeito da extensão do “definitivo”, no âmbito político o problema instituinte não fica resolvido. Não apenas pela questão da eficácia normativa superveniente, mas pela legitimidade política do processo de produção e interpretação das normas constitucionais. Ainda, se juridicamente formula-se uma demanda por *estabilização*, politicamente trata-se justamente da *desestabilização*, da formação de novas normas, da produção incessante da identidade constitucional de uma determinada comunidade política, que não se estanca no momento de início da produção constitucional, pelo contrário, aquilo que há de *definitivo* no processo constituinte é o “início”, porém, os ajustes políticos, as demandas populares, os pleitos de gerações futuras, não podem ser atados para sempre por um texto constitucional. (Lorenzeto e Kozichi, 2015, p. 12-13)

Ao se impor uma Constituição e, com isso, constituir-se como comunidade política, o povo exige, ao mesmo tempo, que tal Constituição seja vivida e experimentada. Essa concepção de Constituição exige uma hermenêutica constitucional comprometida com a democratização da interpretação constitucional (Mello e Botelho, 2019, p. 14)

Na teoria de Häberle:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete. (...) *Experts* e “pessoas interessadas” da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. Isso significa que não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade! (Häberle, 2022, p. 15 e 18)

Dessa forma o autor afirma ser impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas e tenta apresentar o catálogo dos possíveis intérpretes, considerando os hermeneutas em sentido lato, pré-intérpretes que seriam forças produtivas de interpretação, tais como: órgãos estatais, o sistema público, cidadãos, grupos organizados, pareceristas, peritos, *experts*, a doutrina constitucional e a opinião pública. No entanto, afirma que subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação. (Häberle, 2022, p. 14)

Amaral e Araújo ressaltam que não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que detêm o monopólio de sua interpretação posto que não são apenas eles que vivem a norma constitucional, também não são os gestores públicos, detentores do monopólio do planejamento e execução orçamentária, e por conseguinte, do planejamento e execução de políticas que visam a garantir a prestação de serviços públicos à sociedade. Logo, a concretização de direitos sociais será tão mais eficaz quanto mais pluralista e democrática for a elaboração, execução e controle de políticas públicas e os canais de diálogos [orçamento participativo, audiências públicas...] entre os Poderes constituídos e a sociedade civil organizada devem ser facilitados e estimulados. (Amaral e Araújo, 2014, p. 9)

O processo político não é um processo liberto da Constituição; ele formula pontos de vistas, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes da perspectiva constitucional. O legislador cria uma parte da esfera pública e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional (Häberle, 2022 p. 27).

Häberle elucubra a Constituição como espelho da publicidade e da realidade, na verdade como própria fonte de luz e, dessa forma, a Constituição tem uma função diretiva eminente. Entende ainda que a ciência Constitucional tem função catalisadora e, por traduzir- publicamente – a interpretação metodicamente refletida e, simultaneamente, conformar a preparação dos intérpretes oficiais, atua de maneira singular em todos os campos da interpretação. Constitui, porém, tarefa da

Ciência formular suas contribuições de forma acessível, de modo que ela possa ser apreciada e criticada na esfera pública. (Häberle, 2022, p. 34-35)

O poder Constituinte é a origem, o impulso, aquele que define normas fundamentais baseadas nos ideais do povo e na vontade de transformação daquele contexto histórico. Apenas estabelece o ponto de partida, a Constituição, instrumento que deve direcionar a interpretação periódica pelos poderes constituídos e por todos aqueles que vivem a norma, resguardando seus valores e garantindo seus princípios, não por ser uma simples decisão jurídico-política mas, por ser a vontade expressa do povo, possibilitando-o exigir a implementação de políticas públicas apropriadas e adequadas ao momento presente.

3 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito fundamental à saúde e a crescente judicialização

A Constituição Federativa do Brasil de 1988 adota o Estado social e democrático de direito e reúne fundamentos presentes nos três regimes de governo: o Liberal, quando adota a supremacia da Constituição, limitando e regulando o Poder Estatal, e assegura o respeito aos direitos individuais dos cidadãos; o Social, na medida em que garante princípios e direitos sociais oponíveis ao Estado, exigindo-lhe uma postura positiva e dirigente; e o Democrático, tendo em vista que busca garantir, efetivamente, a participação popular nas decisões políticas, repudiando qualquer forma de governo autoritário (BRASIL, 1988).

Os direitos individuais são aqueles que protegem o indivíduo contra possíveis arbitrariedades do Estado e garantem o princípio democrático, abrangendo o direito à vida, à segurança, à igualdade, à liberdade, à propriedade. Por outro lado, os direitos sociais têm por finalidade a concretização da igualdade social e refletem pretensões do indivíduo perante o Estado e incluem: o direito à saúde, à educação, à moradia, ao lazer.

Com a reafirmação do Estado Democrático no documento constitucional, estabeleceu-se as matrizes de suas políticas sociais protetivas e reconheceu a saúde como direito social integrante do conjunto de ações a serem desenvolvidas de forma cooperativa pelos entes federativos, voltadas a assegurar os objetivos precípuos de bem-estar coletivo e justiça social (Mello e Botelho, 2019, p. 3).

A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 6º menciona, de modo expresso, que o direito à saúde é um direito social e o artigo 196, da carta magna define a saúde como 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.

Considerados como de segunda dimensão, os direitos sociais são caracterizados pela exigência de alguma atuação positiva do Estado necessária à implementação dos valores fundamentais expressos na Constituição, decorrentes das vontades e anseios do poder constituinte, bem como ações materiais voltadas à efetivação das liberdades públicas. Correspondem à evolução do Estado de Direito, de matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito (Mello e Botelho, 2019, p. 5).

Nesse sentido, Häberle entende que as dimensões dos direitos fundamentais têm como palavra-chave “multidimensionalidade”. O que se quer dizer que os direitos fundamentais não produzem efeitos apenas em uma dimensão, ou seja, no sentido do clássico *status negativus* (G. Jellineck) mas nos tempos mais recentes, desenvolvem, adicionalmente orientações e funções. Ademais, eles se complementam tematicamente e estão abertos a evolução ulterior. (Häberle, 2014, p. 184)

No Brasil, os dispositivos constitucionais que tratam do direito fundamental à saúde não enumeram as prestações que lhes são inerentes. Por mais que se reconheça a existência de um direito subjetivo⁷⁶ a exigir prestações relativas à saúde em face do Estado, e por mais que se admita que esse direito subjetivo deflui de forma direta da Constituição, sem necessidade de intermediação legislativa, é certo que não se pode aferir o que é assegurado por esse direito e mensurar em que extensão ele é assegurado.

A Constituição de 1988, se enquadra no conceito de constituição-dirigente, enquanto define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática. Por isso, não raro, foi minuciosa e, no seu compromisso com as conquistas liberais, e com um plano de evolução política de conteúdo social, o enunciado de suas normas assumiu, muitas vezes, grande imprecisão comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata por requerer providências ulteriores para incidir concretamente. (Silva, 1993, p.7)

Com efeito, a proteção à saúde não é apenas um dever do Estado, estendendo-se como princípio ético, e nesse passo, é incabível a invocação de qualquer norma que limite o direito fundamental à saúde. Fato é que, no Estado Social de Direito, as normas fundamentais que definem os direitos dos cidadãos são, muitas vezes, consideradas normas programáticas⁷⁷, com eficácia

⁷⁶ Luis Roberto Barroso afirma que direito subjetivo se caracteriza pela possibilidade de se exigir, considerando a existência de um dever jurídico potencialmente violável e tal violação é expressamente combatida através de ações judiciais que irão deflagrar os mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado (Barroso, 2001, p. 104).

⁷⁷ Segundo José Afonso da Silva, normas constitucionais de eficácia limitada são todas as que dependem de uma providência ulterior (lei integrativa, processo especial, etc) que lhe compete a eficácia e disponha sobre sua aplicação.

limitada, meros instrumentos de governo que apenas direcionam as obrigações a serem adimplidas pelo Poder Executivo, bem como as ações a serem implementadas para efetivação de políticas públicas.

O problema se alarga quando se pondera que todos os direitos sociais prestacionais demandam dispêndios financeiros dos cofres públicos – fato que por si só já atinge diversas esferas institucionais, sendo que eventuais escusas sob este argumento, o das impossibilidades reais, pode acabar por esvaziar a essência do direito fundamental social, elidindo sua densidade mínima. Ocorre que, frequentemente no Brasil, ante a fragilidade na prestação de serviços públicos, o Poder Judiciário vem sendo cada vez mais procurado para viabilizar a efetivação de direitos fundamentais sociais, principalmente os relativos ao direito à saúde. (Amaral e Araújo, 2014, p. 12).

Outra grande questão é que o legislador constituinte se inspirou no melhor sistema do mundo, que é o inglês, mas sem os recursos para isso. O Brasil passa a ter um sistema universal, só que universalidade não é dar tudo para todos. Universalidade é todos terem acesso. Mas é ter acesso na forma como querem, ou na forma das políticas públicas? A Constituição fala que é mediante políticas públicas instituídas. Não é dar tudo, que seria o princípio da integralidade. É dar o que foi instituído. Quando uma pessoa judicializa, ela quebra a universalidade e a equidade, que são pilares do SUS. Se há duas pessoas na mesma situação e uma obtém na Justiça o direito de ter um medicamento, não dá para dizer que todos terão o mesmo tratamento. (Melo, 2019, p. 04)

Incontestado significado surge ao debate acerca da intrínseca relação que se estabelece entre a dinâmica social, em confronto com a capacidade normativa específica do Estado, bem como com a própria capacidade administrativa ou executiva desse Estado, quanto ao cumprimento das disposições constitucionais, haja vista a celeridade com que surgem inovações tecnológicas, precipuamente no caso das biociências, ou ciências da saúde, por sua vez, enfrentando os desafios propostos por enfermidades raras e novas que vitimizam os seres humanos que, como princípio máximo, se constituem no fim do próprio Direito. Com isto se quer significar que nenhuma atividade legislativa, nem mesmo as mais focadas ações administrativas da coisa pública conseguiram dar conta de uma tal celeridade. Daí, também, é que se abre o campo de ação do Judiciário, uma vez provocado para dar resposta a essas aflitivas demandas sociais (Rodembusch e Keske, 2020, p. 10).

Destarte, cada vez mais o Poder Judiciário vem sendo procurado para solucionar litígios relacionados à efetivação de direitos sociais, principalmente, aqueles relacionados ao direito à

São de dois tipos: a) as de princípio institutivo ou organizativo; b) as de princípio programático. (...) as normas constitucionais programáticas são aquelas, através das quais o constituinte, em vez de regular direta e imediatamente determinados interesses, limitou-se a lhes traçar os princípios para serem cumpridos pelos órgãos estatais (legislativo, executivo, jurisdicionais e administrativo) como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado. (Silva, 1993, p. 11).

saúde. Equacionar o dilema direito à saúde de uns versus direito à saúde de vários não é simples, podendo a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde agravar desigualdades sociais, uma vez que a concretização de direitos sociais apenas em sua dimensão individual pode não promover justiça social. Portanto, transferir os dilemas sociais das tradicionais e mais democráticas esferas públicas de discussão (Poderes Legislativo e Executivo) para os tribunais não parece ser a mais eficaz forma de perquirir concretizar direitos sociais (Amaral e Araújo, 2014, p. 16-17).

Certo é que, cabe ao poder constituído, ante a imposição constitucional formadora de uma comunidade política, possibilitar que a Constituição seja vivida e experimentada, efetuando os ajustes necessários no nosso sistema cooperativista que ora obstaculiza a plena fruição dos direitos sociais à saúde, ante a vontade Constituinte estabelecadora dos direitos e políticas públicas indispensáveis para a concretização de tais direitos humanos fundamentais. Para que a vontade constituinte possa ser concretizada, impõe-se ao poder constituído a correção das distorções mediante atuação administrativa e legislativa constitucional, para a viabilidade do mínimo vital e concretização das políticas públicas em prol da sociedade na efetivação dos direitos fundamentais sociais. (Mello e Botelho, 2019, p. 18-19)

A ausência ou ineficácia das políticas públicas de saúde instituídas, comumente resultam em sofrimento da população e é fonte de desequilíbrio social, no entanto, a busca pela efetivação do direito à saúde em decisões judiciais sem o devido entendimento das ações definidas e implementadas pelo Poder Executivo, não parece ser a melhor forma de se concretizar o que está previsto na Constituição do Brasil de 1988. A preocupação não é com a objeção ao Princípio da Separação de Poderes, consagrado no artigo 2º, da CF/88 e que dispõe que os Poderes da União, são independentes e harmônicos entre si, mas sim, com a capacidade técnica dos juristas em interpretar as normas constitucionais e decidir acerca de questões específicas relacionadas à assistência à saúde.

A teoria Häberleana ganhou importância, uma vez que possibilitou a participação de todos no processo de interpretação constitucional, por meio das audiências públicas e do *amicus curiae* (amigo da corte), por exemplo. As audiências públicas, inicialmente, realizadas nos parlamentos e, posteriormente, levadas ao Judiciário, merecem destaque, em particular, porque proporcionam o enriquecimento do debate ante as várias concepções acerca do fato em análise, tendo em mira a falibilidade e a limitabilidade dos órgãos oficiais de interpretação constitucional. As audiências públicas, por sua vez, são imprescindíveis para a formulação, com qualidade, de políticas públicas destinadas à concretização de direitos sociais. Por longos anos, o Brasil foi palco de várias práticas autoritárias e excludentes. (Amaral e Araújo, 2014, p. 2)

4 As audiências públicas como instrumentos de participação popular nas construções das políticas de saúde

No Estado constitucional-democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática (da Teoria de Democracia). A Ciência do Direito Constitucional, as Ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições) até o último intérprete formalmente "competente", a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade. (Häberle, 2022, p. 36)

A soberania Häberleana é mais ampla do que a visualizada por Rousseau, haja vista não limitar-se à assunção do poder político pelo povo soberano, mas se funda em uma democracia de cidadãos com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais:

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. (Häberle, 2022, p. 37)

O autor ratifica o entendimento de que a democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo o qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca (Häberle, 2022, p. 38).

Destarte, buscou-se demonstrar que a concretização de direitos sociais será tão mais eficaz quanto mais pluralista e democrática for a elaboração, execução e controle de políticas públicas, mecanismos de efetivação desses direitos, seja por meio de canais de diálogo entre o Poder Executivo e a sociedade civil organizada (audiências públicas, orçamento participativo...), seja pela fiscalização da execução orçamentária (Amaral e Araújo, 2014, p. 9).

As audiências públicas são tidas como uma forma de abertura do processo administrativo possibilitando a participação popular no debate de questões de cunho coletivo. Além do mais, salienta-se que tal instrumento está disponível para que seja utilizado com o fito de propiciar a interação entre a administração pública e os demais atores sociais. Não podendo esquecer, que sua legitimação se justifica de modo que tal instrumento possa fazer com que se tornem mais eficazes, céleres e permitir a participação popular nas decisões de grande relevância social, em especial na

discussão sobre temáticas envolvendo a grande gama de assuntos de interesse coletivo, como os serviços públicos, licitações etc. (Sturza e Rodrigues, 2019, p. 378).

No Brasil, mais de uma década após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Congresso Nacional, ao regulamentar os institutos da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito constitucional, conferiu nova dimensão a essa “sociedade aberta de intérpretes constitucionais” proposta por Häberle (1997). Entre as diversas inovações procedimentais das Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999, encontra-se a possibilidade de realização de audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria objeto de uma ADI, ADC ou ADPF (Santos, 2016, p 22-23).

Embora as audiências públicas tenham recebido previsão legal em 1999, apenas em 20/04/2007 foi realizada a primeira, convocada pelo relator Ministro Ayres Britto no julgamento da ADI nº 3.510, o qual discutia a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 11.105/2005, que disciplina as pesquisas com células-tronco embrionárias. E em 2009, o STF convocou uma Audiência Pública da Saúde (APS) para ouvir, de toda a sociedade, questões relacionadas ao direito à saúde.

A APS teve um significado especial para o campo da saúde, pois representou o reconhecimento da instância máxima do Poder Judiciário de que a saúde passou a ser uma questão importante no cotidiano desse Poder. Esse tipo de procedimento adotado pelo STF favorece o exercício da cidadania com vistas a uma participação efetiva da sociedade nos rumos das decisões que têm caráter político e elevada abrangência. Justamente por servir como um auxílio teórico sobre a questão da saúde e um “termômetro social” sobre as diversas concepções em disputa, esta primeira APS contém em si elementos significativos para a análise política da judicialização (Machado e Dain, 2012, p. 1022-1023).

Santos, Delduque e Mendonça realizaram pesquisa acerca da APS realizada em 2009, a qual teve por objeto avaliar se a oitiva da sociedade, em seus diferentes segmentos, proveria os julgadores de embasamento para suas decisões. Os discursos proferidos no evento foram investigados, com o intuito de responder se a Audiência Pública da Saúde apresentou argumentos que foram incorporados pelo STF em sede de suas decisões, de modo a denotar alterações no subsistema judicial. Conclui-se que os dois subsistemas sociais - saúde e direito - tiveram oportunidade de mútua aprendizagem (Santos, Delduque e Mendonça, 2015, p 184).

As audiências públicas como forma de participação social, legitima tanto as decisões judiciais como administrativas, de modo que é possibilitada a abertura dos debates de temas de grande relevância social, com o intuito de haver uma maior participação social. Primeiramente

compreende-se que a racionalidade coletiva pode ser comparada a temática em questão, onde nas audiências públicas se tem debates, e estes trazem à tona a ideia da racionalidade coletiva, com o fito de se ter a melhor solução a decisão administrativa (Sturza e Rodrigues, 2019, p. 386-387).

Além da necessidade de estender a compreensão da realidade colocada nos autos para além do mundo estritamente jurídico, permitindo uma prestação jurisdicional mais condizente com a prática, os despachos de convocação da audiência pública também demonstram uma preocupação bastante cara no trabalho de Peter Häberle: efetuar uma interpretação que seja apoiada na legitimidade. Ao convocar especialistas no assunto e a comunidade afetada pela futura decisão judicial para opinarem perante a Corte, os relatores procuram revestir seu exercício hermenêutico de maior legitimidade social, esclarecendo não apenas as peculiaridades técnicas envolvidas, mas também os vários pontos de vista dos cidadãos envolvidos (Santos, 2016, p. 30).

Cumprir mencionar, que existe atualmente a efetivação, nem que seja, mínima, do direito à saúde, no entanto o que percebe é que o ente competente para dar efetivação destes serviços, não coordena as ações para que elas sejam realmente efetivas. Surgindo aí a necessidade de implementação de políticas públicas efetivas. Políticas estas que, a depender da situação a que se inserem, depende de esclarecimentos de pessoas especializadas, saindo assim tanto da seara administrativa como judicial. O que denota, para tanto, um debate e ainda uma participação dos atores sociais, o que se concretiza através das audiências públicas. Questões estas, que são debatidas, com base em preconcepções do mundo da vida, conforme a matriz teórica da ação comunicativa (Sturza e Rodrigues, 2019, p. 398-399).

As audiências públicas são ferramentas importantes de participação popular na gestão da saúde e são comumente utilizadas para debater questões relevantes tais como: protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas elaboradas para nortear as políticas públicas a serem implantadas a respeito de determinada doença, processos de incorporação ou exclusão de medicamentos, produtos e procedimentos de âmbito do Sistema Único de Saúde. Nesse sentido, a Corte Constitucional brasileira tem se valido das audiências públicas, arranjo institucional criado sob a inspiração do jurista alemão Peter Häberle, para lidar com temas controversos acerca do direito à saúde, ampliando a participação dos atores responsáveis pela interpretação das normas constitucionais.

5 Teoria häberleana e a Constituição ampliada e atual

Em 1975, o jurista alemão Peter Häberle publicou “*Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*”, obra traduzida em 1997 por Gilmar Mendes, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, como “Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da

Constituição: contribuição para a interpretação pluralística e ‘procedimental’ da Constituição”. Essa obra de Peter Häberle constitui um importante avanço em direção a uma interpretação concretista da Constituição, uma vez que defende a criação de procedimentos para ampliar a participação de intérpretes nos julgamentos de matérias constitucionais (Santos, 2016, p. 14).

Ademais, Santos (2016) compreende que, além de ser um marco no campo da hermenêutica constitucional, a contribuição de Häberle (1997) ultrapassa os limites da teoria e estende-se para a própria realidade das Cortes Constitucionais, uma vez que é a inspiração de uma série de aprimoramentos institucionais adotados em diversos países, inclusive no Brasil (Santos, 2016, p.21).

Para Häberle, existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e "eruptivo" a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais. A possibilidade e a realidade de uma livre discussão do indivíduo e de grupos "sobre" e "sob" as normas constitucionais e os efeitos pluralistas sobre elas emprestam à atividade de interpretação um caráter multifacetado. Teoria de Democracia e Teoria de Interpretação tornam-se consequência da Teoria da Ciência. A sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido *lato* (Häberle, 2022, p. 39-40).

Nesse sentido, o autor preconiza a utilização de instrumentos de debates no intuito de elucidar conflitos referentes a interpretação de normas constitucionais, demonstrando assim, a relevância da hermenêutica constitucional ser realizada não apenas por atores públicos oriundos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mas também por atores privados e especialistas da sociedade civil, no intuito de proporcionar legitimidade nas definições e decisões acerca das políticas públicas de saúde a serem implementadas no Brasil.

As Audiências Públicas, são ferramentas de participação social legalmente previstas no Brasil a partir de 1999 e, vem sendo utilizadas para legitimar tanto as decisões judiciais como administrativas, de modo que é possibilitada a abertura dos debates de temas de grande relevância social, como questões relacionadas ao direito à saúde. A crescente busca pela tutela jurisdicional dos direitos à saúde resultaram em uma fundamental atuação do Poder Judiciário para o exercício efetivo da cidadania, no entanto, as decisões judiciais têm significado tensas relações entre os gestores do sistema e os julgadores de tais demandas, tendo em vista que a efetivação do direito à saúde, muitas vezes diverge da política estabelecida pelos governos para a área de saúde e vai além das possibilidades orçamentárias.

Os ensinamentos de Häberle garantem a reivindicação dos direitos fundamentais-sociais previstos na Carta Magna, possibilitando aos poderes constituídos e aos cidadãos comuns discutirem as normas constitucionais e interpretá-las no tempo e no espaço, evitando que sejam letras “mortas”

de direitos abstratos, não experienciados enquanto realidades sociais pelos próprios destinatários finais de tais direitos estatuídos.

Cabe ressaltar os apontamentos realizados pelos autores André Luis de Camargo Mello e Marcos César Botelho:

Em nome da democracia e do constitucionalismo, garante-se o poder de lutar, reivindicar direitos e reinventá-los a todo momento, seja no espaço público das ruas ou do exercício do direito fundamental de acesso à justiça. O tempo da Constituição é o da sua aplicação, é o tempo do evento, do acontecimento, no que isso envolve passado, presente e futuro; é o tempo dos movimentos. (...) O povo do presente exige do poder constituído que lhe possibilite a vivência e a experimentação das vontades e anseios constitucionais, como condição de igualdade e liberdade, seja nas reivindicações na esfera pública ou na busca da necessária tutela jurisdicional. Este é o núcleo tensor do radicalismo constitucional como expressão preservadora da vontade popular constituente a impor ao poder constituído, legislativo e executivo, os ajustes necessários no sistema cooperativista para plena consecução dos direitos sociais à saúde (Mello e Botelho, 2019, p. 25-26).

No que tange a amplitude do direito à saúde, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 previu garantias e princípios, mas em muitos casos concretos, a aplicação de tais normas constitucionais não se faz de forma automática, exige interpretação da sua abrangência, adequação ao momento científico e às definições de políticas estabelecidas pelo poder público, bem como análise do custo-efetividade e das possibilidades do orçamento público. Comumente o paciente não consegue ter a assistência adequada para garantir sua saúde e assim, precisa reivindicar seus direitos, procurando o poder Judiciário.

Nessa seara, segue o entendimento dos doutores Claudine Freire Rodembusch e Henrique Alexander Keske:

A princípio não poderia, muito menos, deveria acarretar qualquer problema a *applicatio* das normas constitucionais, nem tampouco da consequente aplicação das leis ordinárias emanadas em consonância com os princípios basilares insculpidos na Carta Política, haja vista o inquestionável pressuposto de que as disposições constantes do texto fundante da República e do Estado Democrático de Direito informam e formatam toda a organização jurídico-política do próprio Estado e da sociedade como um todo que, através de suas instâncias apropriadas de representação democrática, as estabeleceu enquanto tais, em um processo concomitantemente autoconstitutivo. Portanto, o fenômeno da judicialização da saúde se incluiria em uma espécie de “última ratio” se as demais instâncias políticas, encarregadas da administração e prestação de tais serviços conseguissem, efetivamente, cumprir com os mandamentos constitucionais e legais, deixando à instância judicial somente aquilo que lhe compete em uma normalidade de resolução de conflitos em lide (Rodembuschi e Keske, 2020, p. 2).

Considerando a celeridade da dinâmica social, que gera um distanciamento entre as demandas emergentes na sociedade e a base constitucional e legal, devidamente firmadas no ordenamento, entende-se que as Audiências Públicas de Saúde, conforme idealizado por Peter Häberle, são mecanismos hábeis para discutir questões referentes às políticas públicas de saúde,

aproximando os pleitos da população, à visão dos especialistas e ao preconizado pelas normas constitucionais.

6 Considerações finais

A dificuldade de se conferir uma interpretação única à Constituição brasileira de 1988 é resultado dos diversos princípios e normas constitucionais abstratas e vagas, a das rápidas mudanças comportamentais e científicas que ocorrem ao longo do tempo de vigência das normas. A respeito das garantias referentes ao direito a saúde da população brasileira, divergências de entendimentos e de se estabelecer uma amplitude do que é possível e devido pelo poder público, são muito comuns.

A nova fase na hermenêutica constitucional, inaugurada pelo jurista alemão Peter Häberle, na qual propõe a ampliação dos participantes no processo de interpretação constitucional, consagra uma sociedade aberta, pluralista e democrática, realizando os Direitos Fundamentais por meio de formas refinadas de mediação do processo público, da política e da práxis cotidiana. O autor entende que democracia se desenvolve mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade.

As Audiências Públicas são ferramentas de abertura do processo administrativo possibilitando a participação popular no debate de questões de cunho coletivo e propiciando a interação entre a administração pública e os demais atores sociais. Dessa forma, ao convocar especialistas no assunto e a comunidade afetada pela futura decisão judicial para opinarem perante a Corte, os relatores procuram revestir seu exercício hermenêutico de maior legitimidade social, esclarecendo não apenas as peculiaridades técnicas envolvidas, mas também os vários pontos de vista dos cidadãos envolvidos.

Percebe-se que a Corte Constitucional brasileira tem se valido das audiências públicas, arranjo institucional criado sob a inspiração do jurista alemão Peter Häberle, para lidar com grandes temas controversos para a sociedade, em especial o que tange ao direito à saúde, ampliando a participação dos atores responsáveis pela interpretação das normas constitucionais.

Referências bibliográficas:

AMARAL, Rafaella; ARAUJO, M. L. C. Teoria Häberleana e Políticas Públicas: por uma ampliação na concretização de direitos sociais. Direitos Sociais e Políticas Públicas I: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI Tema do Evento: A humanização do direito e a horizontalização da Justiça no Século XXI. 1ed. Florianópolis/SC: CONPEDI, 2014, p. 34-52. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=b20bdabb93c52a6d>. Acesso em: jan. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 5 out. 1988.

GRAU, Eros Roberto. Canotilho e a constituição dirigente. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

HÄBERLE, Peter. Dimensão dos Direitos Constitucionais à luz de uma comparação de níveis textuais de Constituições. DPU, nº 55, jan-fev, p. 183-190, 2014. Seção Especial. Textos Clássicos. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2236/1159>. Acesso em: jan. 2023

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, Reimpressão 2022.

LORENZETTO, Bruno Meneses e KOZICKI, Katya. O poder constituinte e a justiça de transição no Brasil. Revista do Direito Público, Londrina, v.10, n.3, p.9-30, set./dez, 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/294120739_O_poder_constituente_e_a_justica_de_transicao_no_Brasil/fulltext/56df160d08ae77a15fcf1a7/O-poder-constituente-e-a-justica-de-transicao-no-Brasil.pdf. Acesso em: jan. 2023

MACHADO, Felipe Rangel de; DAIN, Sulamis. A Audiência Pública da Saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil. Rev. Adm. Pública — Rio de Janeiro 46(4):1017-36, jul./ago. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/KpBKqMQwnsRjvjnzvFKfSqw/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: jan.2023

MELLO, André Luis de Camargo, BOTELHO, Marcos César. Soberania constituinte e direitos sociais fundamentais à saúde: eficácia e efetivação no contexto do radicalismo constitucional. Revista Direitos Sociais e Políticas públicas (UNIFAFIBE), vol. 7, n. 2, 2019, Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/601>. Acesso em: jan.2023.

MELO, Itamar. A Saúde na balança do Judiciário. Por Thiago Cruz, 2019 Disponível em <https://panoramafarmaceutico.com.br/a-saude-na-balanca-do-judiciario>. Acesso em: jan.2023.

REIS, Daniel Aarão. A Constituição Cidadã e os legados da ditadura. Locus: Revista De História. Juiz de Fora, v. 24, n. 2, p. 277-297, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/locus/article/view/20879/22392>. Acesso em: jan.2023.

RODEMBUSCH, Claudine Freire; KESKE, Henrique Alexander. O problema da aplicatio da norma constitucional e a Judicialização da saúde no Brasil: a efetivação dos direitos sociais via políticas públicas. Rev. Brasileira de Filosofia do Direito, v. 6, n. 1, p. 58-77, Jan/Jun. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/6454/pdf>. Acesso em: jan.2023.

SANTOS, Bruno Carazza dos. Peter Häberle e as audiências públicas no STF: um balanço de oito anos. Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 18, n. 3, p. 13-46, set./dez. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.18_n.03.01.pdf. Acesso em: jan.2023.

SANTOS, Alethele de Oliveira; DELDUQUE, Maria Célia; MENDONÇA, Ana Valéria Machado. Os discursos na Audiência Pública da Saúde e seu impacto nas decisões do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da teoria dos sistemas sociais. Saúde Soc. São Paulo, v.24, supl.1, p.184-

192, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/rXmLNd3xm4FVSzMKTJym6pR/abstract/?lang=pt>. Acesso em: jan.2023.

SILVA, Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo, Malheiros, 1993.

STURZA, Janaína Machado; RODRIGUES, Bruna dos Passos. Diálogos entre políticas públicas e direito à saúde: as Audiências públicas enquanto instrumento de participação popular sob a perspectiva da teoria da Ação comunicativa de Habermas. Revista Direitos Sociais e Políticas públicas (UNIFAFIBE), vol. 7, n. 2, 2019. Disponível em: file:///C:/Users/F1%C3%A1via/Downloads/DIALOGOS_ENTRE_POLITICAS_PUBLICAS_E_DIREITO_A_SAUD.pdf. Acesso em: jan.2023.

ENSAIO SOBRE A O SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR NORTE AMERICANO E A LEGITIMIDADE *OPE JUDICIS* NAS “CLASS ACTION” UMA ANÁLISE QUANTO À OBRA “LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO” DE RONALD DWORKIN E A APLICAÇÃO ESTRUTURADA DA “DESOBEDIÊNCIA CIVIL” – UMA VISÃO EPISTEMOLÓGICA.

Luis Gustavo Barbedo Coelho Montes de Carvalho⁷⁸

1 Introdução

O presente trabalho analisa o sistema de tutela coletiva norte-americano, especialmente as “class actions”, sob a perspectiva da legitimidade “*ope judicis*”, em contraposição ao modelo brasileiro fundado na legitimidade “*ope legis*”. Busca-se investigar em que medida tais diferenças estruturais impactam a efetividade da proteção do consumidor e os mecanismos preventivos de resolução de conflitos, notadamente os serviços de atendimento ao consumidor. A pesquisa também estabelece um diálogo teórico com a concepção de desobediência civil em Ronald Dworkin, propondo uma interpretação analógica da conduta dos fornecedores no mercado brasileiro. Pontua-se que a limitação da legitimidade ativa no Brasil pode influenciar negativamente a eficiência da tutela coletiva e incentivar comportamentos estratégicos por parte dos fornecedores.

2. Apresentação da tese: “O serviço de atendimento ao consumidor norte americano e a legitimidade ‘*ope judicis*’ nas ‘class actions’”

Inicialmente, a pesquisa originária, coligada ao projeto, pauta-se no estudo das tutelas coletivas nos Estados Unidos, sobretudo abarcando acerca da “class action” como a ferramenta da qual grupos podem pleitear a defesa de um interesse ou direito coletivo lesado e sua comparação no Brasil.

Neste viés, sob uma perspectiva consumerista e, especialmente, sob o prisma da legitimidade, merece atenção que, nos processos coletivos, verifica-se o escopo de se permitir que alguém detenha a legitimidade de falar em juízo em nome dos interesses de um grupo, de uma categoria ou da própria coletividade.

Nasce assim, desta perspectiva, o probo questionamento, ora como ponto nevrálgico, sobre se o Serviço de Atendimento ao Consumidor norte americano possa deter melhor aplicabilidade em

⁷⁸ Doutorando em Direito – PPGD/UFF e Mestre em Direito – PPGD/UVA/RJ, Especialista em Direito Empresarial - UGF/RJ; Especialista em Direito Civil (1916) e Processo Civil (1973) - UGF/RJ; Especialista em Direito Civil (2002) e Processo Civil (2015) – SUPREMO/BH; e, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho - UCAM/RJ. Professor Universitário: Graduação UniSãoJosé/RJ e convidado de diversas IES nas Pós-Graduações *lato sensu*. E-mail: drluigustavocoelho@hotmail.com ID Lattes 5879962295645250

face ao brasileiro, haja vista a existência de um controle “*oupe judicis*” da representatividade adequada ante a própria judicialização.

Destaca-se que o Serviço de Atendimento ao Consumidor norte-americano (“*Customer Service*”) desempenha papel crucial na resolução preventiva de conflitos, contribuindo para a proteção dos direitos dos consumidores. Neste caminho, afirma-se que a legitimidade “*oupe judicis*” nas ações coletivas americanas (“*class actions*”) se fundamenta na necessidade de conferir aos tribunais poderes para julgar em nome dos consumidores em demanda conjunta, ampliando o acesso à justiça e garantindo a eficiência processual. Essa modalidade reforça o equilíbrio entre proteção individual e interesse coletivo, promovendo justiça social e segurança jurídica.

Porquanto, neste esteio, ao se avocar o mesmo serviço de atendimento no Brasil, discute-se porque ainda não exista solução tão abrangente, ou seja, tal questionamento ocasiona por espécies de individualização processual (individual)? Tal contexto se baseia na ausência de maior amplitude do rol de legitimados?

Ainda de forma a ser nutrida, traz-se a explanação que no ordenamento jurídico pátrio não se tem liberdade para escolher quem figurará no polo ativo das demandas coletivas, haja vista que o legislador preferiu preestabelecer os legitimados ativos.

A fonte normativa das ações coletivas no Brasil é formada pelo conjunto de leis dentre as quais está a Lei da Ação Popular, da Ação Civil Pública (LACP) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC), respectivamente, Lei nº 4.717 de 1965, Lei nº 7.347 de 1985 e a Lei 8.078 de 1990 (acresce-se ainda o mandado de segurança coletivo, com fulcro no art. 5º, LXX, “b”, CF). Destaca-se que, no tocante à legitimação, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor acabam por se integrar, sendo cediço que este último diploma acrescentou àquele ainda os órgãos da administração pública direta ou indireta, mesmo que sem personalidade jurídica.

Em suma, conjugando o art. 5º da Lei nº 7.347/85 (redação dada pela Lei nº 11.448/07) e o art. 82 da Lei nº 8.078/90 (CDC), são legitimados para propor a ação civil pública principal e a cautelar: a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública; c) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; d) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e) a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil, e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; f) as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Como se pode ver, a legitimação é concedida a vários entes ao contrário da concepção tradicional, fundada no processo civil individualista (aqui em foco a pessoa natural), isto é, a legitimação não é exclusiva, mas concorrente. Nesta seara, entende-se que qualquer legitimado detém o poder de propor a ação. Ademais, pode se aferir que tal legitimidade é disjuntiva, ou seja, não há se falar em litisconsórcio ativo necessário (não obrigatório).

De forma ainda que diferente, a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), aduz que não é qualquer pessoa natural que pode utilizá-la, ou seja, transcreve fielmente que lhe será legítimo apenas o cidadão (art. 1º), este em gozo de seus direitos políticos (§ 3º). Neste esboço, em tábua rasa e sintetizada, segundo a Ação Popular, o seu objeto é baseado na anulação ou na declaração de nulidade de atos que lesem o patrimônio público, eivando-se de ser tratada no presente enfoque da pesquisa.

2.1 Da análise acerca da possibilidade e legitimidade da pessoa natural

Traz-se à voga que muito das legislações que tratam das ações coletivas no Brasil teve sua inspiração no modelo norte-americano, conforme pontua (Bueno, 1996, p. 96):

“(...) procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum”.

Muito embora a “class action” tenha exercido grande influência nas ações coletivas brasileiras não é possível comparar um sistema com outro no que diz respeito à legitimidade. Vale observar que os projetos de “Código de Processo Coletivo” trazem mudanças que de fato aproximarão um instituto do outro, porém não é o que ocorre com a legislação em vigor. Conforme se atém a origem, a base da ação norte-americana é a vinculação de todo o grupo à coisa julgada, ou seja, por tal razão cuidadosa, tem-se a análise do juiz ao verificar se as partes têm condições de promover a devesa de interesse coletivos (“adequate representation”).

Assim, bem diferente se compõe a legislação nacional, pois o direito estrangeiro determina o controle judicial de adequação desde a propositura da ação de classe até a execução da sentença. Desta forma, ao que parece o legislador brasileiro optou por não atribuir estes poderes ao juiz quando retirou esta possibilidade da proposta original da própria Lei de Ação Civil Pública (ACP), que ainda assim, previa a análise judicial somente nos casos referentes às associações.

Entrementes, difere-se da americana a legitimidade brasileira quando, na “class action”, qualquer interessado pode demandar no polo ativo, inclusive um único indivíduo em nome do grupo (ainda que possua o ônus de obrigar a todos aos efeitos da decisão). Neste soslaio,

em relação ao ordenamento da “class action”, os estudos de Chicago e Yale, através da doutrina dos professores John Bronsteen e Owen Fiss, respectivamente, aduzem:

“(...) the class action provides for the private enforcement of laws that are aimed at protecting the public. Yet it contains a risk; If the named plaintiff loses in court, then all of the members of the class have lost and cannot relitigate their claims. Some people who might never ever know about the lawsuit and who certainly never participated in it will suddenly find themselves denied access to the court system, on the theory that they were already represented by the named plaintiffs how litigated the action on their behalf.”⁷⁹

Conforme se demonstra, diante do efeito vinculante a todos os “membros do grupo”, como externado alhures, mais cautelosa deve ser a análise do representante legal, por isso os rígidos critérios de representação adequada presentes na “class action” norte americana.

Em pequena análise da doutrina de Cappelletti, no caso de lesões a bens de natureza transindividual, o indivíduo lesado pessoalmente é o autor inadequado para defender em juízo toda a coletividade. Ao abarcar os estudos de Ada Pellegrini Grinover, tal fato se dá pelo próprio desconhecimento do autor de seus direitos e, ainda, segundo novamente Cappelletti, pela simples falta de hábito de defender em juízo interesses não tradicionais (difusos e coletivos), conforme entoa o exemplo: *“Pessoas que procurariam um advogado para comprar uma casa ou obter o divórcio, dificilmente intentariam um processo contra uma empresa cuja fábrica esteja expelindo fumaça e poluindo a atmosfera.”*

Em verdade, a doutrina adverte que o indivíduo, que age isoladamente, está em condições de desvantagem ante o autor das lesões que, em regra, tem a condição de ser mais poderoso em diversos sentidos e nuances, ou seja, talvez por isso a ação em grupo é muito mais vantajosa e eficaz, sendo legitimadas em suma as associações como intermediárias para defesas em juízo dos interesses coletivos (diminuído os riscos de apenas um indivíduo assumir a luta integral de um grupo).

Merece atenção retornar acerca da “class action” americana pura, em epítome prevista na regra 23 das Normas Federais de Processo Civil (EUA)⁸⁰. Esta regra autoriza que um ou mais membros de uma classe possam demandar (ou até mesmo ser demandado – “defendant class action”) como representante desta mesma classe em nome de todos os outros membros. Detalha-se que o requisito principal é que este representante proteja de forma justa e adequada o interesse do grupo.

⁷⁹ Tradução livre: “(...) a ação coletiva prevê a execução privada de leis que visam proteger o público. No entanto, ela contém um risco; se o autor nomeado perder no tribunal, todos os membros do grupo terão perdido e não poderão litigar suas reivindicações. Algumas pessoas que talvez nunca tivessem conhecimento da ação e que certamente nunca participaram dela, de repente se verão impedidas de acessar o sistema judicial, sob a teoria de que já eram representadas pelos autores nomeados que litigaram a ação em seu nome.”

⁸⁰ FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE FOR THE UNITED STATES DISTRICT – COURTS – IV. PARTIES – Rule 23. Class Actions.

Elucida-se que três elementos são necessários para ocorrência da representatividade adequada nas “class action”: I) efetivo interesse jurídico na promoção daquela demanda, isto é, o representante da classe deve dizer por quais razões promove a ação naqueles moldes; II) a inexistência de qualquer conflito interno entre o representante e a classe, e; III) por último, mas não menos importante, a competência/responsabilidade dos advogados que conduzirão a ação, no que diz respeito a boa-fé, capacidade técnica e condições financeiras⁸¹.

Neste bordo, a critério do “ope judicis”, a regra 23 traz uma lista não exaustiva de critérios para o juiz avaliar a capacidade do representante e seu advogado de substituírem o grupo:

“Regra 23 g (C) Ao nomear um advogado da classe, o tribunal deve considerar: o trabalho que o advogado realizou na identificação ou investigação de possíveis reivindicações na ação, a experiência do advogado no tratamento de ações coletivas, outros litígios complexos e reivindicações do tipo alegado na ação, o conhecimento do advogado sobre a lei aplicável e os recursos que o advogado se comprometerá a representar a classe”⁸²;

Com isso, absorve o autor da ação o ônus de provar que não só ele é o “responsável”, como também os advogados também o são (adequação postulatória), conforme descreve novamente a doutrina de Bronsteen e Fiss:

*“As with the other requirements, adequacy requires the judge to make a judgment before she allows the case to proceed on a class basis. However, if the judge initially finds the lawyer adequate, she should have the power to reconsider this judgment once the case begins to unfold and she has a better sense of the lawyer’s capacity and loyalty. Given the centrality of the adequacy requirement to the idea of the class action, the judge should have every opportunity to make an informed decision.”*⁸³

2.2 Das lacunas problemáticas do tema escolhido

A deficiência de maiores condições preventivas e soluções amistosas com o Estado, na assertiva de melhorar o atendimento do consumidor ante a judicialização, pode se dizer que se dá por conta de ausência de receio da judicialização coletiva e transindividual (quanto menos legitimados, maior o controle)? Destarte, nos serviços americanos o temor de sofrer com consequências coletivas são maiores, portanto, isso seria determinante para que as empresas

⁸¹ BUENO, Cássio Scarpinela. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. Revista de Processo. 1996, p. 103.

⁸² Rule 23 g (C) *In appointing class counsel, the court must consider: the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action, counsel’s experience in handling class actions, other complex litigation, and claims of the type asserted in the action, counsel’s knowledge of the applicable law, and . the resources counsel will commit to representing the class;*

⁸³ Tradução livre: “Assim como os demais requisitos, a adequação exige que o juízo emita um julgamento antes de permitir que o caso prossiga em caráter coletivo. No entanto, se o juízo inicialmente considerar o advogado adequado, este deve ter o poder de reconsiderar esse julgamento assim que o caso começar a se desenrolar e tiver uma noção mais apurada da capacidade e lealdade do advogado. Dada a centralidade do requisito de adequação para a ideia da ação coletiva, o juízo deve ter todas as oportunidades para tomar uma decisão informada”.

fornecedoras assumam um papel colaborativo junto aos órgãos correspondentes e aos analistas de mercado (p. ex., “Better Business Bureau”)?

Neste espectro, surge ser de conhecimento dos fornecedores brasileiros a limitação da legitimidade nas ações coletivas no ordenamento pátrio e, por isso, a natureza lógica de “descumprimento” a protocolos, procedimentos e projetos, ou melhor se dizendo, uma verdadeira análise disruptiva de desnecessidade de colaboração imediata, notadamente assumindo estes mesmos fornecedores os risco de demandas individuais, recortando a responsabilidade somente para respostas inclinadas aos que definitivamente demandam (sem efeito erga omnes, com menor quantidade de alcance)?

Uma parcial conclusão dar-se-á no que concerne a legitimidade “*ope judicis*” nas “*class actions*” nos EUA: a um, o serviço de atendimento ao consumidor americano atua para resolver problemas antes de judicializar; a dois, as ações coletivas (“*class actions*”) dão ao Judiciário poder pra julgar em nome de todo um grupo, ampliando acesso à justiça; a três, essa legitimidade “*ope judicis*” reforça a proteção coletiva, equilibrando interesses privados e gerais, além de promover eficiência e segurança jurídica. Diferentemente, para a doutrina nacional, não há se falar em controle judicial da adequação no Brasil, pois não cabe ao juiz agir com discricionariedade na análise de representação, pois seu ato deve ser vinculado à análise do rol taxativo (legitimidade “*ope legis*”)⁸⁴.

Assim, as respostas gerais, ainda são uma incógnita, sendo ponto focal do presente estudo a suas investigações e pesquisas, mesmo que não se tenha a intenção aqui de esgotar precipuamente o tema.

No âmbito das relações de consumo, essa insuficiência se torna ainda mais evidente, diante da desigualdade estrutural entre consumidores e fornecedores. Assim, mecanismos coletivos assumem papel fundamental na promoção do acesso à justiça e na eficiência da tutela jurisdicional.

Diante desse cenário, o presente estudo busca responder ao seguinte problema de pesquisa: em que medida a limitação da legitimidade ativa nas ações coletivas brasileiras compromete a efetividade da tutela do consumidor em comparação ao modelo norte-americano?

Parte-se da hipótese de que a restrição da legitimidade ativa no Brasil reduz o efeito dissuasório das ações coletivas, impactando negativamente a adoção de mecanismos preventivos pelos fornecedores.

A metodologia adotada é qualitativa, com abordagem dedutiva, baseada em revisão bibliográfica e análise comparativa entre os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano.

⁸⁴ DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação Civil Pública, 2001. pág. 201.

3 Da pesquisa da obra de Ronald Dworkin “Levando os direitos a sério” (capítulo 8: “A desobediência civil”

Após fichamento do capítulo do Livro “Levando os Direitos a Sério” quanto à disciplina Epistemologia e Justiça Administrativa, tem-se que Dworkin pondera sobre a “desobediência civil” em seu capítulo oitavo, assinalando neste escólio como o governo deve lidar com quem desobedece a lei por consciência, como no caso do recrutamento militar nos EUA. O autor da Obra em comento explica que, mesmo que a desobediência seja moralmente justificada, ela não pode ser legalmente aceita sem consequências, necessariamente para manter a ordem e a igualdade perante a lei.

Reverbera-se neste contexto que o sistema jurídico depende do consenso e do equilíbrio entre lei, moral e política, pois o governo tem a responsabilidade de ser justo, conciliador e aplicar a lei com equilíbrio, mesmo em casos difíceis. Por conseguinte, a “desobediência civil” pode ter justificativa moral, mas a lei precisa ser respeitada para manter a ordem e os direitos de todos. Mas então, o que seria a “desobediência civil” pela visão “dworkiana” e qual seria sua perspectiva?

Ante a pergunta, outros questionamentos possuem nesta ocasião seu nascituro, pois nas sociedades democráticas, o problema da desobediência civil é hodierno e, numa perspectiva mais geral, poder-se-ia debater os seguintes destaques: “Em um governo que se julga democrático, que reconhece direitos individuais e possui métodos de controle de constitucionalidade de leis, é possível falar que há um direito a desobedecer à lei”? “Se um tal direito existe, em que condições um cidadão estaria legitimado a exercê-lo”?

Assim, a primeira pergunta textual precisa de resposta, isto é, constituído que o direito não é um sistema fechado de padrões, ou seja, que ao lado dos direitos jurídicos, também existem os direitos morais, bem como defende ainda Dworkin que os direitos individuais são trunfos contra a maioria (vide o próprio discurso político). Assim, resta explicitar se realmente é ou não possível desobedecer a lei (como um direito intrínseco ao indivíduo) e, em que condições isto pode ser exercido? Para Dworkin não importa qual vertente, isto é, se é o liberal ou o conservador que o faz, pois para o filósofo, neste momento, ambos utilizarão a desobediência civil como possível, apesar de princípios e discursos diversos e antagônicos, ainda que pautados na mesma lógica da “crise de consciência”. Por conseguinte, caso o indivíduo decida infringir a lei, deve este ser submetido às sanções estatais, especialmente por ter violado um dever para com seus concidadãos (Dworkin, 2002, p. 287).

Em contrapartida, Dworkin ainda avoca o fato de a palavra “direito” ter força diferentes, conforme o contexto em que é usada, haja vista que no seu sentido “fraco” ao “ter um direito” o agente não erra ao fazer algo, ainda que seja possível tentar forçá-lo a agir de forma diferente. Noutro

sentido, ao se dizer “forte”, faz-se mister que alguém “tem um direito” a fazer algo, significando ser errado interferir na realização dessa conduta ou de que é preciso razões especiais para nela interferir (vide à noção de direito como trunfo)⁸⁵.

Neste imbróglio, um homem tem direito a desobedecer à lei quando esta erroneamente invade seus direitos, pois se ele tem um direito à liberdade de expressão, também deterá consigo um direito moral a desobedecer a uma lei que viole aquele direito (Dworkin, 2002, p. 295):

“O direito a desobedecer a lei não é um direito isolado, que tem algo a ver com a consciência, mas uma adição a outros direitos contra o governo. É simplesmente uma característica desses direitos contra o governo e em princípio não podemos negá-lo, sem que também neguemos a existência desses direitos”.

Para tanto, Dworkin estabelece que para a existência de direitos concorrentes, há uma ameaça que o Estado verifique e limite a antinomia, haja vista que o Estado, muitas das vezes, tem que escolher entre dois tipos de direitos, quais sejam, um direito à proteção pessoal do Estado e um direito a estar livre da interferência do Estado (Dworkin, 2002, p. 297). Em síntese, segundo tal argumento, no caso da desobediência civil, visualizar-se-ia o conflito do direito individual de infringir a lei, com o direito da maioria de ter suas leis aplicadas (direito à ordem e à segurança jurídica, por assim dizer).

Opostamente, também se coloca que a restrição de um direito com base nesta questão colocaria em risco a própria existência de direitos contra o governo, ou seja, direitos de se fazer algo ainda que prejudique a maioria, pois estes direitos seriam aniquilados sempre que contrariassem os interesses desta maior parte (Dworkin, 2002, p. 298).

Em continuidade, ao se analisar um ato de desobediência civil, a fim de se encontrar a verdadeira concordância entre os envolvidos, faz-se necessário duas perguntas: Em primeiro, o que é a coisa certa para os que acreditam que uma decisão política é errada ou imoral? A segunda, como o governo deve reagir se as pessoas violam a lei quando, dadas as suas convicções, pensam que isso é a coisa certa a fazer, mas a maioria que o governo representa acha que a lei é bem fundada?

O doutrinador (Dworkin, 2000, p. 156) responde tais assertivas com perguntas retóricas, ou seja, o governo poderia se perguntar, em relação a primeira questão, “o que para nós seria correto fazer se tivéssemos as crenças deles?”. Entretanto, no tocante a segunda questão, deve a minoria se perguntar: “o que para nós seria certo fazer se tivéssemos o poder político e as crenças da maioria?”

As respostas são trazidas pelo filósofo quando, ao analisar a pergunta primitiva, defende que existe uma dicotomia acerca da desobediência civil, reconhecendo até três tipos de desobediência civil, sendo a primeira baseada na integridade, a segunda pautada na justiça e, por último, aquela

⁸⁵ DWORKIN, 2002, op. cit, p. 291

destacada pela política. Repisa-se na doutrina em voga, as duas primeiras desobediências envolvem questões principiológicas, enquanto a terceira, baseia-se em julgamento político. Contextualiza Dworkin que, o primeiro tipo acontece quando a lei exige que as pessoas façam o que sua consciência absolutamente proíbe, por exemplo, o pacifista chamado a lutar em guerra (alistamento militar). Na segunda hipótese, na desobediência baseada na justiça, se dá a oposição a uma política considerada injusta e alterá-la, tal como, “quando um sistema político que discrimina determinado grupo numa sociedade, por exemplo, o movimento negro norte-americano em busca dos direitos civis”. Na última e terceira modalidade, a desobediência baseada em política são aquelas que “violam a lei, não porque acreditam que a política a que se opõem é imoral ou injusta, tal como descrito, mas porque acham que é insensata, estúpida e perigosa para a maioria, assim como para qualquer minoria”. Fundamenta-se não em fazer a maioria agir de forma justa, mas fazê-la “recobrar o juízo”, vide o “caso de protestos antinucleares” (Dworkin, 2000, p. 157).

Sem a intenção de esgotar o tema, defende-se que a desobediência civil aperfeiçoa o sistema democrático e a qualidade das decisões jurídicas e políticas, tornando-se um dos mecanismos utilizados para afastar o perigo de que os cidadãos sejam governados por normas contrárias aos fundamentos da Constituição. Habermas, defende que o “Estado democrático de direito, que está seguro de si mesmo, considera que a desobediência civil é um componente normal de sua cultura política, precisamente porque é necessária” (Habermas, 2000, p. 54).

Em sentido mais abrangente, Dworkin defende que a desobediência civil é uma característica dos “direitos contra o Estado”, pelo que é impossível negá-la sem negar esses direitos, pois em verdade os direitos individuais só são autênticos se triunfam perante a maioria. Neste espeque, o Estado que diz reconhecê-los e que leve os “direitos a sério”, deve por reconhecer a legitimidade da desobediência civil quando os direitos estiverem ameaçados pelo próprio Estado, ainda que em nome de um objetivo coletivo.

Assim, nas sociedades que reconhecem direitos, a desobediência civil serve de instrumento da própria cidadania, permitindo a participação dos cidadãos nas tomadas das decisões políticas (especialmente quando essas decisões são prejudiciais a todos). Destarte, muitas vezes, os tradicionais métodos de participação política quedam-se por ineficazes, permitindo tal tese de manutenção da cidadania.

Por derradeiro, pode se atentar em síntese que a teoria da desobediência civil em Ronald Dworkin contribui significativamente para a compreensão da relação entre indivíduo e Estado. Segundo o autor: “O direito a desobedecer a lei não é um direito isolado (...), mas uma característica dos direitos contra o governo” (Dworkin, 2002, p. 295), isto é, para Dworkin, os direitos fundamentais funcionam como limites ao poder estatal, sendo verdadeiros “trunfos” contra a

maioria. Nesse contexto, a desobediência civil pode ser compreendida como mecanismo legítimo de contestação.

Ratifica-se que três formas de distinguem a desobediência civil para o filósofo e jurista estadunidense: “A desobediência civil pode ser baseada na integridade, na justiça ou na política” (Dworkin, 2000, p. 157). Neste desiderato, tal classificação evidencia que a desobediência não é fenômeno homogêneo, mas sim multifacetado, podendo assumir diferentes fundamentos.

Traz-se à lume pensamento de Habermas que reforça a importância desse instituto: “A desobediência civil é um componente normal de uma cultura política democrática” (Habermas, 2000, p. 54).

4 Da pretensão acerca da publicação análoga do tema da desobediência civil dworkiniana na tese apresentada

Em pequena conjunção, consoante que o atual ordenamento jurídico brasileiro ainda atenda às Ações Coletivas e, de modo satisfatório, permita a proteção dos interesses difusos e coletivos, muito se fala numa maior abrangência da acessibilidade à justiça e melhorias no sistema processual. Neste contexto, compreende-se que o serviço praticado pelo fornecedor ao consumidor pode ser melhorado e mais bem correspondido, ainda que em fase preambular, ante a judicialização. Conforme descrito alhures, a proteção do consumidor e a segurança do produto são aspectos vitais do mercado de consumo americano. Frisa-se que o sistema jurídico americano estabeleceu uma estrutura robusta para garantir que os consumidores sejam protegidos contra práticas desleais, além dos produtos vendidos atendam aos padrões de segurança adequados (não estar-se-ia dizendo que tal forma é distante no ordenamento pátrio).

Nesta seara, a estrutura legal para proteção do consumidor nos EUA é um sistema multifacetado, sendo hialino que a “Federal Trade Commission” e a “Consumer Product Safety Commission” desempenham papéis centrais na aplicação dessas leis e regulamentos, com normas estaduais e regulamentos específicos do setor, complementando seus esforços. Assim, por meio dessas medidas, o sistema jurídico dos EUA se esforça para manter um mercado justo e seguro para os consumidores, protegendo-os de práticas enganosas e possíveis danos, inclusive de forma eficiente anterior a demanda judicial. Com isso, o Serviço de Atendimento ao Consumidor norte americano assimila possivelmente uma melhor adequação dos fornecedores as práticas preventivas, com uma espécie de controle “*ope judicis*” da representatividade adequada as ações coletivas e o receio dos envolvidos (fornecedores) sofrerem com o múnus coletivo mais denso, o que se ratifica pela antecipação e soluções ante a própria judicialização.

Porquanto, ao se elencar o Serviço de Atendimento ao Consumidor no Brasil e a possível ausência das partes em diminuir a distância entre os órgãos fiscalizadores e pró solutos junto aos fornecedores, possivelmente se avoca que a falta de legitimidade “*ope judicis*” de pessoas naturais, especialmente nas ações coletivas, tende a dificultar o acesso à justiça e a própria eficiência processual, permitindo aos próprios fornecedores uma espécie de “desobediência civil”, não participando da premissa de antecipar os riscos e celeumas difusas e coletivas, acreditando que não há pressão correlata para uma melhor segurança coletiva (diminuição do alcance de quem pode demandar coletivamente - legitimidade). Reitera-se que responder a ações individuais, aparentemente se torna mais fácil e, até mesmo, menos custoso (diferentemente, por exemplo, quando esta mesma empresa enfrenta tal dinâmica coletiva nos Estados americanos). Tal cenário permite que fornecedores adotem postura estratégica, respondendo apenas a demandas individuais, o que pode ser interpretado como uma forma indireta de resistência sistêmica.

Preocupa-se que a extensão da legitimidade possa tornar precária e insegura a condução das demandas coletivas, já que o representante não defenderá somente seu interesse, mas sobretudo o interesse de um grupo que pode não estar de fato representado (dos deveres decorrem obrigações e o que não se pode é imputar obrigações a um determinado grupo ou a toda coletividade sem a certeza de que estão bem representados).

Apesar de existirem doutrinas que defendem a impossibilidade de aumentativo de legitimidade (o que poderia justificar maior receio em sofrer retaliações os fornecedores que não cumprirem com as dinâmicas de solução e conciliação), pontua-se sobre o que discorre o artigo “A representação adequada nas ações coletivas brasileiras”⁸⁶, no qual o articulista (GIDI, 2002, p. 62) apresenta dois argumentos na defesa da legitimidade “*ope judicis*”, em especial no que diz respeito às associações quanto ao requisito de pré-constituição e aos efeitos da coisa julgada (devidamente importante para a modificação conceitual e de legitimidade).

A priori, no caso das associações, conforme preceitua a LACP, art. 5º, V c/c CDC, art. 82, §1º, faz-se necessária a pré-constituição de no mínimo um ano da associação frente a sua constituição. Porém, havendo adequada representação, é sábia que o juiz pode dispensar este requisito de pré-constituição, em manifestada atuação “*ope judicis*”.

Outro detalhe *sine qua non*, atém-se sobre o alcance da coisa julgada, pois havendo improcedência com matéria probatória suficiente, a coisa julgada será *erga omnes* para outras ações coletivas. Deste modo, a legitimidade das ações coletivas deve ser cuidadosamente analisada, tendo em vista que versam sobre direitos de múltiplos titulares, ainda que a lei não impeça o indivíduo de

⁸⁶ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. In WANBIER, Tereza Arruda Alvim (coord). Revista de Processo. out-dez/2002. pág. 62.

propor sua demanda particular, não se pode correr o risco de ter um autor técnica ou financeiramente pouco capaz de conduzir a demanda, embora aqui se defenda a existência de premissa (leia-se pelo espírito das leis) que estabelece a LACP (art. 5º, § 3º), especialmente acerca da análise e da adequação de representatividade, podendo proteger a dinâmica processual, com a própria extinção sem resolução do mérito em caso de ausência de representação condizente. Outrossim, neste mesmo controle de adequação, no mesmo ícone da norma procedimental (LACP), averigua-se também a própria possibilidade de substituição, concernente a obrigatoriedade de o Ministério Público atuar como fiscal da ordem jurídica (LACP, art. 5º, §1º c/c CPC, art. 178), podendo cobrir eventuais lacunas deixadas pelo autor da ACP.

Por derradeiro, embora a discussão sobre a legitimidade nas demandas coletivas ser algo bastante estudado, o ponto focal do presente estudo não é sobre a legitimidade em si, mas sim sobre a perspectiva da dinâmica adotada pelo fornecedor em sistemas jurídicos diferentes, ou seja, por quê nos EUA os fornecedores relatam suas participações em programas do Estado para solução de conflitos e, no Brasil, existe uma imagem mais afastada desta funcionabilidade? Será, quiçá analogamente por serem estes “desobedientes na esfera civil” (mesmo que convidados, cientificados e intimados a participarem) em face da maioria (consumidores)? Será que por assim entenderem que “politicamente” (judicialmente) não serão afetados (não são obrigados) e nem sempre terão alguns ônus imputados de forma coletiva, pois com a limitação da legitimidade das ações coletivas existe controle de danos (menor demandas, por serem individuais [alcance])? Ter-se-ia diversas hipóteses e questionamentos que precisam de maior investigação para serem respondidas.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. Direito processual coletivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action Norte Americana. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.8, jan./jun. 2007, págs. 34-55.

BUENO, Cássio Scarpinela. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. Revista de Processo. 1996.

BUENO, Cassio Scarpinela. "Apontamentos sobre a legitimidade extraordinária na Constituição Federal de 1988", monografia apresentada no 2º semestre/941994 no curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, cadeira Direito Processual Civil I, sob a orientação da Profa. Thereza Alvim.

- BRONSTEEN, Jon and FISS, Owen. The Class action rule. In *Notre Dame Law Review* [vol. 78:5], 2002-2003, pág. 1419.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, n. 5, ano II, janeiro-março de 1977, págs. 129-158.
- COSTA, Susana Henriques (Coord.). O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v., págs. 953-978.
- DAUDT, Simone Stabel. Aspectos das ações coletivas no direito brasileiro e das class action no direito norte-americano. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano19, n.3871,5fev. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26599>. Acesso em: 19/10/2025.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*, 2001, pág. 201.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo*. 2007.
- GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. In WANBIER, Tereza Arruda Alvim (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileira: uma proposta. *Revista de Processo*, n. 108, ano 27, outubro-dezembro de 2002, págs. 61-70.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de civil Law. In WANBIER, Tereza Arruda Alvim (coord). *Revista de Processo*. Ano 33 nº 157. mar./2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, págs. 147-164.
- GUEDES, Demian. A legitimação individual para a ação civil pública. *Revista de Processo*, n. 140, ano 31, outubro 2006, págs. 279-299.
- HABERMANS, J. *Ensayos políticos*. Barcelona: Península, 2000.
- KAUFMANN, A; HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Processos coletivos na Ibero-América. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. Processo em Jornadas: XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual e XXV Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual. Salvador: JusPodivm, 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de (1993). O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes.

MULLENIX, Linda S. New trends in standing and res judicata in collective suits – general report – common law. Direito Processual Comparado – XIII World Congress of Procedural Law, Rio de Janeiro: Forense, 2007, págs. 500-533.

NERY JUNIOR, Nelson et al. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. São Paulo: Forense, 2000.

PIRES; Alex Sander Xavier; OLIVEIRA, Francisco de Assis; CARVALHO, Luis Gustavo Barbedo Coelho Montes de. CPC/2015 – Comentários e Anotações. Parte Geral (arts. 1º ao 317). 2ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2025.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANDEL, Michael J. A Tirania do Mérito – O que aconteceu com o bem comum? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2025.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4º ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Referências Legislativas

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015. Promulgada em 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm Acessado em 17/10/2025.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Promulgada em 11 de setembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm 18/10/2025.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 18/10/2025.

BRASIL. Ação Civil Pública. Lei nº 7.347. Promulgada em 24 de julho de 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm Acessado em 18/10/2025.

BRASIL. Ação Popular. Lei nº 4.717. Promulgada em 29 de junho de 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm Acessado em 18/10/2025.

[1] NOTA - Federal Trade Commission: Law, Practice and Procedure features detailed analysis of all areas of FTC responsibility, including: rule making procedures; trade regulation statutes and rules; rules and procedures for investigations and litigation; application of U.S. antitrust laws to overseas conduct; Hart-Scott-Rodino premerger rules; evolving concepts of unfairness and deception; and asset freezes, injunctions and actions for civil penalties and consumer redress⁸⁷.

⁸⁷ Tradução livre – “Comissão Federal de Comércio: Lei, Prática e Procedimento apresenta uma análise detalhada de todas as áreas de responsabilidade da FTC, incluindo: procedimentos de elaboração de regras; estatutos e regras de regulamentação comercial; regras e procedimentos para investigações e litígios; aplicação das leis antitruste dos EUA à conduta no exterior; regras pré fusão Hart-Scott-Rodino; conceitos em evolução de injustiça e engano; e congelamento de ativos, liminares e ações para penalidades civis e reparação ao consumidor”.

O CONSUMIDOR IDOSO E O ESTATUTO DO PACIENTE: DIALOGOS COM O CODIGO DO CONSUMIDOR.

Plinio Lacerda Martins⁸⁸
Felipe Lacerda Moura Martins⁸⁹

Introdução

Recentemente entrou em vigor a Lei 15.378/2026, denominada Estatuto do Paciente. Esta lei traduz significativo avanço para as pessoas que são pacientes dos serviços públicos de saúde publico e privado. Contudo, recentes interpretações, *data vênia* equivocadas vem afastando a aplicação da legislação consumerista, ao fundamento do “direito posto”, argumentando que a nova lei dispensa a proteção do código do consumidor, considerando que o Estatuto do Paciente regula “in totum” os direitos dessa pessoa. Tais interpretações acabam por não reconhecer o paciente idoso como consumidor hipervulnerável, resistindo ao reconhecimento da lei consumerista como norma de sobre direito. Este ensaio jurídico pretende desenvolver um artigo para demonstrar a relevância da aplicação código de defesa do consumidor aos pacientes idosos como forma de ampliar os seus direitos face aos serviços públicos prestados

FUNDAMENTO

O presente ensaio jurídico objetiva demonstrar os mecanismos jurídico de proteção do consumidor idoso, que conta com o reforço da Lei 15.378/2026, denominada Estatuto do Paciente, sem, contudo, menosprezar o estatuto consumerista que reconhece a pessoa idosa como consumidor Hipervulnerável.

A doutrina consumerista estabelece no art. 4, I o reconhecimento do consumidor como a parte vulnerável na relação de consumo, traduzindo assim a necessidade de proteção da pessoa do consumidor em face das práticas comerciais que negam as “legítimas expectativas do consumidor, reconhecendo como práticas abusivas.

O artigo 1 do Estatuto do paciente regula os direitos e as responsabilidades dos pacientes asseverando:

⁸⁸ Doutor em Direito pela UFF, Professor Associado da Faculdade de Direito da UFF. pliniolacerda@id.uff.br , <http://lattes.cnpq.br/1643533929253579>

⁸⁹ Mestre em Direito pela UFF, Advogado. felipelacerdamartins@gmail.com , <http://lattes.cnpq.br/0577067505730211>

Art. 1º É instituído o Estatuto dos Direitos do Paciente, destinado a regular os direitos e as responsabilidades dos pacientes sob cuidados prestados por serviços de saúde de qualquer natureza ou por profissionais de saúde.

Contudo, o próprio art.3 da Lei *in comento* ressalva que o Estatuto do Paciente deve ser aplicado aos profissionais de saúde públicos ou provados, *sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege suas atividades*. Dispõe o art. 3:

Art. 3º Submetem-se às disposições desta Lei os profissionais de saúde, os responsáveis por serviços de saúde públicos ou privados e as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege suas atividades.

No mesmo sentido, o artigo 5 reafirma que “Outros direitos dos pacientes previstos na legislação devem ser aplicados em conjunto com as disposições desta Lei.”

Por fim, o art. 4 do Estatuto dispõe que “A aplicação desta Lei não afasta os direitos do paciente ao adquirir ou utilizar produto ou serviço como **destinatário final**” (grifamos).

Destarte, o Código de Defesa do Consumidor afiança no art. 6, X, como direitos básicos do consumidor a “efetiva e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”, reconhecendo no art. 4, I a sua vulnerabilidade no mercado de consumo.

A título de exemplo de harmonia da proteção consumerista com o Estatuto do Paciente, ilustra-se o art. 6, III que prescreve o direito a informação, em atenção ao princípio da transparência máxima que prescreve:

*Art. 6 – São direitos básicos do consumidor:
III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;*

No mesmo sentido o art. 8 e 9 do CDC dispõe:

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Assim os dispositivos do CDC consagram o consentimento livre esclarecido como necessário para a livre convicção do consumidor para tomada de decisões, em consonância com o art. 14 do Estatuto que afirma a respeito do consentimento informado que dispõe: “O paciente tem o direito ao consentimento informado sem coerção ou influência indevida, salvo em situações de risco de morte em que esteja inconsciente”

No direito do consumidor, a doutrina destaca a existência de várias espécies de vulnerabilidades que coloca o consumidor em desigualdade: a vulnerabilidade econômica, técnica, jurídica, fática e a vulnerabilidade informacional.

Em relação ao consumidor pessoa idosa, o direito do consumidor usa o termo consumidor hipervulnerável, reconhecendo assim nas palavras de Cláudia de Lima Marques que caracteriza a hipervulnerabilidade do idoso como:

"Efetivamente, e por diversas razões, há que se aceitar que o grupo dos idosos possui uma vulnerabilidade especial, seja pela sua vulnerabilidade técnica exagerada em relação a novas tecnologias (home banking, relações com máquina, uso necessário de internet, etc.); sua vulnerabilidade fática quanto à rapidez das contratações; sua saúde debilitada; a solidão de seu dia-a-dia, que transforma um vendedor de porta em porta, um operador de telemarketing, talvez na única pessoa com a qual tenham contato e empatia naquele dia; sem falar em sua vulnerabilidade econômica e jurídica, hoje, quando se pensa em um teto de aposentadoria único no Brasil de míseros 400 dólares para o resto da vida".⁹⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O art. 4, I do Código de Defesa do Consumidor reconhece que o consumidor no mercado de consumo é a parte vulnerável

Há circunstâncias concretas envolvendo o consumidor idoso como paciente que coloca o mesmo numa condição de vulnerabilidade agravada em face do fornecedor, razão do reconhecimento na doutrina e a jurisprudência da figura do consumidor idoso como hipervulnerável.

Diante da hipervulnerabilidade do idoso, impõe-se ao fornecedor um dever jurídico qualificado de cuidado nas relações de consumo, em atenção ao princípio da boa-fé objetiva, que

⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Ed. RT, 3ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012, p. 76.

exige condutas pautadas pela transparência, lealdade e cooperação, especialmente quando a relação se estabelece com consumidores em condição de maior fragilidade.

Face ao exposto, faz-se necessário a conjugação dos direitos previstos da norma consumerista em cotejo com o Estatuto do paciente de forma ampliar os direitos da pessoa idosa como consumidor hipervulnerável, em autêntico diálogo das fontes previsto no art. 7 do CDC.

Referências:

MORAES, Maria Celina Bodin de; MULHOLLAND, Caitlin; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). **Autonomia, vulnerabilidade e cuidado das pessoas idosas e superidosas**: Desafios para o Direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2024.

MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Ed. RT, 3ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012, p. 76.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: a nova proteção do contratante de boa-fé. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MARTINS, Plínio Lacerda. **Anotações ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 76, out. /Dez, 2010.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014.

DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA À GOVERNANÇA ALGORÍTMICA: O NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DA ANPD FACE AOS DESAFIOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Paula Cristiane Pinto Ramada

Resumo

A sociedade informacional implica inúmeros desafios na proteção de dados pessoais, especialmente diante da rápida difusão de sistemas de Inteligência Artificial e modelos preditivos baseados em aprendizado de máquina. A monetarização dos dados pessoais fez com que estes fossem tratados sob uma perspectiva de situação jurídica patrimonial e não puramente existencial, fenômeno amplificado pela opacidade algorítmica e pelo perfilhamento automatizado. Frente a isso, as novas tecnologias devem alinhar-se aos princípios estruturantes estabelecidos na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR). Para assegurar a eficiência desse sistema, o papel da autoridade de controle assume contornos de órgão regulador e fiscalizador indispensável, sendo peça-chave na governança ética e na mitigação de vieses discriminatórios na tecnologia. Este artigo analisa a evolução dogmática e institucional da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) no Brasil à luz do modelo europeu, com especial enfoque na sua recente transformação em autarquia de regime especial pela Lei nº 14.460/2022 e na elevação da proteção de dados ao status de direito fundamental autônomo pela Emenda Constitucional nº 115/2022.

Palavras-chave: Sociedade informacional. Proteção de dados pessoais. Autoridade de controle. Inteligência Artificial. Governança algorítmica.

Abstract

The informational society implies numerous challenges in the protection of personal data, especially in light of the rapid diffusion of Artificial Intelligence systems and predictive models based on machine learning. The monetization of personal data has caused it to be treated from a patrimonial rather than a purely existential legal perspective, a phenomenon amplified by algorithmic opacity and automated profiling. Faced with this, new technologies must align with the structuring principles established in the General Data Protection Law (LGPD) and the General Data Protection Regulation of the European Union (GDPR). To ensure the efficiency of this system, the role of the supervisory authority assumes the outline of an indispensable regulatory and enforcement body, serving as a key player in ethical governance and the mitigation of discriminatory biases in

technology. This article analyzes the dogmatic and institutional evolution of the National Data Protection Authority (ANPD) in Brazil in light of the European model, with a special focus on its recent transformation into a special regime autarchy by Law No. 14,460/2022 and the elevation of data protection to the status of an autonomous fundamental right by Constitutional Amendment No. 115/2022.

Keywords: Informational society. Personal data protection. Supervisory authority. Artificial Intelligence. Algorithmic governance.

Introdução

Com o surgimento de novas formas de coleta, armazenamento e tratamento massivo de informações, a necessidade de resgatar a privacidade e garantir a proteção dos dados pessoais impôs o reconhecimento do direito de o indivíduo controlar as informações a ele atinentes. As demandas que permeiam a tutela da pessoa humana na contemporaneidade relacionam-se diretamente às inovações tecnológicas da informação, as quais permitem a circulação de perfis e dados em velocidade e escala sem precedentes, trazendo novos riscos à dignidade do cidadão.⁹¹ Nesse contexto de hiperconectividade, a proliferação de sistemas de Inteligência Artificial alimentados por algoritmos opacos de aprendizado de máquina (*machine learning*) potencializa tais riscos, transformando a coleta massiva em um mecanismo preditivo capaz de condicionar comportamentos e perpetuar discriminações sistêmicas por meio do perfilhamento automatizado.⁹²

Se, originalmente, o debate centrava-se na vertente clássica do direito à privacidade (o "direito de ser deixado só"), o cenário atual exige o manejo do instrumental da autodeterminação informativa, o qual confere ao titular o protagonismo sobre o fluxo de seus dados. Para que tais prerrogativas não se convertam em meras declarações formais, a experiência internacional demonstra a imperiosidade de órgãos supervisores independentes dotados de poderes fiscalizatórios e sancionatórios eficazes.⁹³ Diante da "caixa-preta" algorítmica que caracteriza as estruturas

⁹¹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da dogmática da proteção de dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. O autor analisa como a transição tecnológica exige uma tutela dinâmica focada no controle dos fluxos informacionais e não apenas no isolamento do indivíduo.

⁹² O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Santo André: Editora Todo Começo, 2021. A autora adverte sobre o perigo de modelos matemáticos opacos e microdirecionamentos que criam ciclos de discriminação automatizada sob uma falsa premissa de neutralidade científica. Ver também: PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

⁹³ Sobre o conceito clássico do "direito de ser deixado só" (*right to be let alone*), ver WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, Dec. 1890. Para o desenvolvimento da

contemporâneas de IA, a autodeterminação tradicional passa a exigir novos contornos informacionais, materializados no direito à explicação das decisões automatizadas e na garantia de uma revisão humana efetiva, salvaguardando o cidadão contra vieses codificados que afetam diretamente sua esfera jurídica.⁹⁴

No cenário brasileiro, o arranjo institucional inicial da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), desenhado pela Medida Provisória nº 869/2018 e convertida na Lei nº 13.853/2019, gerou fundadas críticas doutrinárias devido à sua subordinação direta à Presidência da República. O objetivo deste trabalho é examinar criticamente a evolução desse cenário à luz do paradigma europeu, mapeando os reflexos da Emenda Constitucional nº 115/2022 e da Lei nº 14.460/2022 na consolidação da autonomia regulatória no Brasil, bem como a necessária preparação desse aparato institucional para enfrentar os complexos desafios de governança e regulação ética decorrentes da difusão de sistemas de Inteligência Artificial no país.⁹⁵

1. Informação. Privacidade e Sociedade Informacional

1.1 A Sociedade da Informação e o Fenômeno da Monetização dos Dados

A revolução tecnológica introduziu uma nova interpretação à estrutura material da sociedade. Conforme as lições de Manuel Castells, a sociedade da informação caracteriza-se como um fenômeno paradigmático de transformação socioeconômica, onde o conhecimento e o processamento da informação tornam-se as fontes centrais de produtividade e poder. O avanço das redes digitais de comunicação horizontal global permitiu a proliferação anárquica de dados e contatos transversais entre os indivíduos, configurando o que Pierre Lévy qualifica como um transbordamento caótico ou "dilúvio" informacional.⁹⁶

autodeterminação informativa no cenário europeu e nacional, ver DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 85.

⁹⁴ MENDES, Laura Schertel; BIONI, Bruno Ricardo; MEDEIROS, Diego Machado. O direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: limites e possibilidades. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 111-136, 2020.

⁹⁵ MENDES, Laura Schertel; MONTEIRO, Renato Leite. A criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados: análise crítica do modelo institucional brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 21, p. 145-168, out./dez. 2019. Para os debates contemporâneos sobre o papel regulatório da ANPD frente à inteligência artificial e aos vieses algorítmicos, consultar: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (org.). *Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023.

⁹⁶ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. Trad.: Roneide Venancio Majer. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016, p. 65-72. No mesmo sentido, sobre o impacto da cibercultura e o transbordo informacional, consultar: LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Rio de Janeiro: Editora 34, 2000, p. 43.

Na atualidade, esse dilúvio informacional encontrou no desenvolvimento da inteligência artificial generativa e no refinamento de algoritmos de aprendizado profundo (*deep learning*) o insumo perfeito para uma infraestrutura preditiva automatizada. Os dados textuais, biométricos e comportamentais deixaram de ser apenas registros dispersos e passaram a servir como matéria-prima essencial para o treinamento de grandes modelos de linguagem (LLMs), redefinindo as assimetrias de poder na tecnosfera contemporânea.⁹⁷

Nesse ecossistema pós-industrial, a informação passou a ocupar o papel de ativo financeiro estratégico, de modo que os dados pessoais são frequentemente tratados pelo mercado como mercadoria. Como bem asseverava a Ministra alemã Ilse Aigner⁹⁸, os serviços digitais aparentemente gratuitos são, na realidade, remunerados pelos usuários por meio do fornecimento de suas informações privadas. Essa constante vigilância biopolítica e comportamental alimenta sistemas de publicidade direcionada e formação de perfis (*profiling*), justificando o alerta de Stefano Rodotà quanto ao risco de transição para uma "sociedade de vigilância e seleção social."⁹⁹ Essa dinâmica atinge seu ápice na consolidação do chamado capitalismo de vigilância, onde o refinamento algorítmico transforma o rastro digital do titular em um "excedente comportamental". Sob o império dos algoritmos preditivos, a clássica seleção social descrita por Rodotà se automatiza, convertendo-se em vieses codificados de IA que discriminam perfis e restringem direitos fundamentais de forma invisível, exigindo novos mecanismos regulatórios e de auditoria de código.¹⁰⁰

1.2 A Distinção Dogmática entre Privacidade e Proteção de Dados

Embora intimamente inter-relacionados, os conceitos de privacidade e proteção de dados não se confundem. Conforme ressaltado pela doutrina nacional de Danilo Doneda e internacional de Stefano Rodotà, o direito tradicional à privacidade ancora-se na prerrogativa de exclusão, ou seja,

⁹⁷ FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (org.). *Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023.

⁹⁸ Perigos na rede são temas no Dia da Segurança na internet. 09.02.2010. Disponível em <https://www.dw.com/pt-br/perigos-na-rede-s-%C3%A3o-tema-no-dia-da-seguran%C3%A7a-na-internet/a-5233581>. Acesso em 12.12.2018. Em pesquisa realizada pela Bitkom e pelo instituto Forsa, cerca de 6% dos usuários em todo o mundo são membros de comunidades virtuais.

⁹⁹ RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade de Vigilância: A privacidade de hoje*. Trad.: Danilo Doneda; Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 112-115.

¹⁰⁰ ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021. Sobre os vieses e a discriminação automatizada decorrente da seleção social algorítmica, consultar: O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Tradução: Rafael Abraham. Santo André: Editora Todo Começo, 2021.

na faculdade de isolar aspectos da esfera particular do conhecimento alheio.¹⁰¹ Contudo, na era dos sistemas de Inteligência Artificial, a mera exclusão da informação mostra-se insuficiente. Os algoritmos preditivos contemporâneos operam por meio do cruzamento e inferência de dados aparentemente anódinos e públicos, deduzindo comportamentos, preferências íntimas e até orientações políticas sem violar o espaço privado tradicional, o que desloca o eixo de proteção do segredo para o controle das correlações algorítmicas.¹⁰²

Por outro lado, a proteção de dados pessoais repousa sobre uma lógica essencialmente ativa e existencial: o direito de acompanhar, gerenciar e retificar o tratamento de atributos que identificam ou tornam identificável a pessoa natural, mantendo um vínculo vivo com a dignidade de seu titular. Essa lógica ativa ganha contornos imperativos perante o fenômeno dos vieses automatizados (algorithmic bias). O direito de acompanhar e retificar o dado expande-se para abarcar a exigência de contestabilidade e auditoria da lógica subjacente à IA, garantindo que o titular não seja vítima de discriminações ocultas perpetuadas por modelos de aprendizado de máquina opacos, os quais tendem a cristalizar preconceitos históricos estruturais em suas decisões estatísticas.¹⁰³

Esse descolamento dogmático ganhou tração histórica a partir do célebre julgamento da Lei do Censo pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1983, que erigiu a "autodeterminação informativa" (*informationelle Selbstbestimmung*) à categoria de direito fundamental autônomo perante o moderno tratamento automatizado de dados.¹⁰⁴

Diante disso, os debates atuais sinalizam que a autodeterminação informativa concebida em 1983 deve ser ressignificada para fazer frente à "caixa-preta" (*black box*) da IA. Na sociedade da informação contemporânea, a dignidade do titular depende não apenas do controle do fluxo informacional estático, mas da positivação de direitos coletivos de transparência algorítmica, do direito à explicação individualizada das decisões preditivas e de uma governança regulatória que

¹⁰¹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, op. cit., p. 104-106; e RODOTÀ, Stefano. *Repertório de ideias para uma reflexão sobre proteção de dados pessoais*. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7, p. 315-322, abr./jun. 2016.

¹⁰² PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015. Ver também: VIOLA, Mario; MENDES, Laura Schertel. *Proteção de dados e inteligência artificial: riscos e desafios à privacidade na era dos algoritmos*. *Revista de Direito e Tecnologia*, v. 2, n. 1, p. 45-68, 2022.

¹⁰³ O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Tradução: Rafael Abraham. Santo André: Editora Todo Começo, 2021. No plano nacional, consultar: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (org.). *Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023.

¹⁰⁴ Trata-se do célebre julgamento sobre a Lei do Censo (*Volkszählungsurteil*) proferido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) em 15 de dezembro de 1983 (BVerfGE 65, 1). Este acórdão é amplamente reconhecido como o marco de fundação dogmática do direito fundamental à autodeterminação informativa (*informationelle Selbstbestimmung*).

assegure a centralidade da pessoa humana (*human-in-the-loop*) nos processos decisórios autônomos.¹⁰⁵

2. Marco Normativo e Constitucionalização da Matéria

2.1 O Modelo Europeu como Paradigma de Adequação

A preocupação internacional em estabelecer balizas ao tráfego de dados remonta à Convenção nº 108 do Conselho Europeu (Estrasburgo, 1981). Posteriormente, a Diretiva 95/46/CE unificou as balizas de proteção no âmbito do mercado comum europeu, impondo aos Estados-membros a instituição de autoridades públicas de fiscalização. Em 2018, a entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) consolidou o modelo de direitos robustos do titular (como os princípios da finalidade, necessidade e transparência) e estabeleceu penalidades severas, cuja aplicação pioneira resultou em sanções paradigmáticas, a exemplo da multa de 50 milhões de euros aplicada pela autoridade francesa (CNIL) à empresa Google.¹⁰⁶

Mais recentemente, o pioneirismo europeu na vanguarda da regulação tecnológica reafirmou-se com a aprovação do Regulamento de Inteligência Artificial da União Europeia (*EU AI Act*). O referido diploma adota uma abordagem baseada em riscos para sistemas algorítmicos, proibindo práticas que violem valores fundamentais — como a classificação social e o policiamento preditivo — e estabelecendo obrigações estritas de transparência e governança para modelos de IA de alto risco, atuando em perfeita simetria e complementaridade com as garantias já consagradas pelo GDPR.¹⁰⁷

2.2 A Evolução Legislativa no Brasil: Da Fragmentação à Emenda Constitucional nº 115/2022

¹⁰⁵ BIONI, Bruno Ricardo; MENDES, Laura Schertel; MEDEIROS, Diego Machado. O direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: limites e possibilidades. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 111-136, 2020.

¹⁰⁶ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Regulamento Geral de Proteção de Dados - GDPR)*. Sobre o histórico da Convenção nº 108 do Conselho da Europa (1981) e da Diretiva 95/46/CE. A multa pioneira da CNIL francesa contra a Google (processo nº SAN-2019-001) ocorreu em 21 de janeiro de 2019.

¹⁰⁷ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento Inteligência Artificial)*. *Jornal Oficial da União Europeia*, L 2024/1689, 12 jul. 2024. Sobre a governança integrada entre o GDPR e o *AI Act* no modelo europeu, ver: CELIS, Teresa Quintel. The Architecture of the EU Artificial Intelligence Act and its Interaction with Data Protection Law. *European Data Protection Law Review*, v. 10, n. 1, p. 22-35, 2024.

Historicamente, a proteção de dados no Brasil desenvolveu-se de forma setorial e fragmentada, espalhando-se por diplomas como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Acesso à Informação, a Lei do Cadastro Positivo e o Marco Civil da Internet. A promulgação da Lei nº 13.709/2018 (LGPD) representou o passo decisivo rumo à sistematização orgânica do microsistema.

Essa guinada sistêmica ganha contornos de urgência diante da rápida difusão de aplicações comerciais baseadas em Inteligência Artificial. A transição de uma proteção fragmentada para um modelo geral de proteção de dados fixou as bases procedimentais, principiológicas e de direitos dos titulares necessárias para que o ordenamento brasileiro pudesse, posteriormente, estruturar o debate sobre os limites éticos e os riscos decorrentes da automação preditiva algorítmica.¹⁰⁸

Contudo, o salto definitivo de amadurecimento institucional deu-se em período recente. A então Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 17/2019 foi formalmente aprovada e promulgada pelo Congresso Nacional na forma da Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022. A referida emenda alterou o texto constitucional para prever expressamente no Art. 5º, inciso LXXIX, que: *"é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais"*.¹⁰⁹

A constitucionalização desse direito, ao consagrar expressamente a proteção de dados inclusive nos meios digitais, ergueu uma barreira de proteção em face das modernas técnicas de perfilhamento e vigilância automatizada. Ao elevar a matéria ao status de garantia fundamental, o constituinte derivado blindou a dignidade da pessoa humana contra os abusos decorrentes do tratamento automatizado e das tomadas de decisão por sistemas de IA desprovidos de transparência.

Ademais, conferiu-se à União a competência privativa para legislar sobre a matéria (Art. 22, XXX) e organizar a fiscalização, sepultando discussões sobre assimetrias estaduais e municipais e consagrando o "habeas corpus eletrônico" preconizado por Stefano Rodotà. Tal centralização de competência legislativa e fiscalizatória na União mostra-se fundamental para os debates regulatórios atuais, pavimentando o caminho para que o Congresso Nacional centralizasse a discussão de propostas de vanguarda, como o Projeto de Lei nº 2338/2023 (Marco Regulatório da Inteligência Artificial no Brasil), assegurando que a futura governança de sistemas de IA e a proteção contra

¹⁰⁸ FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (org.). *Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023.

¹⁰⁹ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022*. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 fev. 2022.

vieses algorítmicos obedecem a um regime jurídico uniforme e harmonizado em todo o território nacional.¹¹⁰

3. A Autoridade Nacional De Proteção De Dados (Anpd) E O Critério Da Independência Institucional

3.1 A Superação do Modelo de Vinculação e a Transição para a Autarquia Especial (Lei nº 14.460/2022)

A eficácia prática de qualquer sistema protetivo pressupõe a existência de um órgão de controle dotado de independência orgânica, financeira e funcional, imune a pressões políticas e econômicas do mercado e do próprio aparato estatal. No texto original da LGPD e sob a égide da Medida Provisória nº 869/2018, a ANPD nasceu desprovida de personalidade jurídica própria, figurando como órgão estrito da administração direta vinculado à Presidência da República. Tal desenho gerava forte ceticismo na doutrina e colocava em xeque o reconhecimento internacional do nível de "adequação" do Brasil perante a União Europeia.

Sob a perspectiva contemporânea, a fragilidade institucional originária da ANPD seria um entrave intransponível para o enfrentamento dos complexos desafios decorrentes da governança algorítmica. Uma autoridade desprovida de independência técnica e orgânica estaria vulnerável a pressões políticas no julgamento do uso de ferramentas de Inteligência Artificial por órgãos estatais, comprometendo a transparência e a necessária fiscalização contra abusos informacionais promovidos pelo próprio Poder Público.¹¹¹

Esse cenário foi profundamente modificado com o advento da Lei nº 14.460, de 25 de outubro de 2022 (fruto da conversão da MP nº 1.124/2022). A nova legislação transformou a ANPD em uma autarquia de natureza especial, dotada de autonomia administrativa e financeira, patrimônio próprio e sede no Distrito Federal. Essa alteração legal corrigiu a assimetria anteriormente apontada pela doutrina, aproximando o órgão brasileiro do padrão fixado pelo GDPR e pelas autoridades europeias tradicionais, tais como a AEPD espanhola, a CNIL francesa e o ICO britânico. Os membros do Conselho Diretor da ANPD agora contam com mandatos fixos e estabilidade, restando

¹¹⁰ BIONI, Bruno Ricardo; ZANATTA, Rafael A. F. Governança da inteligência artificial e proteção de dados: a articulação institucional necessária no Brasil. *Revista de Direito e Tecnologia*, v. 5, n. 2, p. 12-41, 2024.

¹¹¹ ZANATTA, Rafael A. F. *Proteção de Dados e Regulação Econômica: O Desenho Institucional das Autoridades de Controle*. São Paulo: Almedina, 2022. PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

preenchidos os requisitos essenciais de independência funcional descritos pela doutrina administrativista.¹¹²

A consolidação da recente roupagem autárquica e independente credenciou definitivamente a ANPD a assumir um papel central na governança dos ecossistemas digitais baseados em IA no Brasil. Diante da inevitável regulação dos sistemas preditivos e da necessidade de auditoria de algoritmos opacos, a autonomia assegurada pela Lei nº 14.460/2022 garante ao órgão a isenção necessária para impor limites éticos e técnicos a grandes corporações de tecnologia (*Big Techs*), consolidando a ANPD como peça-chave no equilíbrio entre inovação tecnológica e salvaguarda existencial do titular.¹¹³

3.2 O Processo Administrativo Sancionatório e a Jurisprudência Consolidada

Com a conquista da roupagem autárquica, a atividade regulatória ganhou dinamismo. O procedimento sancionatório da ANPD obteve plena regulamentação com a publicação da Resolução CD/ANPD nº 4, de 24 de fevereiro de 2023 (Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas), permitindo a aplicação efetiva de penalidades que variam desde a advertência até multas de natureza expressiva, sempre resguardados os postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa.¹¹⁴

Esse arcabouço fiscalizatório passa a ser testada de forma intensiva diante das infrações decorrentes do uso inadequado de Inteligência Artificial. A dosimetria da ANPD desempenha um papel crucial ao punir a opacidade no tratamento automatizado, servindo como mecanismo dissuasório contra empresas que utilizam algoritmos de perfilhamento sem observar os critérios de

¹¹²BRASIL. *Lei nº 14.460, de 25 de outubro de 2022*. Transforma a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) em autarquia de natureza especial e altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 out. 2022. A outorga de natureza autárquica cumpre as exigências administrativas de autonomia técnica e financeira preconizadas por doutrinadores clássicos como Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello, igualando o modelo brasileiro a agências europeias como a AEPD (Espanha) e a CNIL (França).

¹¹³ FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (org.). *Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023. BIONI, Bruno Ricardo; MENDES, Laura Schertel; MEDEIROS, Diego Machado. O direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: limites e possibilidades. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 111-136, 2020.

¹¹⁴ BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). *Resolução CD/ANPD nº 4, de 24 de fevereiro de 2023*. Aprova o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 fev. 2023. O regulamento operacionaliza as sanções previstas no Art. 52 da Lei nº 13.709/2018.

transparência, o que reforça a necessidade de auditorias preventivas de impacto à proteção de dados (DPIA) quando sistemas preditivos forem empregados.¹¹⁵

No plano judicial, os Tribunais Superiores brasileiros consolidaram de forma definitiva o direito à proteção de dados. O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento histórico das ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6401 (relativas ao compartilhamento de dados pelas empresas de telecomunicações com o IBGE na epidemia de COVID-19), assentou o caráter autônomo do direito à proteção de dados em relação à intimidade clássica. No âmbito infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou entendimento pacificado por sua Segunda Seção ao fixar balizas sobre a ocorrência de danos morais em casos de incidentes de segurança. O Tribunal firmou a premissa de que o compartilhamento indevido ou o vazamento de dados comuns não gera dano moral presumido (*in re ipsa*), delimitando o nexo causal e exigindo a comprovação do prejuízo efetivo decorrente do tratamento ilícito de dados pessoais, gerando um ambiente de maior segurança jurídica para o setor privado.¹¹⁶ Essa orientação jurisprudencial proferida pelas Altas Cortes projeta efeitos diretos sobre a responsabilidade civil por danos algorítmicos. O reconhecimento do direito autônomo à proteção de dados pelo STF assegura a tutela do cidadão contra o tratamento preditivo abusivo, enquanto as balizas de nexo causal fixadas pelo STJ passam a balizar as ações indenizatórias decorrentes de discriminação automatizada por IA, exigindo contornos claros na demonstração do dano decorrente de vieses codificados.¹¹⁷

Conclusão

A transição da sociedade industrial para a sociedade informacional operou uma mutação profunda na teoria dos direitos da personalidade. Os dados pessoais, outrora pulverizados, passaram a centralizar cadeias econômicas inteiras por intermédio da monetarização e do tratamento massivo algorítmico. Diante da evidente incapacidade de o cidadão exercer, isoladamente, o controle pleno sobre o fluxo de suas informações virtuais, a presença do Estado como ente regulador torna-se

¹¹⁵ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (org.). *Direito Civil e Tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

¹¹⁶ Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). *Recurso Especial nº 2.130.619/SP*. Relator: Ministro Moura Ribeiro, julgado em 13/03/2024. O entendimento consolidado afasta o dano moral *in re ipsa* para o vazamento de dados que não sejam sensíveis, impondo ao titular o ônus de demonstrar o dano real sofrido.

¹¹⁷ FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (org.). *Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023.

imperativa.¹¹⁸ A imperatividade ganha contornos de urgência diante da complexidade técnica da Inteligência Artificial contemporânea, cuja opacidade estrutural e dinâmicas de aprendizado profundo (*deep learning*) inviabilizam o policiamento individual por parte do titular. Desloca-se, portanto, a tese clássica da mera autodeterminação para a exigência de uma governança pública algorítmica *ex ante*, capaz de mitigar riscos sistêmicos e prevenir a reprodução automatizada de assimetrias sociais estruturais.¹¹⁹

O panorama jurídico brasileiro, que na virada de 2020 ostentava incertezas quanto à robustez de suas instituições de controle, alcançou um patamar de maturidade normativa inegável. A inserção da proteção de dados pessoais no rol de garantias fundamentais pela Emenda Constitucional nº 115/2022 elevou o microsistema ao ápice da pirâmide jurídica. Paralelamente, a reestruturação promovida pela Lei nº 14.460/2022, ao outorgar à ANPD o status autárquico de regime especial, conferiu ao órgão as prerrogativas de independência necessárias para atuar com isenção e tecnicidade perante os entes públicos e privados. O mencionado arranjo institucional assegura à autarquia especial a legitimidade técnica e a autonomia política indispensáveis para capitanear os novos desafios regulatórios da virada tecnológica. O fortalecimento institucional da ANPD qualifica-a como o vértice central da governança de sistemas preditivos no país, conferindo-lhe atribuições essenciais para a fiscalização de vieses cognitivos em algoritmos e para a edição de diretrizes de conformidade regulatória robustas.¹²⁰

O alinhamento hermenêutico e prático com as diretrizes da União Europeia pavimenta um horizonte ético e seguro onde a inovação tecnológica e o desenvolvimento econômico podem coexistir em harmonia com a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação informativa. A luz das discussões parlamentares acerca do Projeto de Lei nº 2338/2023, inspiradas diretamente no Regulamento de Inteligência Artificial europeu (*EU AI Act*), constata-se que o porvir dos direitos fundamentais no Brasil passa pela positivação do princípio do antropocentrismo jurídico. A consolidação dessa simetria transnacional impõe a garantia da centralidade humana no

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6387, 6388, 6389, 6390 e 6401*. Relatora: Min. Rosa Weber, julgado em 07/05/2020. O Plenário do STF reconheceu expressamente a existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais derivado do princípio da dignidade da pessoa humana. No âmbito infraconstitucional, vide o colendo Superior Tribunal de Justiça, *Tema Repetitivo nº 1184* (REsp 2130619/SP, REsp 2130836/SP, REsp 2139174/SP), fixando teses jurídicas restritivas e balizadoras acerca da caracterização do dano moral indenizável decorrente estritamente do tratamento inadequado ou vazamento de dados.

¹¹⁹ CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Direito Digital: inteligência artificial e proteção de dados*. São Paulo: Almedina, 2021. ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

¹²⁰ ZANATTA, Rafael A. F. *Proteção de Dados e Regulação Econômica: O Desenho Institucional das Autoridades de Controle*. São Paulo: Almedina, 2022. TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (org.). *Direito Civil e Tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

desenvolvimento tecnológico (*human-in-the-loop*), estabelecendo que a automação e os imperativos de mercado permaneçam subordinados aos ditames existenciais da pessoa humana.¹²¹

Referências:

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- BIONI, Bruno Ricardo; MENDES, Laura Schertel; MEDEIROS, Diego Machado. O direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: limites e possibilidades. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 111-136, maio 2020.
- BIONI, Bruno Ricardo; ZANATTA, Rafael A. F. Governança da inteligência artificial e proteção de dados: a articulação institucional necessária no Brasil. *Revista de Direito e Tecnologia*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 12-41, jul./dez. 2024.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 6 jun. 2026.
- BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 6 jun. 2026.
- BRASIL. *Lei nº 14.460, de 25 de outubro de 2022*. Transforma a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) em autarquia de natureza especial e altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 6 jun. 2026.
- BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). *Resolução CD/ANPD nº 4, de 24 de fevereiro de 2023*. Aprova o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 55, 27 fev. 2023.

¹²¹ FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (org.). *Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei nº 2338, de 2023*. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial no Brasil. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br>. Acesso em: 6 jun. 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). *Recurso Especial nº 2.130.619/SP*. Relator: Ministro Moura Ribeiro, julgado em 13/03/2024. Acórdão publicado no DJe em 15/03/2024. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 6 jun. 2026. BRASIL.

Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6387, 6388, 6389, 6390 e 6401*. Medida cautelar referendada. Compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com o IBGE. Direito autônomo à proteção de dados pessoais. Relatora: Min. Rosa Weber, julgado em 07/05/2020. Diário da Justiça Eletrônico, n. 270, divulgado em 11/11/2020.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução: Roneide Venancio Majer. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016. v. 1.

CELIS, Teresa Quintel. The Architecture of the EU Artificial Intelligence Act and its Interaction with Data Protection Law. *European Data Protection Law Review*, Berlim, v. 10, n. 1, p. 22-35, mar. 2024.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Direito Digital: inteligência artificial e proteção de dados*. São Paulo: Almedina, 2021.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da dogmática da proteção de dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (org.). *Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023.

JÚNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; RODRIGUES, Geovane de Mori. O modelo europeu de proteção de dados. *Revista de Direito Digital*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 89-114, jul./dez. 2020.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução: Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 2000.

MARQUES, Claudia Lima. A proteção do consumidor de serviços informáticos e a proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 92, p. 45-78, mar./abr. 2014.

MENDES, Laura Schertel. A proteção de dados como direito fundamental: reflexos da EC 115/2022. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 130, p. 89-112, jul./ago. 2022.

MENDES, Laura Schertel; MONTEIRO, Renato Leite. A criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados: análise crítica do modelo institucional brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 21, p. 145-168, out./dez. 2019.

MULHOLLAND, Caitlin. O Regulamento Europeu de Inteligência Artificial e os reflexos na proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito e Novas Tecnologias*, São Paulo, v. 23, p. 77-96, out./dez. 2024.

O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Tradução: Rafael Abraham. Santo André: Editora Todo Começo, 2021.

PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Frederico Augusto Barbosa da. *Inteligência Artificial e Processo Decisório: Modelos de Governança e Regulação Algorítmica*. Curitiba: Juruá, 2024.

RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade de Vigilância: A privacidade de hoje*. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. Repertório de ideias para uma reflexão sobre proteção de dados pessoais. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 7, p. 315-322, abr./jun. 2016.

ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Bezerra de; DANTAS, Eduardo (coord.). *Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Foco, 2024.

TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito Digital e Processo Eletrônico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (org.). *Direito Civil e Tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Regulamento Geral de Proteção de Dados - GDPR). Jornal Oficial da União Europeia, L 119, 4 maio 2016.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024*, que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera os Regulamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º

167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) n.º 2018/858, (UE) n.º 2018/1139 e (UE) n.º 2019/2144 e as Diretivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828. Jornal Oficial da União Europeia, L 2024/1689, 12 jul. 2024.

VIOLA, Mario; MENDES, Laura Schertel. Proteção de dados e inteligência artificial: riscos e desafios à privacidade na era dos algoritmos. *Revista de Direito e Tecnologia*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 45-68, jan./jun. 2022.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 4, n. 5, p. 193-220, Dec. 1890.

ZANATTA, Rafael A. F. *Proteção de Dados e Regulação Econômica: O Desenho Institucional das Autoridades de Controle*. São Paulo: Almedina, 2022.

ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.